



Università degli Studi di Cagliari

## **DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXXI

### **Il regolamento “incompleto” di interessi nella prospettiva dell’autonomia privata procedimentale**

Ius/01 Diritto privato

Presentata da:	Dott.ssa Laura Galisai
Coordinatore Dottorato:	Chiar.mo Prof. Cristiano Cicero
Tutor:	Chiar.ma Prof.ssa Valeria Caredda

Esame finale anno accademico 2017 – 2018  
Tesi discussa nella sessione d’esame Gennaio-Febbraio 2019

# INDICE

<b>Introduzione</b> .....	<b>I</b>
---------------------------	----------

## **CAPITOLO I UN RIPENSAMENTO DEL MOMENTO CONCLUSIVO**

1. Il momento conclusivo nella logica del sistema: una premessa.....	1
2. Il fatto conclusivo tipico.....	7
3.1. Il momento conclusivo nella complessità del sistema: le novità normative.....	17
3.2. “Crisi della fattispecie” e nuove categorie del giurista.....	21
3.2.1. Il procedimento.....	24
3.2.2. L’attività.....	31
4. Prima delimitazione dell’ambito di indagine: gli indici conclusivi.....	35
5. L’accordo.....	39
6.1. L’accordo nella formazione progressiva del contratto.....	42
6.2. Osservazioni critiche.....	47
7. Delimitazione ulteriore dell’ambito dell’indagine: il regolamento di interessi “incompleto” nella prospettiva dell’autonomia privata procedimentale.....	50

## **CAPITOLO II IL REGOLAMENTO “INCOMPLETO” NELLA PROSPETTIVA DELL’AUTONOMIA PROCEDIMENTALE**

1. Una necessaria premessa terminologica.....	52
2.1. Figure di “incompletezza” nel codice civile.....	58
2.2. La determinabilità dell’oggetto.....	59
2.3. La fenomenologia dell’incompletezza nella dinamica negoziale introdotta dalla determinabilità: prima verifica critica (teorica).....	64
2.4. Seconda verifica critica (pratica).....	73
3.1. Il patto sulla forma.....	75
3.2. “ <i>Volere e disvolere</i> ”. Il trattamento giuridico del contratto amorfo.....	81
3.3. “ <i>Volere e disvolere</i> ”. Il problema della revoca tacita.....	87
3.4. Inammissibilità della revoca tacita: un approccio funzionale.....	89
3.5. La fenomenologia dell’incompletezza nella dinamica negoziale introdotta dal patto.....	91
4. Rapporti col patto di ripetizione.....	94
5. Spunti critici sulla natura giuridica dell’evento conclusivo.....	99

## **CAPITOLO III L’INCOMPLETEZZA NELLA CONTRATTAZIONE IMMOBILIARE**

1. Il regolamento “incompleto” tra impostazioni dogmatiche e spunti costruttivi.....	102
2.1. La formazione progressiva del contratto.....	104
2.2. Osservazioni critiche e proposte costruttive.....	111
3.1. Il preliminare di preliminare.....	114
3.2. Osservazioni critiche e proposte costruttive.....	122
4. Il <i>rent to buy</i> : profili di “incompletezza” relativi alla causa.....	127
5. Spunti conclusivi: “incompletezza” e responsabilità.....	134

<b>Bibliografia per autore</b> .....	<b>138</b>
--------------------------------------	------------

## **Introduzione.**

La ricerca offre alcuni spunti di riflessione sulla natura e sulla funzione dell'“accordo parziale” laddove le parti, optando per una scelta organizzativa alternativa alla fattispecie, decidano di focalizzare e realizzare i propri interessi negoziali nel corso di una sequenza procedimentale.

L'indagine si fonda, da un punto di vista teorico, sulla possibilità di utilizzare il procedimento quale categoria tecnica idonea a descrivere l'intero ciclo dell'autonomia, anziché la sola fase formativa; e si giustifica, dal punto di vista pratico, con riferimento all'esigenza di valorizzare l'interesse alla procedimentalizzazione delle fasi contrattuali, al fine di assicurare ampia tutela alla libertà negoziale dei privati.

Finora, infatti, il problema dell'“accordo parziale” si è risolto nella questione della conclusione (o meno) del contratto-fattispecie, inteso quale unico atto idoneo a generare il vincolo giuridico in ordine al regolamento di interessi sostanziale, in coincidenza col momento conclusivo. La fattispecie, però, dà luogo a un sistema “chiuso” di valutazioni: all'interno del quale l'accordo parziale rileva o come contratto concluso o come atto meramente procedimentale. In questo contesto, la nascita di un vincolo giuridico di tipo sostanziale si determina in coincidenza col momento conclusivo del contratto, all'esito di una verifica sulla volontà di vincolarsi.

In realtà, una ricognizione della vasta letteratura in materia di formazione e conclusione del contratto mostra che il vocabolario concettuale del giurista è venuto progressivamente impiezosendosi, cosicché il ricorso allo strumento organizzativo della fattispecie non costituisce un passaggio imprescindibile nel lavoro di ricostruzione della rilevanza giuridica degli atti di autonomia.

Parallelamente, anche il significato del momento conclusivo è esposto a ripensamenti, nella misura in cui con esso tradizionalmente si identifica il perfezionamento della fattispecie contrattuale, quindi la genesi del vincolo giuridico, con l'avvio della fase propriamente esecutiva. Non sempre, infatti, le moderne tecniche di contrattazione vi si rispecchiano. Più spesso, la prassi produce vincoli “affievoliti” e obbligazioni “defettibili”: situazioni giuridiche destinate a consolidarsi e implementarsi in un momento successivo

alla conclusione, con la conseguenza che l'interprete è portato a ragionare in una logica di "integrazione" delle fasi contrattuali.

La complessità dei problemi è testimoniata, per altro verso, dall'emersione, a livello ordinamentale, di una pluralità di indici che guidano l'interprete nel giudizio conclusivo. Ferma restando la problematica identificazione del contratto con l'accordo, si è rilevata l'esistenza di una presunzione giurisprudenziale di perfezionamento del contratto legata alla completezza del suo contenuto.

In base a queste premesse, si è osservato che determinate manifestazioni di autonomia dei privati, pur essendo "imperfette" nella ristretta logica del contratto-fattispecie, all'interno di una sequenza procedimentale invece possono essere valutate positivamente ed apprezzate per le attese evolutive che sono in grado di immettere nel successivo sviluppo dell'operazione economica.

Nel tentativo di rispondere all'esigenza di innovare il sistema delle valutazioni formali, si è scelto di qualificare quelle manifestazioni con il ricorso alla concetto di "incompletezza", sul presupposto che quest'ultimo occupi un ambito semantico e logico diverso da quello riferibile all'imperfezione: che si è individuato nell'attitudine a descrivere l'andamento evolutivo dell'autonomia privata quando essa non si risolve nello schema organizzativo della fattispecie e non è scandita dall'assunzione di vincoli obbligatori.

L'incompletezza diventa, nella presente ricerca, una "ipotesi concettuale" verificabile in diverse figure negoziali, tipizzate e non, caratterizzate dal fatto che l'autoregolamento presenta intrinseche esigenze di completamento in virtù di una originaria decisione organizzativa delle parti.

## CAPITOLO I

### Un ripensamento del momento conclusivo

SOMMARIO: 1. Il momento conclusivo nella logica del sistema: una premessa. 2. Il fatto conclusivo tipico. 3.1. Il momento conclusivo nella complessità del sistema: le novità normative. 3.2. “Crisi della fattispecie” e nuove categorie del giurista. 3.2.1. Il procedimento. 3.2.2. L’attività. 4. Prima delimitazione dell’ambito di indagine: gli indici conclusivi. 5. L’accordo. 6.1. L’accordo nella formazione progressiva del contratto. 6.2. Osservazioni critiche. 7. Delimitazione ulteriore dell’ambito dell’indagine: il regolamento di interessi “incompleto” nella prospettiva dell’autonomia privata procedimentale.

#### 1. Il momento conclusivo nella logica del sistema: una premessa.

Per un abito mentale condiviso nell’esperienza giuridica, la conclusione del contratto è l’ “*evento legale*”<sup>1</sup> immediatamente collegato al fruttuoso esaurimento della fase formativa, nel quale la fattispecie<sup>2</sup> si imprime nel divenire giuridico e gli interessi regolati as-

---

1 Per la definizione della natura giuridica della conclusione del contratto si veda F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Varese, 1961, 868, secondo cui la conclusione “è un evento o un fatto, che si realizza in maniera diretta e per forza di legge (evento legale), sotto il presupposto e nel momento della presa di conoscenza dell’avvenuta accettazione, da parte del promittente”, non apprezzabile nel piano materiale ma solo in quello “intellettivo o spirituale”, risolvendosi nella “formazione del consenso”; nonché ID., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968, 367, dove si specifica che “la conclusione del contratto non è un atto giuridico; e che essa non abbisogna di uno specifico impulso delle parti, in aggiunta a quello che le viene, già prima, dalla proposta e poi dall’accettazione; essa è, invece, un evento, o un fatto, che si realizza in maniera diretta e per forza di legge (evento legale)”.

2 Ogni raffigurazione del momento conclusivo, sintetizzando le ragioni del fatto e quelle della regola, rievoca sul piano della teoria generale il problema dei rapporti tra autonomia privata e ordinamento, ponendo il contratto di fronte all’alternativa tra fatto e valore. Le origini del “dilemma” sono note: il contributo sistematico che l’atto di volontà aveva dato alla teoria della causalità giuridica, se da un lato determinò l’originario inquadramento della figura negoziale all’interno del sistema dei fatti giuridici (G. MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Varese, 1978, 2; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331), dall’altro ne produsse il progressivo distacco una volta che, mutato il contesto culturale, si destituì la volontà privata di autonoma forza causale per valorizzare il ruolo della norma nella produzione dell’effetto anche con riferimento agli atti negoziali, condannati così all’anonimato del fatto (per tutti vedi RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 40). Come forma di reazione al concettualismo - a parte i casi in cui la critica portò a un ripudio del concetto come metodo per la comprensione della realtà giuridica (così, ad esempio, G. GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 97) - il ripensamento del fenomeno negoziale quale espressione di autonomia privata, sviluppato in notevoli contributi di varia provenienza (tra i volutaristi, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, 108, che lo definisce come “atto di privata autonomia, indirizzata a uno scopo, che l’ordinamento giuridico reputa meritevole di tutela”; tra i sostenitori della teoria percettiva invece: E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1958, 1559 ss., per il quale è indubitabile che l’autonomia privata “come fenomeno sociale, preesista storicamente all’ordinamento statale che la riconosce”, per la sua intrinseca “funzione regolatrice di interessi privati”, che costituisce “la ratio iuris che giustifica il riconoscimento”

sumono carattere di definitività, precludendo la produzione dell'effetto giuridico<sup>3</sup>. Essa coincide con il perfezionamento del contratto e determina la contestuale produzione degli effetti negoziali secondo il principio di simultaneità<sup>4</sup>. Diversamente, la conclusione può anche considerarsi quale semplice "fatto" produttivo di obbligazioni di natura non negoziale<sup>5</sup>.

Nei rapporti tra autonomia privata e ordinamento, la conclusione fornisce le coordinate spazio-temporali del contratto<sup>6</sup> e le problematiche ad essa relative vengono in rilievo indirettamente, e cioè tramite il complessivo riferimento al "contratto concluso". Infatti, il

---

(p. 1560); ROMANO (SALV.), *Autonomia privata. (Appunti)*, Milano, 1957, spec. 20 ss., dove si insiste perché "si mediti sulla priorità storica e logica della comunità privata, della "societas" rispetto agli ordinamenti pubblici sorti in seno ad essa" (p. 20); S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, Enc. dir., IV, Varese, 1959, 366 ss., dove si rileva che "la tradizionale definizione, secondo cui il negozio giuridico si caratterizzava come dichiarazione (o manifestazione) di volontà o come atto di volontà, tende ad essere sostituita da quella più recente, secondo cui esso sarebbe da definire come atto di autonomia privata" (p. 368); ROMANO (SANTI), *Frammenti di un dizionario giuridico*, Rist., Milano, 1983, 27, per il quale è tutt'altro che raro il caso in cui il negozio "sia pure in vista della costituzione di futuri rapporti, non ponga che delle norme, come avviene nei c.d. contratti preliminari") consenti di delineare una peculiare figura di "fattispecie percettiva" (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Rist., II ed., Napoli, 1994, 44 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, spec. 100 ss.). Se da un lato la teoria percettiva ebbe il merito di svincolare il negozio dalla funzione tipicizzante assegnatagli dal concettualismo, dall'altra ripropose alla scienza del diritto due questioni "striscianti" nell'intero arco di elaborazione della categoria, ricalcate entrambe a partire dall'autonomia funzionale del negozio che, nel confermare la fondamentale irriducibilità dell'autoregolamento al sistema dei fatti giuridici (R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., 14; più ambiguo BETTI, *Teoria generale*, cit., 51, ove l'originaria precettività del negozio sembra tornare all'interno del fatto, specificandosi che l'autonomia è chiamata "a porre in essere l'ipotesi di un fatto d'una norma già esistente, dando vita, fra privato e privato, a quel rapporto giuridico che essa norma dispone"), aprì al contempo la strada alla costruzione del negozio come norma giuridica in una prospettiva di pluralità di ordinamenti (ROMANO (SANTI), op. cit., 24 ss.; ROMANO (SALV.), *Autonomia privata*, cit., spec. 20 ss.). La prima questione era di natura "meccanica", relativa alla spiegazione dinamica dell'ascesa del "precetto" dal piano sociale dell'autonomia al piano giuridico della norma statale. La seconda era di natura "logica", originata in sede di individuazione della figura negoziale dalla commistione di elementi di indole materiale e formale, come entità di fatto che al contempo afferma un valore. Di questa "antinomia logica che testimonia della problematicità del concetto" (B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1958, 42) la dottrina si è occupata assiduamente giungendo a soluzioni non conciliabili. All'osservazione che in sede filosofica un rapporto tra valori non può essere concepito in senso tecnico se non nell'ottica dell'esclusività del criterio di valutazione dato dalla norma dello stato (B. DE GIOVANNI, op. cit., 114; A. E. CAMMARATA, *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, spec., 360-362), si contrappongono concezioni che descrivono un rapporto tra valori nell'ottica di una pluralità di ordinamenti (ROMANO (SALV.), *Autonomia privata*, cit., spec. 20 ss.), ovvero un compenetrarsi di elementi strutturali (l'attività) e funzionali (la regola) nel negozio giuridico assunto come concetto unitario (G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, 47, dove struttura e regola sono considerati quali "momenti inscindibili" del fenomeno negoziale; A. AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957, 17, dove si afferma che "fattispecie" e "autoregolamento" non devono essere considerati "come soluzioni alternative dello stesso problema", poiché esse "corrispondono a due punti di vista diversi" (rispettivamente: quello dell'ordinamento e quello delle parti), "ambidue validi e legittimi in materia privata").

3 Volutamente utilizziamo la terminologia ambigua del "precludere", del "lasciar presagire" l'effetto, per sfiorare con la dovuta delicatezza uno degli temi più affascinanti e non ancora esauriti dalla scienza giuridica: l'esatta individuazione della funzione dell'atto negoziale nella dinamica del diritto nell'alternativa tra l'essere presupposto o l'essere causa dell'effetto giuridico. Per un analitico esame delle varie opinioni, si rimanda a A.P. UGAS, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011.

4 Principio che qui evochiamo nel suo significato generalissimo, a cui si richiama anche di recente V. SCALISI,

perfezionamento di una fattispecie contrattuale costituisce il presupposto logico di valutazioni ulteriori sulla validità e sulla ricostruzione dell'assetto di interessi<sup>7</sup>, nel senso che esclusivamente con riferimento al contratto riguardato nel suo momento conclusivo si esprimono i giudizi in ordine alla compatibilità sostanziale e formale dell'atto con il diritto obbiettivo<sup>8</sup>, e si dà avvio al complesso meccanismo interpretativo della regola negoziale diretto alla qualificazione giuridica dell'atto di autonomia<sup>9</sup>.

Nella prospettiva che qui interessa invece la “conclusione del contratto” deve consi-

---

*Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 9, secondo cui esso va inteso “nel senso che l'effetto non viene in essere se non quando si sono realizzati i presupposti di fatto che lo condizionano”. Ha precisato però A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 135-136, che vi sarebbe sempre uno scarto temporale tra fatto ed effetto tale per cui “se in un dato tempo si compie il fatto, nel tempo successivo l'atto assume valore giuridico” (p. 135), ragione per la quale si sono distinte “due accezioni della espressione effetto giuridico: l'una relativa alla modalità prospettica, l'altra alla modalità effettiva” (p. 136, nota 96).

5 Il fatto della conclusione produrrebbe obbligazioni *ex re*, peraltro di natura non negoziale, secondo G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937, 258, il quale, a proposito dell'obbligazione di pagare le spese del contratto, specifica che essa non integra “il contenuto della promessa del compratore” e che “nasce *ex re*, cioè dal fatto della conclusione dell'intero negozio bilaterale (più che dalla sola promessa del compratore o dal fatto dell'accettazione dell'atto traslativo), tanto è vero che essa sussiste anche quando il negozio è nullo o sottoposto a risoluzione (salvo che ciò dipenda dal venditore), fatti per cui né il notaio né il fisco rinunciano ai loro diritti”. Analoghe considerazioni, a nostro avviso, devono estendersi anche ad altre figure, come l'obbligo di avviso posto in capo all'oblatore dal secondo comma dell'art. 1327 c.c., in ordine al quale la dottrina è concorde nell'affermare che esso non si inserisce nella formazione del contratto: . Più in generale,

6 Più in generale, come ricorda A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto*, cit., 89-91, “la distinzione tra oggetti nello spazio e fatti nel tempo rimane a fondamento della fenomenologia del mondo reale e si ripresenta in tutte le sfere di realtà” (p. 89), compresa quella giuridica, nella quale si tende a declinare tale distinzione dal punto di vista del soggetto, essendo il mondo del diritto “un mondo essenzialmente umano”. Nella fenomenologia giuridica quindi “gli stessi soggetti umani figurano tra gli oggetti dello spazio perché hanno un corpo spazialmente esteso, e gli atti umani figurano tra i fatti del tempo perché si svolgono temporalmente e hanno una durata temporale apprezzabile” (p.90); ma è lo stesso autore a riconoscere subito che, in verità, anche “gli atti sono i più importanti tra oggetti: tanto importanti che si ha diffusa ripugnanza a chiamarli oggetti per non rischiare di porre e confondere in uno stesso livello di valore etico-giuridico le persone e le cose, gli uomini e gli esseri non umani” (p. 91).

7 G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984, 254.

8 “Non avrebbe senso, infatti, porsi un problema di validità del contratto se lo stesso non potesse dirsi neanche concluso; così come non sarebbe neanche logicamente ipotizzabile un problema di ricostruzione della portata di un assetto di interessi che non si fosse ancora cristallizzato nell'accordo”: C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Diritto civile, III, Obbligazioni, 2, Il contratto in generale*, diretto da N. LIPARI - P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, 196.

9 Più di recente, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, 457-460, a proposito dei rapporti tra interpretazione (definita come ricognizione del senso della regola), giudizio sulla conclusione e qualificazione del contratto, avverte da una parte che “indubbiamente la ricognizione del significato è logicamente precedente alla qualificazione”, e dall'altra che anche “stabilire l'avvenuta conclusione del contratto rientra, in un certo senso, nell'operazione interpretativa”, la quale viene scissa in due distinti giudizi: un “giudizio sul senso”, che ha ad oggetto “il voluto” ed volto cioè a conoscere “il senso della regola”; e un giudizio sulla conclusione, che invece ha ad oggetto “il volere” ed è volto invece a stabilire se tutte le parti del contratto hanno aderito al medesimo “senso della regola” (o “voluto”). Vedi anche: G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 61, secondo cui l'interpretazione è prima di tutto “strumento per decidere se il negozio è stato effettivamente concluso op-

derarsi nella sua inestricabile connessione alla fase precontrattuale, dove risponde all'esigenza, in verità da alcuni meno sentita<sup>10</sup>, di circoscrivere la vicenda formativa, la quale è dotata dalla legge di principi e di disciplina propri<sup>11</sup> come un "segmento" della più ampia vicenda contrattuale.

La duplicità di prospettive di analisi del momento conclusivo, appena accennata, risulta dalla ricognizione dei contesti e delle espressioni utilizzate nella dottrina di riferimento: dove talvolta la conclusione è descritta come "soglia della percezione", nella quale la

---

*pure no*"; N. IRTI, *Principi e problemi nell'interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1144 ss., il quale, rilevato che "le norme sull'interpretazione del contratto postulano l'avverarsi di una fattispecie, prevista da altre norme di legge", precisa poi che, se "l'accordo, in che il contratto consiste" implica "la concordanza delle decisioni delle parti", allora "l'interpretazione fa il contratto, poiché, accertando il significato di ciascuna decisione e il concordare di esse, permette il raffronto con le fattispecie normative e determina il predicato giuridico dell'accaduto". Per l'affermazione della priorità logica e cronologica dell'interpretazione rispetto alla qualificazione: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 144, per il quale "una data interpretazione della fattispecie è preliminare e correlativa a una corrispondente loro qualificazione e valutazione giuridica". C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, secondo cui attraverso il procedimento ermeneutico "si individua il senso giuridicamente rilevante del contratto e, quindi, si fissa il modo in cui possa tradursi sul piano dell'ordinamento giuridico, e nei termini ad esso propri, l'assetto che i privati hanno inteso imprimere ai loro rapporti"; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 21, secondo cui il momento della conclusione del contratto è "decisivo per la valutazione del regolamento posto in essere col contratto".

10 V. ROPPO, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *Il contratto del duemila*, 2011, 17 ss., il quale infatti, pur limitando le sue considerazioni ai contratti ad effetti obbligatori non suscettibili di esecuzione in forma specifica, ipotizza "la relativa indifferenza della circostanza che un contratto sia formato o non formato", adducendo la contiguità delle tutele "per vincolo" e "per risarcimento", e richiamandosi alla "forza del fatto" dell'inadempimento, in seguito al quale comunque si ricadrebbe nella tutela risarcitoria e nella disintegrazione del vincolo. In una logica spiccatamente rimediale vedi invece: A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 3 ss., il quale conia una nuova espressione per segnalare la relativa irrilevanza del momento conclusivo nella legislazione a tutela del consumatore: quella di "vicenda di contrattazione", la quale appunto "va al di là del "mitico" momento della conclusione del contratto e che allunga le proprie propaggini sino al momento in cui la riflessione del contraente sia da ritenersi ragionevolmente ultimata. Dunque, al momento che segna il perfezionamento dell'accordo (art. 1326) si sovrappone un concetto di "contrattazione" che va al di là di tale momento". Questa dottrina infatti, nel disegnare un nuovo sistema di tutele contrattuali di tipo rimediale, inteso il rimedio quale mezzo di tutela di un interesse che "non sempre ha bisogno di appoggiarsi ad un diritto" (p. 3), ricorda che nel contratto sono coinvolti interessi "diversi da quelli diretti alla sua corretta esecuzione (da quello di affidamento a quello di protezione)", per cui "la categoria della responsabilità non è la più appropriata per rappresentare l'area coperta dalle tutele contrattuali" (p. 26). Vedi anche ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 341 ss., dove, rilevato che "la funzione storica dell'ordinamento non è solo quella di dare ordine e sistemazione alle relazioni sociali ma di fornire risposte in positivo ove violazioni siano realizzate", osserva appunto che in taluni casi che "il rimedio finisce per pre-cedere il diritto": esemplificando con riferimento al diritto giurisprudenziale (sicché "la stessa sede giurisdizionale può essere il luogo nel quale si dà soddisfazione a "bisogni di tutela" che i diritti nella loro definizione non enunciano") e al "ventaglio degli interessi "meramente patrimoniali" la cui emersione è affidata invece alla libera contrattazione". Considerazioni analoghe possono leggersi nei contributi in cui si guarda al contratto dalla prospettiva puramente economica della mera efficienza allocativa (e ancor prima in F. GALGANO- G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 12, in cui si delinea "la possibilità di un controllo giudiziario sulla funzione economica dello scambio", in cui si realizza una valutazione "qualitativa" della circolazione giuridica, attraverso le clausole generali di buona fede di cui la disciplina contrattuale è costellata, dalla formazione all'interpretazione all'esecuzione). In particolare, il modello dell'*agency game* dimostra che l'assunzione di un



fattispecie contrattuale si palesa nella struttura minima richiesta perché si produca da parte dell'ordinamento una risposta coerente con gli interessi privati<sup>12</sup>; altre volte come “momento di passaggio”, di cui si sottolinea la strumentalità rispetto al vincolo e alla realizzazione degli interessi enunciati nell'atto di autonomia<sup>13</sup>; o ancora alla stregua di un “luogo di confine” tra prospettive dinamiche (del procedimento) e statiche (della fattispecie) che impegnano logiche differenti<sup>14</sup>.

I due momenti della formazione e della conclusione sono dunque intrinsecamente

---

vincolo giuridico è normalmente la soluzione più efficiente perché incentiva investimenti produttivi, ma la sua importanza tende a scemare quando il costo della prestazione del promittente è superiore al beneficio derivante al promissario dall'adempimento (R. COOTER - U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, II, Applicazioni*, Torino, 2006, 130). Se lo strumento contrattuale diventa inefficiente, anche le regole rimediali dovrebbero favorire il cosiddetto “inadempimento efficiente” o *efficient breach*, preferendo ad esempio i rimedi risarcitori a quelli che realizzano una tutela specifica (vedi però M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013, 475-476, il quale, dopo aver rilevato che “la teoria dell'inadempimento efficiente è certamente incompatibile con la disciplina italiana” giacché “il creditore è legittimato a esigere l'adempimento (art. 1453 c.c.) e il rimedio trova riscontro nel diritto applicato”, ritiene che alla teoria dell'inadempimento efficiente possa riconoscersi una valenza descrittiva, “in quanto rappresenta attendibilmente la condotta delle parti quando il creditore può procurarsi una prestazione equivalente a quella attesa concludendo un contratto sostitutivo”). Più in generale confronta le riflessioni di L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, I, 1 ss., il quale, rilevato che “l'argomento consequenzialista introduce il ragionamento politico, teologicamente orientato, nel discorso dei giuristi. Perciò esso è visto con sospetto per il timore che apra le porte a forme di *Vernunftrecht* opposte al diritto positivo, codificato sullo schema binario diritto/torto, non sulla coppia utile/dannoso” (p. 7), circonda di regole di metodo e vincoli giuridici il c.d. “argomento consequenzialista”, che si riferisce “alle conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nel sistema sociale” (p. 4).

11 Nella considerazione della dottrina la fase precontrattuale è dotata di autonomia logica e normativa retta da peculiari regole di comportamento (la buona fede ex art. 1337 c.c.), con annesse forme di responsabilità. In particolare, secondo alcuni autori, sarebbe una figura giuridica propria della fase precontrattuale quella delle “trattative”, menzionata all'art. 1337 c.c., in relazione alle quali si discute se facciano parte dell'iter formativo (così A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 38, che precisa però che l'attività della trattativa deve essere classificata tra le fasi “meramente eventuali e facoltative del procedimento di formazione del contratto”; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, 11, secondo cui “le trattative fanno parte dell'iter formativo del contratto e ne costituiscono normalmente la spina dorsale”) o se invece costituiscano una fase addirittura precedente rispetto a quella propriamente formativa (F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., 844) o, semplicemente, una fase diversa non per tempi ma per funzioni (V. CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Varese, 1988, 1268, secondo cui “benché le trattative siano di massima finalizzate al raggiungimento del consenso, il momento della formazione del contratto può tuttavia segnare uno stadio ulteriore e addirittura autonomi che già presuppone una certa definizione dell'assetto di interessi divisato”; più di recente vedi anche A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 11, secondo cui la formazione, differenziandosi dalle trattative, è quella “che investe più direttamente la costruzione del contratto”, intesa come materiale predisposizione dell'autoregolamento). Sarebbe inoltre una figura giuridica propria della fase precontrattuale la *culpa in contrahendo*, la quale com'è noto secondo una parte della dottrina si spiega come figura autonoma di responsabilità, distinta da quella contrattuale e aquiliana (sul punto si rimanda a V. CUFFARO, op. cit., 1267, dove si osserva che “appare difficile sul piano sistematico ricondurre coerentemente la fattispecie all'area del contratto o del fatto illecito, giacché, per un verso, gli obblighi di condotta precontrattuale non possono riconoscersi in quelli che derivano dal contratto, mentre, per altro verso, la previsione della regola di comportamento esprime una potenzialità precettiva che non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio”; P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Varese, 1979, 148, dove si afferma “la singolarità di

collegati, ma non possono essere concettualmente sovrapposti. Sebbene in dottrina le due espressioni siano spesso utilizzate con promiscuità<sup>15</sup>, qualche autore ne sottolinea invece correttamente l'autonomia logica e giuridica, la quale discende dall'attribuzione a ciascuna delle fasi menzionate di un corredo di problemi tecnico-giuridici che ne rende impossibile la sovrapposizione. In particolare: il problema tecnico della conclusione sarebbe di stabilire con il massimo grado di *certezza* quando e se il contratto viene concretamente in essere; quello della formazione invece di valutare se e in che misura un atto o un'attività sono do-

---

*una relazione che deve giudicarsi in sé e chiede una valutazione dei doveri di condotta ... che va oltre il momento e le finalità della formazione del consenso contrattuale*). Vedi però, a favore di un inquadramento della responsabilità precontrattuale in una delle due forme classiche, per la natura extracontrattuale: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 157 ss; per la natura contrattuale: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari - Dei requisiti del contratto, Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 215.).

12 Si vedano: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 65, il quale, in tema di predisposizione del regolamento negoziale ad opera di una sola delle parti, sostiene che il valore dell'accordo si riduce alla funzione di sanzionare la nascita del vincolo, argomentando che *“la disciplina della proposta e dell'accettazione, infatti, non attiene al grado di partecipazione dei contraenti alla elaborazione del regolamento contrattuale, ma fissa unicamente le condizioni formali perché tale regolamento divenga vincolante per quei soggetti”*; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 68, secondo cui i privati che intendono derogare al sistema della tipicità legale concludendo un contratto atipico, devono in primo luogo soddisfare i requisiti di idoneità in astratto dello schema utilizzato, agendo *“secondo i comuni canoni della giuridicizzazione della volontà privata”*, ossia rispettando *“le norme poste dalla legge in tema di procedimento di formazione dell'accordo (modi e forme), cioè di procedimento di creazione dello strumento contrattuale”*.

13 L'idea della strumentalità è sviluppata in modo originale dai diversi autori: C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, cit., 196, secondo cui *“Il tema della conclusione del contratto individua le tecniche attraverso le quali pervengono alla costituzione del vincolo contrattuale”*. Per R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 167-170, il momento perfezionativo della struttura del contratto *implica* o direttamente è esso stesso (entrambe le interpretazioni si traggono dalle parole dell'autorevole Autore, il quale configura prima come mera *“conseguenza”* e poi più direttamente come *“coeva alla formazione del contratto”*) una situazione strumentale *“organica”* e *“intrinseca”* al meccanismo contrattuale, parimenti riscontrabile a prescindere dalla natura obbligatoria o reale dell'effetto divisato in contratto: tale sarebbe, *“quella che noi chiamiamo contenuto del contratto”*, ossia un'attribuzione patrimoniale che si esteriorizza in un rapporto giuridico (non necessariamente obbligatorio) di cui si esaltano gli attributi di strumentalità e provvisorietà rispetto all'effetto giuridico finale inteso come realizzazione del diritto. Per V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Varese, 1998, 54 ss., la natura dell'interesse a rilevanza inattuosa o programmatica, nel determinare la natura negoziale di un comportando significativo, attiva un processo di realizzazione giuridica che segue un peculiare *“schema triadico”* in cui, collocati agli estremi opposti la *“situazione esigenziale”* dell'interesse e *“la situazione satisfattiva finale”* dell'effetto, la formulazione di un programma pratico di azione è elevata a *“tratto di congiunzione”*, in quanto rende(rebbe) possibile *“la transizione dalla realtà pratica e sociale dell'interesse considerato alla realtà giuridica dei correlativi effetti”* e quindi assolve(rebbe) ad *“un insostituibile ufficio strumentale, di mediazione, nel passaggio dall'una all'altra situazione, in quanto ha il compito di specificare e fissare nelle forme di legge ... l'assetto complessivo degli interessi perseguiti”* (p. 57).

14 Per G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 63, fattispecie e procedimento sono infatti categorie distinte e autonome che interagiscono in un *“luogo di confine”* costituito dalla venuta ad esistenza del contratto, per cui *“rappresenterebbe ancora una sovrapposizione di prospettive l'affermazione che il procedimento tenda alla produzione dell'effetto vincolante, inteso come effetto sostantivo della fattispecie”*. In particolare, l'autorevole dottrina distingue nettamente i due momenti della conclusione del procedimento e della conclusione del contratto: nell'uno si valuta la rispondenza a uno schema meramente strutturale tra quelli previsti dalla legge per la realizzazione dell'accordo, nell'altro emergono i profili funzionali dell'atto

tati di “attitudine” conclusiva, intesa come astratta “*possibilità*” di determinare la conclusione del contratto<sup>16</sup>.

## 2. Il fatto conclusivo tipico.

A tener fede alle categorie tradizionali, per il suo carattere di momento cruciale nella vicenda contrattuale, la conclusione “esigerebbe” di essere tracciata da contorni chiari e “pretenderebbe” di avere una *consistenza* spazio-temporale. L’esigenza di certezza sentita attorno al momento conclusivo è stata colta a suo tempo dal legislatore del 1942 il quale, codificando per la prima volta la materia<sup>17</sup>, ha specificato a più riprese, nella sezione dedicata alla formazione dell’accordo, quando “il contratto è concluso” (artt. 1326, comma I<sup>18</sup>;

da valutare in relazione al tipo legale o sociale. E’ in quest’ultimo passaggio che il contratto sembrerebbe potersi dire concluso. Si afferma infatti che “*l’accordo, depurato dalla sua tonalità mistica, e ad di là di una formula meramente descrittiva, si risolve in una serie di congegni legali, più specificamente in categorie costituite da una serie di atti e situazioni giuridiche, che, nella loro connessione, implicano il perfezionamento del contratto. Questo atto, sotto tale aspetto, è solo uno schema meramente strutturale ... Ma tale schema strutturale non è ancora il contratto*” (p. 62). Di “*necessaria esattezza di confini tra la dimensione formativa della regola e la ricostruzione (e la compiutezza) del contenuto che essa racchiude*” parla altresì N. MUCCIOLI, *Studi sul contegno concludente*, Torino, 2012, 60, la quale polemizza con quanti escludono l’applicabilità delle regole interpretative fondate sulla comune intenzione delle parti a contratti conclusi mediante contegno concludente.

15 E. ROPPO, *Contratto, II, Formazione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1988, 1, “*il problema della formazione del contratto è, essenzialmente, problema di sapere se contratto c’è o non c’è, e quando comincerà ad esserci*”. Analoga sovrapposizione è leggibile nelle parole di P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, II, 1353.

16 Precisandosi che la conclusione “*designa soltanto l’evento terminale del procedimento di formazione*” (così F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, cit., 844-845). In particolare, G. TAMBURRINO, *op. cit.*, 2 (in particolare nt. 3, dove polemizza con le affermazioni di E. ROPPO, *loc. ult. cit.*), afferma che “*la formazione va pertanto nettamente distinta dalla conclusione*” e conseguentemente definisce che “*conclusione è l’atto finale con il quale si definisce il contratto, questo diviene perfetto e produce i suoi effetti, mentre la formazione - come suddetto - è l’insieme degli atti o dell’attività (precontrattuale) che porta alla possibilità di concludere il contratto*”.

17 Nel codice civile del 1865 la mancanza di regole sulla formazione, in linea con la tradizione napoleonica, non costituiva una grossolana lacuna: essendo invece secondo la spiegazione ritenuta “*più plausibile*”, il frutto di una precisa scelta politica dettata dall’influsso delle ideologie borghesi, dalle quali l’autonomia privata era concepita come un “*potere autolegittimante*” (così G. CONTE, *La formazione del contratto, 1326-1330 e 1333-1335*, in *Il codice civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2018, 8). Quest’ultima ipotesi non ha convinto però quanti, alla luce di un’analisi della genesi storica della moderna categoria del contratto, hanno argomentato che il legislatore napoleonico aveva regolato la figura contrattuale e, dunque, subordinato l’esercizio dell’autonomia privata al rispetto di alcuni limiti di legge (seppure non consistenti in articolati procedimenti formativi): così sostiene I. BIROCCHI, *Notazioni sul contratto (a proposito di un recente lavoro di G. Alpa)*, in *Quaderni fiorentini*, 1990, 658, precisando che “*il problema della rilevanza dell’accordo tendeva a porsi come un problema di riconoscimento dell’autonomia dei singoli*”, ai quali “*l’ordinamento impone solo di attenersi ad una serie di requisiti generali, tendenzialmente semplici e non formali, entro i quali la volontà assume valore di legge privata*”.

18 Com’è noto, il nostro ordinamento ha temperato il criterio della cognizione attraverso una presunzione di

1327, comma I; 1328; 1330; 1333, comma II; 1336, comma I; 1342, comma I). Il medesimo scrupolo si ripete poi nella disciplina di alcuni tipi contrattuali<sup>19</sup>; mentre la mancanza di una simile specificazione ha dato luogo in altre ipotesi a discussioni dottrinali che ancora agitano gli interpreti<sup>20</sup>.

Nelle norme sulla conclusione - più che nella disposizione che enumera i requisiti (art. 1325 c.c.)<sup>21</sup> - la dottrina ha rinvenuto un esplicito collegamento tra la figura del con-

---

conoscibilità (art. 1335 c.c.): G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, spec. 289 e 317, dove si chiarisce che “*il principio della cognizione è definitivamente abbandonato ed è piuttosto accolto il criterio della recezione, quando si può accertare che - secondo uno schema che è tipico di quest’ultimo sistema - la possibilità di conoscenza viene per legge equiparata all’ conoscenza e a tale determinazione almeno una delle parti (il dichiarante) rimane sicuramente vincolata*”; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 218. Da ultimo, P. CARLINI, *La conclusione del contratto a distanza: dalla regola della spedizione al sistema della conforma di recezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 501 ss., spec. pp. 545-546.

19 In particolare: l’art. 1520 c.c. in materia di vendita con riserva di gradimento e l’art. 1549 c.c. in materia di contratto di riporto. Peraltro, un’ interferenza sul momento conclusivo della vendita è dispiegata anche da altri tipi di clausole rinvenibili nella prassi: così la clausola “salvo conferma”, opererebbe nel senso che la vendita non è conclusa fino al momento dell’ approvazione per ROMANO (SALV.), *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, V, I, diretto da G. Grosso, Milano, 1960, 117.

20 Può richiamarsi l’ accesso dibattito interpretativo che coinvolge la figura della mediazione, in relazione alla cui natura giuridica la dottrina discute ancora, nonostante la collocazione della relativa disciplina, da parte dei compilatori del codice civile del 1942, tra i singoli contratti (artt. 1754 ss. c.c.). Com’ è noto, il dibattito è occasionato dalla mancanza di una definizione del contratto di mediazione, limitandosi l’ art. 1754 c.c. a definire la figura del mediatore, quale soggetto che svolge un’ attività materiale (mettere in relazione due o più parti per la conclusione di un affare) con obbligo di neutralità (senza essere titolare di un rapporto di collaborazione, dipendenza o rappresentanza). Per la tesi non contrattualistica vedi: L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, spec. p. 45, secondo cui il contratto di mediazione sarebbe privo di causa in quanto “*sarebbe diretto a creare la medesima situazione, che discende direttamente dalla legge*”; A. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, spec. 372 ss., il quale, rilevato che stipulare un contratto di mediazione sarebbe inutile o, secondo i casi, non meritevole di tutela (perché se “*tale rapporto nasce, nella previsione legislativa, a seguito di una fattispecie non negoziale, un contratto col quale ci si proponesse di porre in essere identico rapporto non varrebbe a realizzare la fattispecie tipica e sarebbe pertanto improduttivo di effetti. Qualora la fattispecie tipica si fosse realizzata, gli effetti andrebbero ricondotti ad essa e non al contratto. Se poi nel contratto la nascita del rapporto fosse subordinata al realizzarsi della fattispecie tipica vi sarebbe ragione per negare la contratto stesso una funzione meritevole di tutela*”), ritiene che la mediazione, siccome “*oggettivamente indirizzata a realizzare l’ interesse delle parti*” (p. 377), rappresenti un significativo punto di emersione “*della rilevanza per l’ ordinamento di attività svolte senza autorizzazione a vantaggio di altri*”, accanto agli istituti della *negotiorum gestio* e dell’ arricchimento senza causa; P. RESCIGNO, *Note a margine dell’ ultima legge sulla mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, 243 ss., secondo cui “*l’ accentuazione del carattere soggettivo della nozione induce a dubitare che il legislatore ... abbia fatto propria o abbia manifestato una chiara propensione per la tesi contrattualistica*”; A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006, 59, dove si argomenta in base all’ inapplicabilità alla mediazione della disciplina dell’ annullabilità, concludendosi che “*il fenomeno della mediazione pone problemi ed esigenze diversi da quelli implicati ordinariamente da una fattispecie di natura contrattuale*”; da ultimo anche S. NARDI, *Preliminare di vendita di immobile non agibile e diritto del mediatore alla provvigione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 550 ss., che argomenta in base all’ impossibilità di applicare alla mediazione la disciplina della nullità considerato che, da una parte, “*da un’ analisi della fattispecie non pare possano individuarsi ipotesi di una sua nullità per assenza di uno dei requisiti essenziali del contratto*”, e dall’ altra nella mediazione illecita “*l’ illiceità, in tal caso, colpisce l’ attività in sé, ovvero deriva dall’ affare intermediato*”. (p. 555). E’ da segnalare altresì che alcuni autori, pur sostenendo la tesi non contrattualistica, ritengono possibile configurare una me-

tratto e la fattispecie<sup>22</sup>. L'importanza delle disposizioni poc'anzi richiamate non è quindi solo pratica - cioè legata alla soluzione di problemi relativi al tempo e al luogo del contratto<sup>23</sup> - avendo condizionato il metodo, l'approccio scientifico e, in ultima analisi, le soluzioni accolte in tema di formazione e conclusione del contratto.

L'esigenza epistemica di "costringere" l'intera realtà nella "camicia di forza" del "fatto giuridico"<sup>24</sup>, che sta all'origine del ben più noto dibattito sulla natura dell'atto di autonomia, per quanto qui interessa rilevare ha costituito anche il "retropensiero" sul quale venivano più o meno esplicitamente basate alcune convinzioni di base in tema di formazione del contratto.

Per mostrare come questo "retropensiero" abbia influenzato il piano teorico delle premesse dell'approfondimento giuridico sulla formazione del contratto, basta ricordare l'ampia circolazione di cui ha goduto in dottrina l'opinione (pur autorevole, ma che oggi si

di mediazione contrattuale: A. LUMINOSO, *La mediazione*, cit., 62 (secondo cui "l'utilità (rispetto alla fattispecie non negoziale) di un contratto di mediazione potrebbe consistere anche nella semplice anticipazione temporale - grazie all'immediato accordo inter partes - del sorgere del rapporto"). Da ultimo, parla di "mediazione negoziale atipica", in cui la nota di atipicità è data dal fatto che il rapporto di mediazione, derivato da un contratto si costituisce nei confronti di una soltanto delle parti interessate alla conclusione dell'affare: I. PIZZIMENTI, *Mediazione atipica e diritto alla provvigione: la parola alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 52 ss., dove si prende in considerazione Cass. Civ., S.U., 2.8.2017, n. 19161, per la quale la figura della mediazione unilaterale atipica coincide con quella del procacciamento d'affari. Per la tesi contrattualistica, argomentata in base alla ricorrenza, all'interno della disciplina della mediazione, di norme che presuppongono o direttamente richiamano la figura del contratto vedi invece: U. AZZOLINA, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1955, 42 ss.

21 Il dibattito sul rapporto tra nozioni di "requisiti" ed "elementi" del contratto ha consentito di cogliere il fenomeno contrattuale nella sua unità. Afferma infatti E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto. Art. 1325*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, fondato da F. D. Busnelli, Milano, 2013, 16, che "l'art. 1325 c.c. enuncia, dunque, criteri di valutazione - non elementi essenziali che si combinano tra loro - di quell'unitaria realtà che è l'accordo". Si individuano allora due funzioni specifiche dell'art. 1325 c.c.: una più propriamente tecnica, che si risolve nel tracciare la rilevanza giuridica dell'accordo, e l'altra invece definita "morale" (p. 75), diretta a regolare l'accordo a tutela di "deboli e sprovveduti".

22 L'intimo collegamento con lo strumento della "fattispecie" che, nell'espressione appena richiamata nel testo, sarebbe da assegnarsi al termine "contratto" è apertamente dichiarata da P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, cit., 1353, secondo cui "quando l'art. 1326, comma 1, c.c. precisa il momento in cui "il contratto è concluso", è certo che la norma si riferisce al procedimento di formazione dell'accordo, e quindi ad un concetto che attiene alla "tipologia della realtà sociale" nella cui trama il legislatore ritaglia "i modelli dei fatti" ai quali ricollega conseguenze giuridiche".

23 Vedi per tutti L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, 1.2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1994, 588 : "l'individuazione del tempo serve, per esempio, al fine di stabilire: se le parti erano legalmente capaci di agire all'atto della stipulazione; quale sia la legge applicabile, nel caso di successione di leggi nel tempo. L'individuazione del luogo è utile, per esempio: nel caso in cui debbano applicarsi norme di diritto internazionalmente privato, al fine di stabilire quale sia la legge destinata a disciplinare gli obblighi nascenti dal contratto (art. 25, disposizioni sulla legge in generale); al fine di determinare il luogo di adempimento delle prestazioni relative al negozio (art. 1182, 2° comma); al fine di stabilire nel caso di controversia, quale sia il giudice competente per territorio".

24 Per tutti vedi A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, cit., 255, secondo il quale si tratta di una "caratteristica saliente della realtà giuridica".

reputa addirittura indimostrata<sup>25</sup>) secondo la quale i procedimenti di formazione dell'accordo dovevano essere tassativamente regolati dalla legge in vista delle operazioni di riconoscimento<sup>26</sup>, appartenendo dunque all'esclusiva competenza ordinamentale l'ufficio di regolare la fase prenegoziale.

Volgendo invece l'attenzione ad un piano più normativo, sono sempre riconducibili a quel "retropensiero" alcune opinioni espresse in dottrina in ordine alla natura giuridica di proposta e accettazione e ai loro requisiti o caratteri. Quanto alla prima questione vi è chi ha ipotizzato una confluenza degli atti formativi nel contratto perfetto, onde spiegare la natura giuridica dei primi senza contraddire la negozialità del secondo<sup>27</sup>; ma com'è noto questa tesi è ben contrastata da alcuni autori i quali ritengono possibile che si crei una soluzione di continuità nel passaggio dalla fase formativa a quella conclusiva, propendendo per la qualifica "prenegoziale" degli atti formativi del contratto<sup>28</sup>.

25 R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, Milano, 2012, 18 ss., il quale sottolinea che riconoscere poteri di tipo procedimentale in capo ai privati non significa affatto rovesciare i rapporti tra autonomia privata e ordinamento (i quali sempre presuppongono che quest'ultimo metta un limite all'esercizio della prima), concludendosi che anche tali manifestazioni "*dovranno necessariamente rivestire forme e modalità espressive rispondente ad oneri e criteri di valutazione che, da un lato, superino il vaglio del giudizio di meritevolezza e di liceità da parte dell'ordinamento giuridico e, dall'altro, siano conformi ai codici significanti (ora per simboli, ora per segni) della comune esperienza sociale*".

26 R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 518. Per la tassatività dei procedimenti formativi vedi anche: G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali*, cit., 3. Per un collegamento tra esercizio dell'autonomia privata e oneri inerenti alla struttura negoziale confronta invece: F. CARRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 822 ss., spec. p. 824, per il quale "*sarebbe impossibile esprimere una valutazione sulla corrispondenza o meno del negozio agli intenti empirici delle parti o sulla non contrarietà ai diritti e agli interessi giuridicamente protetti dei terzi se prima non si accertasse che le parti hanno effettivamente esplicata un'attività negoziale, che si adegui cioè ad uno degli schemi riconosciuti dall'ordinamento giuridico*".

27 C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, cit., 200, dove si parla di "*atti negoziali precontrattuali*"; ma vedi anche C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., 222, dove si parla di "*manifestazioni di consenso costitutive del contratto*". Si discute inoltre se il contratto debba considerarsi come atto unico o se in esso debbano riscontrarsi "*tanti atti e fatti quanti sono i partecipanti alla formazione*" (così N. RONDINONE, *L'attività nel codice civile*, Milano, 2001, 234). Peraltro, già a parere di A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 15 e 120 ss., ad uno stesso atto può attribuirsi una "*natura composita, avendo uno dei componenti natura sostanziale, l'altro procedimentale*" o comunque, qualora ciò fosse da escludere, una "*doppia funzione*" (p. 15): come accadrebbe proprio per la proposta, la quale avrebbe un "*contenuto composito*" costituito da: una richiesta di accettazione, la quale "*è atto tipicamente procedimentale*" (p. 124), e una manifestazione di volontà, che è invece "*una parte del negozio bilaterale, che verrà (se verrà) ad esistere*" (p. 145). Quest'ultima dottrina conclude quindi che il contratto è un "*negozio bilaterale*", rilevante come "*quid unicum*" in quanto "*unico (pur nella sua eventuale, ma non necessaria complessità) è il regolamento di interessi statuito*" (p. 163), ma costituito di due dichiarazioni negoziali le quali "*pur avendo in potenza tutti i requisiti di un autonomo negozio*", non lo sono di per sé, costituendo invece solo una "*parte dell'unico negozio contrattuale*" (p. 166).

28 F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 189; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 518, dove si afferma che la revocabilità della proposta costituisce "*un indice sicuro del carattere di mero atto prenegoziale proprio di questa*"; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 53; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014; ROMANO (SALV.), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, 85-86; ID., *L'atto esecutivo nel diritto*

Quanto alla seconda delle questioni menzionate, relativa all'individuazione dei caratteri degli atti formativi, la soluzione comunemente accolta (con qualche importante eccezione<sup>29</sup>), ma che pure meriterebbe di essere attentamente vagliata, è di trarre i requisiti della proposta da quelli della figura del contratto<sup>30</sup>. In particolare si sostiene che la proposta deve essere completa<sup>31</sup>, da un lato assegnando a questo attributo una fondamentale funzione identificativa dell'atto a livello tipologico, per distinguerlo da figure meno determinanti rispetto alla conclusione (ad esempio l'invito a offrire); dall'altro elevando il carattere incompleto della proposta, in taluni casi, ad elemento tipico di un'intera categoria negoziale, costituita dai negozi *per relationem*<sup>32</sup>. Come a nostro avviso debba intendersi la completezza e quale sia la sua funzione diremo in seguito; ci limitiamo per il momento a rilevare che, secondo una precisazione assai ricorrente nella letteratura dedicata al contratto, la proposta è completa se contiene almeno gli elementi essenziali del contratto che è diretta a concludere<sup>33</sup>, al limite specificandosi la necessità di una sua valutazione in concreto, nel senso di non potersi ritenere completa una proposta che non contenga il riferimento a tutte

---

*to privato. Appunti*, Milano, 1958, 50.

29 G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 105, osserva giustamente “la scarsa attendibilità dell'opinione tradizionale circa la completezza della proposta”, a causa della “impossibilità di parlare, nella visuale del procedimento, degli elementi che individuano il contratto, poiché questa è già una qualificazione operata alla stregua del concetto di *fattispecie*”.

30 Circostanza apertamente affermata da N. RONDINONE, *op. cit.*, 240, il quale, nell'argomentare a favore dell'opinione secondo la quale il contratto sarebbe costituito da pluralità distinta di atti formativi (i quali quindi non si fonderebbero in un unico atto), ricorda che “*si concorda pacificamente sul fatto che proposta e accettazione rappresentano i veri termini di riferimento dei requisiti propri del contratto alla cui formazione sono ordinati*”.

31 Si discute però se il proponente possa affidare la determinazione di alcuni punti all'oblato. Per la dottrina favorevole vedi: G. OSTI, voce *Contratto*, cit., 515, che definisce questo come un caso di completezza “*virtuale*”; A. RAVAZZONI, *La formazione*, cit., 108-109, aggiungendo che il contratto non può considerarsi concluso se poi l'accettazione non contenga anche la relativa determinazione, salvo che la determinazione, secondo le intenzioni del proponente, non dovesse o potesse intervenire successivamente all'accettazione, nel qual caso la sua mancanza determinerebbe una risoluzione di diritto del contratto). Dubitativo invece R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 1970, 88-89, secondo cui non può consentirsi che “*un contraente si rimetta in materia al mero arbitrio dell'altro interessato*”.

32 P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, 26, dove si precisa che “*la mancata determinazione concreta dell'intento ad opera del soggetto della volizione non deve implicare l'assenza della volontà stessa*”.

33 F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, cit., 851; E. ROPPO, voce *Contratto*, II, *Formazione*, cit., 4; F. REALMONTE, *L'accordo contrattuale*, in *Il contratto in generale*, II, a cura di G. Alpa, G. Chinè, F. Gazzoni, F. Realmondo, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato*, XIII, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 56; A. RAVAZZONI, *La formazione*, cit., 108, secondo cui “*è sufficiente che nella proposta sia contenuta l'indicazione degli elementi di base, identificativi del contratto, mentre per la determinazione degli altri elementi (ivi compreso qualche elemento, pur essenziale per l'esistenza del contratto) può essere contenuto nella proposta, un rinvio ad una fonte esterna di determinazione*”. Prescindendo dal riferimento agli elementi essenziali, G. OSTI, voce *Contratto*, cit., 515, precisa che la proposta “*deve contenere la compiuta indicazione del contenuto che, secondo la volontà del proponente, dovrà avere il contratto, sicché il destinatario di essa, per concludere il contratto, possa limitarsi puramente e semplicemente ad accettarla*”;

le circostanze emerse in eventuali trattative anteriori<sup>34</sup>.

Più in generale, la considerazione della conclusione come momento di perfezionamento della fattispecie contrattuale, a sua volta identificata con l'elemento dell'accordo (inteso ora come fusione di volontà, ora come convergenza di dichiarazioni, ora come risultante di entrambi gli elementi dichiarativo e volitivo)<sup>35</sup>, ha condizionato l'interprete nel perpetuare soluzioni rispettose, più che del dato positivo, delle nozioni tramandate dalla tradizione giuridica. Per lungo tempo, ad esempio, la nozione di contratto incentrata sulla coincidenza di due dichiarazioni di volontà manifestate tramite segni esteriori, si è tradotta in una generalizzazione dello schema formativo di cui all'art. 1326 c.c.<sup>36</sup>.

D'altra parte, però, è proprio l'assoluta novità dell'enfasi data dal codice del 1942 al momento conclusivo ad aver motivato gli approfondimenti relativi ai problemi della formazione (e conclusione) del contratto, sottraendo finalmente queste materie a ragionamenti puramente intuitivi o fondati su regole della ragione, residuati del consensualismo<sup>37</sup>.

Anzitutto cominciava ad avvertirsi che lo schema disciplinato agli artt. 1326 e 1328 c.c. non poteva reputarsi "generale", essendo stato modellato dal legislatore con implicito ma pregnante riguardo ad uno specifico tipo di affare: lo scambio<sup>38</sup>.

---

34 A. D'ANGELO, *op. cit.*, 52.

35 Sul quale vedi *infra* § 5.

36 La sequenza proposta-accettazione, adottata inizialmente per risolvere i problemi della conclusione nelle contrattazioni tra assenti sulla base della  *fictio*  giuridica del "viaggio del consenso" (come afferma F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1898, VIII, par. 371, 242, "Colui che spedisce la prima lettera deve considerarsi come se con un viaggio si fosse recato dall'altro e ne avesse ottenuto il consenso"), progressivamente viene trasposta in via analogica al colloquio tra presenti, diventando schema conclusivo generale.

37 Di "feticcio del consenso" parla N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 433. Contro il dogma del consenso vedi anche G. GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 18 ss.; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353 ss.; E. FERRERO, *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 31 ss., il quale, qualificato l'accordo di cui al n. 1 dell'art. 1325 c.c. come "accordo di dichiarazioni" (p. 60), reputa da un lato che il "testo contrattuale" contenente i "termini dell'accordo" non possa scomporsi "nei termini della dichiarazione dell'uno e dell'altro" ma rappresenti un' "unità giuridica" alla quale riferire "gli intenti e le rappresentazioni delle parti in vista dell'annullabilità" (p. 61-62); dall'altra, che non abbia ragione di distinguersi tra errore e dissenso occulto, nei termini rispettivamente di "errore sulla dichiarazione propria" ed "errore sulla dichiarazione altrui", per il fatto che "quando l'oblato, avendo frainteso la proposta, la accetta mediante formula di rinvio, o mediante ripetizione della medesima ma attribuendole un falso significato, il suo errore sulla dichiarazione altrui si trasforma in errore sulla dichiarazione propria" (p. 61).

38 Distingue almeno quattro schemi di formazione del contratto in ragione del "tipo d'affare", G. GORLA, *Il dogma del "consenso"*, cit., 924 ss., secondo il quale gli schemi formativi si articolerebbero in modo assai diverso a seconda del "contenuto della volontà, cioè dell'affare" (p. 921). In particolare: nello scambio l'accettazione è "necessaria e imprescindibile, per la semplice ragione che essa contiene non soltanto la volontà di ricevere o far propria la promessa o cessione altrui, ma anche la contropromessa o controcessione" (p. 925); nelle promesse in cui all'obbligazione del promittente non ha riscontro un'obbligazione del promissario e che fanno sorgere un affidamento meramente generico del promissario, "l'accettazione, come mera volontà di ri-



Vi era inoltre un'ampia area della contrattazione, coincidente con la realtà, rispetto alla quale lo schema di cui all'art. 1326 c.c. appariva palesemente inadeguato. Pertanto, una parte degli autori sosteneva che il binomio accordo-consegna andasse collocato lungo l'iter formativo<sup>39</sup>, mentre altri proponevano soluzioni "normalizzanti", volte cioè ad espungere la consegna dalla fase formativa. In particolare si è sostenuto che l'attitudine conclusiva della consegna sarebbe inspiegabile in un sistema, come quello adottato dal codice del 1942, chiaramente improntato alla consensualità della figura contrattuale, e che avrebbe dovuto essere compito dell'interprete quello di armonizzare i contratti reali con l'impianto consensuale alla luce della pretesa "*efficacia normativa che contraddistingue il sistema considerato nell'insieme delle sue componenti*"<sup>40</sup>.

---

*cevere una promessa, si riduce ad una presunzione o, meglio, ad una finzione, fondata sul mero silenzio e creata per mantenere ad ogni costo lo schema dell'accordo come promessa-accettazione*" (p. 927); nel contratto reale l'accettazione "*è immanente nella stessa struttura reale del negozio*" poiché nella consegna "*è insito il consenso del promissario*" (p. 928); nel mandato gratuito invece, secondo l'illustre Autore, di accordo può parlarsi "*in un senso del tutto particolare (e, forse, improprio)*" (p. 935), dal momento che *la commendatio rei*, cioè l'atto di attribuzione di fiducia e di poteri, è "*una situazione che sta al di fuori, sia di quella di un "accordo" come promessa-accettazione (ricezione), sia di quella di un accordo per promesse o concessioni reciproche*" (p. 935). Con la conseguenza che non potranno applicarsi a quest'ultima figura né gli artt. 1326 e ss. (e in particolare le norme che disciplinano la revoca della c.d. "*proposta di conferimento del mandato o rogatio*" e quella "*dell'offerta o della stessa promessa di mandato*" (p. 937) né l'art. 1333 o simili, poiché il mero atteggiamento passivo di ricevere una promessa (di mandato) non è ritenuto sufficiente a esprimere una *commendatio*. Ad un analogo risultato interpretativo (sebbene partendo da un diverso problema giuridico, consistente nel fornire adeguata sistemazione in ambito contrattuale ai cosiddetti "contratti associativi"), giunge P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 70 ss. secondo cui la considerazione del "*tipo di affare*", nella dicotomia scambio/affare associativo, può ben influire sulla struttura del consenso, e cioè sul processo formativo, pur escludendosi "*ogni valore tipologico dell'intera categoria contrattuale a questo o quel particolare processo formativo, e conseguente struttura, del consenso*" (p. 81). In particolare, a parere dell'Autore, l'interprete dovrebbe assumere consapevolezza del fatto che "*la dialettica formativa, ove identificata in termini di proposta-accettazione, sia stata modellata sulla relazione prestazione-controprestazione, sulla struttura tipica cioè dell'affare di scambio*" (loc. ult. cit.), evitando di replicare il medesimo ordine concettuale anche per i contratti associativi: nei quali "*allo scambio di dichiarazioni appare sostituirsi una loro confluenza o convergenza*" (p. 381) in funzione dello svolgimento dell'attività.

<sup>39</sup> Anche se occorre notare che le argomentazioni utilizzate sono le più diverse. Per un'integrale immersione della figura del contratto reale nella logica formativa vedi: G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit. 83, secondo cui la consegna costituisce appunto l'atto conclusivo della sequenza formativa. Secondo invece D. CENNI, *Consensualità e realtà nella formazione dei contratti*, in *Contr. e impr.*, 1997, 980 ss., spec. p. 1042, e C. MANCINI, *La realtà come scelta atipica*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 405, qualora la consegna sia successiva all'incontro di voleri, si traduce in una reiterazione del consenso che assorbe e supera il primo accordo. Nella prospettiva della scissione tra i due momenti dell'accordo e della consegna vedi invece: D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 397, secondo cui "*la consegna funziona come impulso per lo sviluppo di un rapporto (fondamentale), già costituito in base ad un intento precedentemente manifestato; e va costruita come atto in senso stretto*".

<sup>40</sup> Sono parole di A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1957, 331 ss., il quale all'esito di un'ampia disamina critica conclude che la consegna della cosa deve essere situata "*nella zona dell'esecuzione del contratto*", della quale infatti si afferma che si compone "*non solo del risultato raggiunto ma altresì dei comportamenti destinati allo scopo*", pur ammettendosi che in alcuni dei casi di contratto reale "*conclusione del contratto e consegna appartengono ad una vicenda temporalmente unitaria*" e pur precisandosi che "*l'unità temporale della vicenda non può annullare (né vanificare) la diversa natura degli atti che sono in essa implicati*" (p. 347). Analoga ispirazione deve riconoscersi alle correnti dottrinali che espungono la

Accanto a questi dibattiti, che evidenziano un fermento negli studi sulla formazione, l'applicazione di un metodo schiettamente positivo ad opera di una nicchia di interpreti ha contribuito in modo decisivo a ridimensionare la valenza sistematica dello scambio di proposta e accettazione, nel contempo facilitando le operazioni di "isolamento" delle esigenze pratiche relative agli altri procedimenti conclusivi tipici, i quali andavano assumendo una propria autonomia normativa, strutturale e funzionale<sup>41</sup> nella logica della piena alternatività rispetto allo schema di carattere dialogico, codificato agli artt. 1326 e 1328 c.c.

Certo non può qui trascurarsi o nascondersi che la tendenza alla generalizzazione del procedimento di cui agli articoli 1326 e 1328 c.c., pur tacciata dalla dottrina più avveduta di costituire un "*grave apriorismo*" a causa del quale si sarebbero diffusi "*abiti mentali ostacolanti*" negli studi sul procedimento formativo<sup>42</sup>, è ancora ben riconoscibile in numerose espressioni sparse rinvenibili in letteratura<sup>43</sup>. Tra le più evidenti manifestazioni di

consegna dalla fase formativa: G. OSTI, voce *Contratto*, cit., 485-486, il quale, premesso che il contratto (inteso come accordo) può costituire solo un "*elemento-base, di una più complessa fattispecie, a formar la quale debbano concorrere determinati altri fatti ulteriori perché possa perfezionarsi come causa di particolari obbligazioni*", conclude in seguito che se l'obbligazione contrattuale di restituire nasce solo in seguito alla consegna, ciò non significa che entrambi gli elementi (consegna e accordo) "*debbono, per necessità logica, essere contestuali e che quindi il contratto non si possa perfezionare se non quando anche la consegna della cosa abbia avuto luogo*". Sempre sulla linea normalizzatrice del contratto reale sono poi da segnalare le opinioni secondo le quali la giustificazione logica e normativa dei contratti reali può essere comunque rinvenuta nella disciplina generale: in particolare nell'art. 1327 c.c. (D. CENNI, *Consensualità e realtà*, cit., 1059, secondo cui i contratti reali sarebbero "*semplicemente una specie*" di quelli consensuali), o nello stesso art. 1326 (G. TAMBURRINO, op. cit., 14, secondo cui nei contratti reali "*il problema riguarda la conclusione ed il perfezionamento e non mai la formazione, che segue secondo i modi normali e propri del modello base*").

41 In particolare, attraverso lo studio approfondito del procedimento formativo del contratto la dottrina ha potuto, da un lato, porre il problema del ruolo dell'accordo nel fenomeno contrattuale, mettendo in discussione l'esclusività di tale strumento di esercizio del potere di autonomia proprio alla luce delle disposizioni in tema di formazione (segnatamente l'art. 1333 c.c.); dall'altro lato, valorizzare gli aspetti di realtà di alcune tecniche procedimentali, già presenti nella disciplina generale (art. 1327 c.c.) e in quella dei singoli tipi (mutuo, comodato, deposito): G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 64 ss. e 107 ss. A partire da un'analisi delle moderne contrattazioni, specialmente con riferimento ai contratti di massa, ha parlato di una "*rinascita della realtà*" correlativa a un declino dell'accordo N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

42 G. BENEDETTI, op. cit., 26-27, dove più in generale si afferma che "*conducendo l'indagine più a fondo, non si stenta a rilevare che proposta e accettazione, anche ove sussistano (v. ad es., l'art. 1327, nel quale la legge stessa non fa parola di "accettazione"), pur rimanendo inalterate nel nome, vengono poi ad atteggiarsi in tali e tante guise, che mutevole diventa la sostanza. Più utile, perciò, e più rigoroso distinguere categorie o schemi procedimentali diversi, aventi ognuno propria fisionomia e proprie regole*".

43 E. ROPPO, voce *Contratto*, II, *Formazione*, cit., 1-2, secondo cui nell'ambito del sistema giuridico italiano "*può identificarsi un modello base, che è quello definito dall'art. 1326, 1 co., c.c.*"; G. TAMBURRINO, op. cit., 3 ss., che ripetutamente definisce lo schema di cui al 1326 c.c. come "*fondamentale, normale o di base*", rispetto al quale gli altri procedimenti formativi tipici non costituiscono che singole deviazioni. Per un più diretto riferimento al consensualismo vedi anche F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, Padova, 1993, 157, secondo cui "*il contratto è concluso o, come anche si dice, è perfezionato solo se, e solo quando, si raggiunga piena e totale coincidenza fra le dichiarazioni di volontà provenienti dalle diverse parti contraenti*", precisando poi che "*il contratto può essere concluso in modo espresso o in modo tacito*". Tra le varie applicazioni particolari di tale impropria generalizzazione, vedi poi le opinioni secondo le quali l'inizio di esecuzione, concludendo il contratto ai sensi dell'art. 1327 c.c., costituisce una

questo atteggiamento ricostruttivo vi sono alcune opinioni che avremo modo di riprendere in seguito, secondo le quali lo schema conclusivo noto come “formazione progressiva del contratto”<sup>44</sup> si risolve in un vero e proprio scambio di proposta e accettazione o, secondo una variante, in una pluralità di proposte e controproposte che si succedono in una logica di progressiva definizione dell’autoregolamento<sup>45</sup>.

Si vuole, invece, da un lato esaltare il prezioso contributo della dottrina più sensibile alle problematiche della fase precontrattuale, la quale in una prima fase del pensiero giuridico, ha affermato un metodo d’indagine (che si sarebbe rivelato virtuoso) in base al quale la formazione del contratto esige di essere esaminata sul piano oggettivo e alla luce del diritto positivo<sup>46</sup>, allo scopo di impedire soluzioni generalizzanti, cioè dominate dall’idea

---

“manifestazione diretta mediante atti esecutivi dell’intento di accettare”: così L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell’intento negoziale*, Milano, 1958, 218-219.

44 F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, cit., 846, contrappone alla formazione e conclusione “istantanea” del contratto la più ricorrente ipotesi di formazione “successiva” o “progressiva” o “*ex intervallo temporis*”, la quale si caratterizza per essere preceduta da trattative. In particolare questa dottrina distingue la “conclusione delle trattative” dalla conclusione del contratto: specificando appunto che le prime “*pur se condotte a fondo ed esaurite*” non necessariamente implicano la conclusione del contratto ma “*al più, un disegno (o progetto) di contratto*” non sorretto dalle rispettive volontà delle parti (quindi dall’accordo), ossia, in altre parole “*un mero schema ipotetico, o un programma, che diventerà contratto, soltanto mediante apposite dichiarazioni di volontà (proposta e conforme accettazione)*”.

45 Oltre agli autori citati in seguito, vedi per ora L. GIORGIANNI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Contratti*, 5, 1993, 577, il quale sostiene che le trattative complesse sono caratterizzate dallo “scambio di una serie di proposte e controproposte, che permettono alle parti di raggiungere l’accordo in maniera graduale sui vari punti idonei a comporre il contenuto del futuro contratto”, precisando poi che “*Tuttavia l’accordo non può considerarsi concluso sino a che il contenuto delle trattative non sia trasfuso nel perfetto incontro tra proposta e accettazione*”.

46 G. GORLA, *Il dogma del “consenso” o “accordo” e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, 921 ss., muove da una critica “storica e di diritto positivo nostro” alla “*fortezza del dogma del consenso*” (p. 922), inteso sia come ragione giustificativa dell’obbligazione contrattuale sia come requisito del contratto (accordo), per contrastare la convinzione per la quale, nell’ambito della formazione del contratto, l’accordo si risolve sempre nel binomio proposta-accettazione; ID., *La “logica-illogica” del consensualismo o dell’incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 261, dove si criticano le opinioni che pretendono di fondare la regola dell’immediata efficacia della dichiarazione di revoca della proposta (1328 c.c.) sul principio della necessaria persistenza della volontà al momento della conclusione del contratto (trattato alla stregua di una proposizione logica), chiarendo invece che questa come le altre regole volte a disciplinare la formazione del contratto non sono che “*un modo per comporre gli interessi dell’offerente e dell’oblato, secondo certi criteri di politica legittimativa*”, fondati non già sull’esigenza di rispettare un preteso principio logico ma su un complesso equilibrio normativo teso, da una parte, a bilanciare gli interessi dell’offerente e dell’oblato in una logica di pesi e contrappesi (alla luce della quale ad esempio si giustifica “*la responsabilità oggettiva del revocante per una parte dell’interesse negativo*” (p. 262), di cui all’art. 1328), e dall’altra l’imposizione di oneri in capo alla parte contrattuale favorita dalla regola, configurando nel caso in esame una particolare figura di onere, descritta come fosse “*un pedaggio, non tanto per ottenere un effetto favorevole, quanto per meritare un premio, il premio della posizione di favore che la nostra legge fa al proponente*” (p. 266). Ma vedi altresì G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 22 ss., che nell’introdurre il discorso della variabilità dei procedimenti, argomenta l’indole “*relativa e positiva delle regole di formazione del contratto*” (p. 25), richiamandosi alla comparazione giuridica e alla necessità di ancorare ogni ragionamento in merito al momento conclusivo al diritto positivo, per “*indicare in modo esatto i principi, alla stregua dei quali determinare il momento di conclusione dell’accordo*”, inteso come “*problema di mere tecniche procedimentali, che*

che ogni processo formativo si risolvesse necessariamente in un procedimento dialogico culminante con l'“*incontro dei consensi*” o con la “ *fusione delle volontà*”<sup>47</sup>.

Dall'altro lato, si deve rilevare che in questa seppur avanzata prospettiva il concetto di fattispecie continuava ad essere inteso come limite<sup>48</sup> di ogni discorso sulla formazione del contratto<sup>49</sup>, con la conseguenza che si identificava il momento della conclusione attraverso il riferimento al compimento di un fatto conclusivo *tipico*, ossia uno specifico fatto dotato *dall'ordinamento* di attitudine conclusiva alla luce della pregressa osservanza degli oneri giuridici ricollegati a uno schema formativo predisposto *dal legislatore*<sup>50</sup>.

---

*vengono rigorosamente determinate dal legislatore secondo criteri di opportunità, tendenti a contemperare gli opposti affidamenti dei paciscenti”.*

47 Sui rapporti tra teoria del contratto come “incontro di consensi” e procedimento formativo di carattere dialogico, disciplinato nel nostro sistema positivo agli artt. 1326 e 1328 c.c., vedi ancora G. GORLA, *La logica-illogica del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, cit., 257, in particolare nota 7, dove si fa notare che “*l'origine teorica dell' “incontro dei consensi” (che sembra essere un aspetto di quella del contratto come “ fusione di volontà”) sta probabilmente nel famoso testo romano D., 2, 14, De patti, 1,3*”, nel quale figurano una serie di espressioni (“*venire in unum locum*”, “*in unum consentire*”, o “*in una sententia decurrere*”) che implicano “*un dialogo, probabilmente tra presenti*”.

48 In particolare: per G. GORLA, *Il dogma del “consenso”*, cit., 923, la molteplicità degli schemi formativi si spiega alla luce della “*stessa essenza dell'affare*” (vedi nota 20), mentre per G. BENEDETTI, op. cit., 37, “*la variabilità dei procedimenti, la quale all'interno si giustifica in relazione al mutevole atteggiarsi degli interessi strumentali, trova all'esterno il limite della fattispecie operata dalla legge in relazione al tipo*”. (come accade, riportando un'esemplificazione proposta dall'Autore, nei casi in cui sia prevista una forma *ad substantiam*, la quale influisce sulla scelta dell'iter formativo nel senso che “*impedisce la variabilità dei procedimenti*”).

49 Si vedano: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 85, per cui l'ordinamento prescrive “*modalità e requisiti di validità e di efficacia*” dell'atto di autonomia; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto*, cit., 518; C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982, 86-87, dove si parla di criteri *legali* di riferimento che consentono di ascrivere alle parti il contratto, inteso come regolamento di interessi bilaterale, precisando altresì che non deve ritenersi che questo ruolo sia interamente assorbito dall'accordo o consenso: in particolare si adduce l'esigenza di “*ridurre al minimo il dispendio di attività giuridiche*”, per affermare che il criterio dell'accordo non opera “*in presenza di un assetto d'interessi la cui trama - risolvendosi in una promessa senza repromissione - rende superfluo l'apporto volitivo della controparte*”, come accade ad esempio nel caso regolato dall'art. 1333.; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 35, secondo cui l'autonomia privata incontra “*il limite nella disciplina della fattispecie operata dalla legge in relazione al tipo*”; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, 142, il quale, con riferimento alle “*modalità e i tempi della conclusione del contratto*” afferma che “*non si tratta di limiti all'agire dei privati, ma semmai di oneri, cioè di situazioni giuridiche soggettive non passive, attraverso le quali emerge, casomai, la necessità della partecipazione attiva, della collaborazione, quindi, del privato perché egli possa realizzare giuridicamente i propri interessi*”, le quali esprimono “*la necessità che il privato, per rendere giuridicamente rilevanti i suoi interessi, rispetti certe regole*”.

50 Vedi anche G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, cit., 77-78, per il quale “*la dichiarazione di accettazione della proposta di contratto, nelle sue varie possibili forme ... perfeziona il contratto e crea perciò un rapporto giuridico fondamentale, che vincola il proponente*”. Più completa l'impostazione di G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 62 ss., spec. pp. 89 e 105 dove si spiega che il completamento dello schema strutturale nel quale consiste uno specifico procedimento formativo “*non è ancora contratto*” (p. 62), reputandosi necessario, al fine di valutare la conclusione del contratto, un confronto col tipo, e cioè che l'accordo sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela. Secondo le parole dell'Autore, infatti, “*la conclusione del procedimento, valutata dall'interno e cioè in base a criteri puramente procedurali, può indicarsi soltanto come mera conformità degli atti opposti che lo compongono*”, ma “*l'esistenza di un contratto non può andare disgiunta dal confronto col tipo, legale o sociale*”. Ne discende, come conseguenza applicativa, che “*l'accettazione, se chiude la sequenza, di per sé non dà vita all'assetto sostantivo di*

Questa impostazione, supponendo un'attribuzione di chiarezza e completezza alle norme giuridiche, non ha rispecchiato a lungo le esigenze della prassi e, di conseguenza, le esigenze ricostruttive degli interpreti. Né tantomeno può aspirare a soddisfarle oggi: specialmente se l'intera fenomenologia precontrattuale è riguardata alla luce del diversificarsi delle tecniche e delle discipline della contrattazione, e alla progressiva espansione dell'autonomia privata procedimentale.

### 3.1. Il momento conclusivo nella complessità del sistema: le novità normative.

Il criterio del fatto conclusivo tipico esprime inevitabilmente concezioni che possono dirsi in via di superamento in ordine al ruolo dell'autonomia privata nella fase di formazione, con la conseguenza che la nota di residualità o marginalità, sovente riferita al solo procedimento formativo disciplinato dall'art. 1326 c.c.<sup>51</sup>, a nostro avviso deve estendersi in questo momento storico a tutti procedimenti di formazione contemplati dal legislatore codicistico.

La formazione del contratto è stata interessata da interventi normativi informati ad esigenze di tutela della parte debole della contrattazione o della struttura concorrenziale del mercato, difficilmente inquadrabili nella sistematica tradizionale, insufficiente a far luce sulle peculiarità delle moderne tecniche di contrattazione<sup>52</sup>. In particolare, l'entrata in vigo-

---

*interessi, che trova la vera fonte nell'unità della fattispecie contrattuale*" (p. 89); o ancora, in materia di formazione progressiva del contratto, che *"la piena conformità conclude il procedimento. Non il contratto, in quanto fattispecie"* (p. 105).

51 Vedi ad esempio: F. REALMONTE, *L'accordo contrattuale*, cit., 15. Più di recente anche A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, in *Formazione*, a cura di C. Granelli, in *Trattato del contratto*, I, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 10, concorda sul fatto che *"la regola posta dall'art. 1326 è generale nel senso di "residuale", ed è pertanto destinata ad operare ogniqualvolta non operi altro procedimento di formazione che sia legittimato in virtù dell'applicazione di altre norme, o di regole da esse desumibili anche in via analogica, o poste dalla giurisprudenza, o convenute tra le parti nei limiti in cui può l'autonomia privata esplicarsi in materia di formazione del contratto"*. Dissente invece, G. CONTE, *La formazione del contratto*, cit., 13-15, il quale preferisce ragionare *"di una perdita di rilevanza di questo schema formativo, in luogo di accreditarne la sua emarginazione"*, richiamandosi anche alla recente introduzione dello schema formativo basato sull'incontro di proposta e accettazione nella *réforme du droit des obligations* entrata in vigore in Francia con l'*ordonnance* n. 2016-131.

52 G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 312, parla di una *"progressiva stratificazione di regole sulla formazione del contratto che, sebbene non si sovrappongono esattamente, non si elidono vicendevolmente"*. Ma vedi anche: G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 39, secondo cui *"la fase della formazione è - tra le diverse fasi che scandiscono la vicenda contrattuale - quella che forse maggiormente risulta investita dai nuovi modi di organizzazione degli scambi che si affermano nelle società industriali (o postindustriali) avanzate, sollecitando non solo l'atten-*

re di normative di matrice europea ha comportato interventi pesanti sulla disciplina della contrattazione, che è risultata fortemente innovata rispetto a quella contenuta nel codice civile<sup>53</sup>, rendendo necessario un ripensamento della fase precontrattuale e dei suoi “nuovi” confini: secondo una logica di integrazione, più che di separazione, delle classiche fasi contrattuali (formazione, conclusione, esecuzione).

Nelle discipline di ultima introduzione, infatti, gli interventi si caratterizzano per avere determinato un affievolimento del vincolo<sup>54</sup> contrattuale, pur correttamente formato, in contesti caratterizzati dalla contrattazione asimmetrica. Qui il riferimento a un fatto conclusivo tipico può sì determinare la conclusione del contratto<sup>55</sup>, ma non comporta più in modo assoluto la definitività degli interessi ivi regolati né la vincolatività della regola pattizia.

D'altra parte, lo studio del momento conclusivo nella ristretta prospettiva della separazione delle fasi contrattuali è inidoneo a spiegare comportamenti e vicende che realizzano operazioni complesse, nell'ambito delle quali i privati programmano la graduale formazione del vincolo e il graduale accesso ai beni dedotti in contratto<sup>56</sup>.

In dottrina non è più un dato scontato che si debba ragionare secondo il classico schema della netta separazione tra fasi contrattuali (formativa, conclusiva ed esecutiva)<sup>57</sup>

*zione del legislatore ma anche quella dell'interprete”.*

53 La dottrina contemporanea si esprime in senso critico nei confronti della forma del codice, definito come “luogo normativo della complessità negata”: così V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 737, secondo il quale la Costituzione e il diritto dell'Unione europea, abbandonando la “mistica dell'uno” e incentrando il proprio disegno normativo “su una valutazione plurale e storico-reale delle vicende regolate”, svolgerebbero l'importante compito di reintrodurre la complessità nel sistema del diritto privato.

54 Di affievolimento del vincolo negoziale si parla anche a proposito della rinegoziazione, nel caso in cui la parte si renda inadempiente rispetto all'obbligo di rinegoziazione pattuito in contratto. In proposito, E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 808, sostiene che “quando non emerga in via ermeneutica la sicura determinazione delle parti di conservare il contratto, la portata della clausola che pone un obbligo di rinegoziale si risolve - diversamente da quanto si crede - nell'affievolimento della vincolatività del contratto stesso”, legittimando la parte non inadempiente a sciogliersi da vincolo con l'esercizio di una peculiare ipotesi di recesso, “la cui facoltà può essere ravvisata in via interpretativa”.

55 Già A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 216, rilevò che i contratti volti a soddisfare i bisogni dell'uomo contemporaneo necessitano di “forme abbreviate di stipulazione”. In particolare, a parere dell'autore, la circostanza per cui “la conoscibilità delle c.g. è sufficiente a vincolare l'aderente anche se costui non abbia accettato le condizioni stesse”, sarebbe “l'espressione peculiare di alcune esigenze del puro traffico dei contratti in serie (o di massa), i quali sono spesso conclusi tanto in fretta e sommariamente (anche senza parole) da far venire meno l'opportunità, non dico di discutere, ma perfino di formulare nel preciso momento della conclusione un accordo completo”.

56 Vedi *infra* Capitolo III.

57 Ad esempio V. CAREDDA, *Imperfecta, sed lex. Note a margine di una norma senza sanzione (art. 6 d. legis. 122/2005)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 663 ss., nell'esaminare le conseguenze dell'inosservanza delle disposizioni confermatrici del contenuto del contratto a tutela dell'acquirente di immobili da costruire, intese alla stregua di altrettanti oneri a carico delle parti, ritiene che il problema debba essere spostato “dal piano della fattispecie a quello del suo farsi” (p. 677) e, sul presupposto che non sia necessaria “l'osservanza “istantanea

ed anche nel recente dibattito giuridico emergono questioni che presuppongono che l'interprete assuma come più opportuna la logica dell'integrazione delle fasi<sup>58</sup>.

Nella contrattazione di massa l'esigenza di innovare radicalmente i paradigmi tradizionali si è tradotta nella configurazione di una nuova tecnica di formazione del contratto caratterizzata da un "trascinamento" della fase formativa nella sfera esecutiva, quindi in una fase successiva all'espressione del (primo) consenso contrattuale<sup>59</sup>. In questa prospettiva, la sequenza formativa non si concluderebbe con il raggiungimento del (primo) accordo

---

*nea" dell'onere, nel momento stesso della conclusione del contratto" ipotizza un meccanismo duttile di adeguamento del modello contrattuale che si dispiega soprattutto "nel progredire della fase esecutiva": in particolare, "il contraente "lontano" dalle informazioni" potrebbe formulare una domanda di completamento nei confronti della controparte, favorendo l'adeguamento progressivo del contratto "nelle fasi esecutive spontanee" (p. 679). Della stessa autrice vedi anche ID., *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013, 201 ss.*

58 Nella chiave dell'integrazione delle fasi infatti possono essere letti gli apporti della dottrina che ha incoraggiato una revisione del modo di concepire i rapporti tra "regole di validità" e "regole di comportamento", nel tentativo di superare il principio di autonomia (o di non interferenza) che, secondo le impostazioni tradizionali, governa i rapporti tra le due specie di regole. Secondo una parte della dottrina infatti la violazione del principio di buona fede non può compromettere la validità del contratto (si veda, di recente, G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento*, cit., 43, il quale, richiamandosi alle fondamentali esigenze di formalizzazione delle regole di struttura dell'atto di autonomia, osserva che, nella misura in cui si ammette che la clausola di buona fede possa operare in senso invalidante, si finisce per far dipendere l'invalidità stessa "dalla qualificazione di un comportamento alla stregua dei (mutevoli) criteri valutativi extralegali, cui rimanda la regole di buona fede"). Altra parte degli studiosi invece ha sostenuto che la violazione della buona fede (art. 1337 c.c.) dispiega una diretta incidenza sulla validità del contratto. Si teorizza in sostanza una plus-rilevanza dei comportamenti contrari a buona fede tenuti nella fase formativa: non solo in quanto fonte di responsabilità, ma soprattutto come ipotesi di invalidità del contratto: vedi ad esempio F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 417 ss., per il quale "da quando la Cassazione ha equiparato il dolo omissivo al dolo commissivo può dirsi acquisito che la violazione della buona fede precontrattuale può produrre effetto invalidante del contratto" (p. 432). In una marcata logica di integrazione delle fasi confronta anche V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit., 746 ss., dopo avere rilevato la artificiosità della distinzione, poiché "anche le regole di invalidità, in quanto prescrizioni di obblighi od oneri di condotta, sono regole di comportamento", nega che sia possibile distinguere tra le due tipologie di norme rifacendosi a un criterio cronologico che individua un prima e un dopo rispetto al momento perfezionativo dell'atto, ricordando peraltro che "il fatto che regole e imperative norme di azione violate si situino fuori dal contratto, prima della formazione o addirittura nella fase della esecuzione, non impedisce l'operatività della disposizione (di cui all'art. 1418, comma I), perché il riferimento normativo al contratto deve intendersi comprensivo sia dell'atto che del rapporto" (p. 750). Ritiene tuttavia che non si possa prescindere dalla formale previsione ad opera della legge di un'ipotesi di invalidità per violazione di un dovere di comportamento: A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 16. Per l'impossibilità di ricondurre ad unità il frammentario sistema di sanzioni contro la frode vedi invece: L. CARRARO, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 782 ss., secondo cui "non sarebbe possibile desumere una sanzione generale contro la frode dalle norme che nei singoli casi la colpiscono direttamente" (p. 790).

59 Il riferimento è a C. PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, 402, secondo cui la prospettiva sostanziale (della fattispecie) e quella formativa (del procedimento) "devono essere ripensate alla luce delle importanti indicazioni normative più generali offerte dalle nuove discipline contrattuali. In esse, infatti, la stessa distinzione netta tra le fasi preparatorie, costitutive ed esecutive del contratto tende ad attenuarsi e, comunque, a porsi in termini nuovi, assistendosi all'integrazione e sovrapposizione degli elementi tradizionalmente riferiti ai diversi momenti". In particolare l'Autore si è avvalso del concetto di integrazione delle tre classiche fasi della formazione, perfezione ed esecuzione del contratto, che troverebbe spazio in "procedimenti speciali, più integrati, in funzione delle specifiche esigenze della prassi commerciale" (p. 445).

contrattuale<sup>60</sup> ma, proseguendo per tutto il periodo di libera recedibilità del consumatore<sup>61</sup>, avrebbe il suo culmine nell'esercizio (o nel mancato esercizio) del diritto di recesso. Quest'ultimo è ricostruito come una nuova forma di tutela<sup>62</sup> la quale, realizzando un arretramento dell'affidamento del professionista sulla conclusione del contratto, avrebbe l'effetto di scomporre la volontà contrattuale in una pluralità di consensi e di volgere l'intera sequenza al riequilibrio delle posizioni procedimentali. Solo all'esito di tale riequilibrio, e cioè una volta rese effettive le condizioni di trasparenza della contrattazione e di libertà del consenso del consumatore, la sequenza conclusiva potrebbe definitivamente chiudersi con una seconda manifestazione di volontà, variamente configurata come "*manifestazione tacita di consenso alla conclusione del contratto*" (in caso di mancato esercizio del recesso) o come "*manifestazione da parte del consumatore di una volontà contraria alla conclusione del contratto*" (in caso di esercizio del recesso)<sup>63</sup>.

Una deviazione dalle comuni regole di formazione del contratto inoltre si è registrata anche nei cosiddetti "contratti di impresa", pure non caratterizzati da squilibrio economico: a proposito dei quali si è detto che le operazioni di contrattazione si esauriscono in "*emendamenti, soppressioni, aggiunte*" di singole clausole su un "*testo di base*", che preesiste al contatto procedimentale tra le parti e che, perciò, non è mai il frutto di una trattativa

---

60 ID., *op. cit.*, 621, dove si afferma più direttamente che l'accordo "*non costituisce più per le parti il momento finale e culminante dell'esercizio della libertà contrattuale, coronato dalla conclusione del contratto*". Su questa linea vedi anche A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., 37-38, conia una nuova espressione per segnalare la relativa irrilevanza del momento conclusivo nella legislazione a tutela del consumatore: quella di "*vicenda di contrattazione*", la quale appunto "*va al di là del "mitico" momento della conclusione del contratto e che allunga le proprie propaggini sino al momento in cui la riflessione del contraente sia da ritenersi ragionevolmente ultimata. Dunque, al momento che segna il perfezionamento dell'accordo (art. 1326) si sovrappone un concetto di "contrattazione" che va al di là di tale momento*".

61 La cui durata nel tempo è configurata come variabile, perché retta da logiche premiali oppure punitive "*in relazione ai diversi comportamenti tenuti dal professionista*" (*op. cit.*, 352). In particolare, opererebbero a carico del professionista che non rispetti gli obblighi informativi "sanzioni specifiche, anche di tipo civile, tra le quali spiccano proprio quelle procedimenti consistenti nello scivolamento in avanti della durata dei termini per l'esercizio del rimedio" del recesso (p. 453).

62 ID., *op. cit.*, 601 ss., attribuisce all'esercizio del diritto di recesso la "*medesima indole degli atti si esercizio della libertà contrattuale*" e "*i medesimi caratteri procedimenti delle manifestazioni di volontà contrattuale*", per il fatto che esso da un lato può intervenire anche in relazione a situazioni nelle quali di regola non è ammessa la revoca della proposta e dell'accettazione (proposta ferma, opzione, preliminare, prelazione), e dall'altro non è assoggettato al sindacato della responsabilità precontrattuale; attribuisce invece al silenzio del consumatore non recedente natura di "*manifestazione tacita di consenso alla conclusione del contratto*" (p. 629), dalla natura negoziale e dal peculiare significato confermativo del primo consenso. Vi è però chi riferisce il recesso del consumatore a una fattispecie contrattuale già formata (così A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002, 271).

63 ID., *op. cit.*, 595.



individuale, bensì di una prassi invalsa tra gli operatori di uno specifico settore economico<sup>64</sup>.

Più in generale, deve rilevarsi che la “perdita di unità del paradigma contrattuale”<sup>65</sup> ha interessato nel profondo il momento conclusivo del contratto. La contrattazione asimmetrica è il perno della differenziazione di modelli e discipline: il “primo contratto” da una parte, ancora espressivo della parte nobile della contrattazione tra soggetti egualmente liberi e consapevoli; il “secondo” e “terzo” contratto dall’altra, caratterizzati da forti disparità di potere le quali si scaricano nella contrattazione determinando, nella prima ipotesi, la predisposizione unilaterale del regolamento di interessi (con annessi squilibri normativi e rimedi che vanno a incidere, non a caso, sulla definitività del vincolo), e nella seconda ipotesi, lo squilibrio economico nelle relazioni tra imprese<sup>66</sup>.

### 3.2. “Crisi della fattispecie” e nuove categorie del giurista.

Prima ancora che la dottrina privatistica ricostruisse un concetto tecnico di procedimento, la categoria era utilizzata per descrivere la fase formativa del contratto<sup>67</sup>, nell’ambito della quale però si relegava l’attività dei privati nell’area pre-giuridica del fatto, senza mettere in discussione la tassatività dei procedimenti regolati dalla legge. A questo ordine

---

64 G. DE NOVA, *Dal tipo contrattuale al contratto alieno: i contratti di impresa*, in *I contratti per l’impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, 25, specificando anche che “nessun consulente di un’impresa oggi scrive contratti stendendo ex novo una serie di clausole che traducano gli accordi economici raggiunti dalle parti”. In proposito, vedi le parole di G. OSTI, voce *Contratto*, cit., 512, il quale, quasi un cinquantennio prima, giudicava “difficile che le parti si incontrino con un comune programma già preordinato”.

65 G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008, 13; ID., *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Lecture sull’autonomia privata*, Padova, 2005.

66 V. ROPPO, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *Il contratto del duemila*, cit., 33; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, cit., 65 ss.. Vedi però ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 669 ss., dove si ipotizza che “il paradigma del contratto asimmetrico (connotato da significative differenze rispetto al paradigma del contratto di diritto comune) copra, in modo sostanzialmente omogeneo, sia la generalità dei contratti fra consumatori e professionisti (B2C) sia quei contratti tra professionisti (B2B) che risultino anch’essi caratterizzati, come i precedenti, da strutturale asimmetria di potere contrattuale tra le parti” (p. 695).

67 F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., 844, sottolinea che l’art. 1326 c.c. “è fondamentale, poiché fissa le modalità e il momento conclusivo di un vero e proprio procedimento”; E. ROPPO, *Contratto, II, Formazione*, cit., 1, secondo cui “può dirsi che la formazione di un contratto consiste in un procedimento, cioè in una sequenza di comportamenti umani”.

di idee sono da riferire le opinioni che attribuiscono rilevanza mediata o meramente strumentale<sup>68</sup> alla fase precedente all'assunzione del vincolo, volgendola ora alla costituzione della fattispecie<sup>69</sup>, ora alla nascita di un vincolo di carattere giuridico<sup>70</sup>. Si tratta di concezioni dalle quali discende, come logica conseguenza, il disconoscimento di un autonomo potenziale assiologico alla fase di formazione: che impediscono dunque la possibilità di esercizio del potere di autonomia la quale, al fine di creare la regola giuridica, non dovrebbe far altro che individuare, tra i procedimenti messi a disposizione dal legislatore, quello più congeniale alle condizioni di fatto nelle quali un tipo di operazione economica viene realizzata (quali ad esempio la vicinanza/lontananza delle parti contraenti, la continuità/ocasionalità del rapporto d'affari, l'urgenza della prestazione).

Come abbiamo anticipato l'emersione di tecniche di contrattazione individuale sempre più complesse - improntate al progressivo raggiungimento dell'accordo contrattuale e cadenzate dal susseguirsi di una pluralità di "accordi" o "atti d'intesa" - ha reso più fluidi e incerti<sup>71</sup> i confini della fase precontrattuale<sup>72</sup>. Torneremo più avanti sulle figure che

---

68 P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso*, cit., 1361, le dichiarazioni delle parti nel procedimento di formazione del contratto sarebbero "condizioni e presupposti per la sua rilevanza", la cui funzione "si esaurisce nell'esprimere le rispettive adesioni dei contraenti ad un dato assetto di interessi"; C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., 39, sottolinea "l'indole puramente strumentale ... ravvisabile nella circostanza che il compito ad esso riservato si esaurisce nel dar luogo alla fattispecie", più avanti (p. 43), estende "la natura eminentemente strumentale" alla fattispecie, a sua volta deputata a veicolare l'inserimento del regolamento di interessi nella sfera di rilevanza giuridica, concludendo anche che l'autonomia privata non potrebbe "foggiare nuovi criteri di riferimento", "sulla base del fatto che i suddetti criteri s'inseriscono (rappresentandone il primo stadio) entro la complessa e decisiva operazione di riconoscimento dell'assetto di interessi da parte dell'ordine giuridico" (p. 85). A. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., 42, afferma che "il procedimento ha, infatti, nella valutazione dell'ordinamento, un rilievo solo mediato, giacché viene preso in considerazione per accertare la sua conformità alla normativa che lo disciplina, nonché, sulla base dell'assenza di vizi che lo inficino, la effettiva natura di autoregolamento del contratto posto in essere"; Id., *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 463, dove si sostiene che con riferimento al negozio giuridico oggetto precipuo di valutazione è la "regolamentazione che le parti hanno dato ai loro interessi. Rispetto alla quale il procedimento che l'ha posto in essere ha, nella valutazione dell'ordinamento, un rilievo solo mediato ed è dal medesimo tenuto in considerazione per accertare (sulla base dell'assenza di vizi che inficino il procedimento) che il regolamento sia in concreto autoregolamento".

69 Vedi *supra* § 2.

70 F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 67 ss., secondo il quale il giudizio di meritevolezza è "giudizio di idoneità dell'operazione economica privata alla nascita di un vincolo giuridico, cioè coercibile", da operare in concreto in presenza di un contratto atipico (e invece da presumere in presenza di un contratto tipico), con riferimento al quale si dà per presupposto il fatto che lo schema "dovrà rispettare le norme poste dalla legge in tema di procedimento di formazione dell'accordo (modi e forme), cioè di procedimento di creazione dello strumento contrattuale". Per una posizione diametralmente opposta vedi però W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, 54, secondo il quale lo Stato "concede, ove ne sia richiesto, la sua tutela", ma "non crea la giuridicità dei contratti" e, da ultimo, G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, 18 ss.

71 P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 566, il quale, sebbene discorrendo a proposito di una diversa tecnica di contrattazione (l'elaborazione progressiva dell'autoregolamento), afferma che "si fanno tuttavia più incerti i confini tra la fase precontrattuale e quella contrattuale vera e propria".

72 Per un'intuizione della complessità dell'operazione contrattuale vedi però G. OSTI, voce *Contratto*, cit.,

ci sembrano espressione di questa peculiare fenomenologia della contrattazione<sup>73</sup>; ciò che qui interessa porre in evidenza è che il diritto privato dispone di uno strumentario concettuale adeguato alla comprensione di questi fenomeni.

Per un verso, il “vocabolario dei concetti ordinanti” si è progressivamente impiezosito, superando concezioni secondo le quali la qualificazione giuridica si rivolge necessariamente a “*un contegno già verificatosi*”, al limite potendo esprimere “*la possibilità di un contegno*”<sup>74</sup>; per altro verso, secondo una parte dottrina civilistica il paradigma unificante della fattispecie starebbe attraversando una profonda crisi<sup>75</sup>.

Procedimento e attività sono le “nuove categorie” del giurista. Come vedremo non si tratta di categorie sovrapponibili, anche se condividono due assunti di partenza. Il primo costituisce anche una premessa teorica, in base alla quale non ogni valutazione giuridica compiuta dalla norma è riducibile al concetto di fattispecie<sup>76</sup>. Il secondo invece è di natura

470, dove si rileva che “*il continuare a considerare il contratto, senz'altro il contratto, solo il contratto, come causa delle obbligazioni cui può dare origine lo svolgimento dei rapporti da esso derivanti, e non riconoscere che il contratto può anche essere solo un elemento (il principale, se si vuole) di una fattispecie più complessa, non è altrettanto giustificato e finisce per essere causa di errori*”.

73 Vedi *infra* Capitoli II e III.

74 A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell'esperienza giuridica*, cit., 253, dove l'autore specifica anche che tale sarebbe l’ “*unico senso in cui può intenderla l'oggettivismo del giurista*”, al quale si oppone un diverso concetto di attività, intesa “*filosoficamente, ossia nel suo concreto farsi, che è tutt'uno col farsi del reale*”.

75 N. IRTI, *Calcolabili weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss., il quale, rilevato che il calcolo, inteso quale “*strumento di precisione*” della razionalità economica di tipo occidentale (il capitalismo) può essere riferito ai rapporti giuridici attraverso la fattispecie, avverte che questo strumento concettuale descrive ormai “*un diritto che non c'è più*”, individuando diverse ragioni della crisi della fattispecie: nessuna norma può più dirsi stabile, il primato della legge speciale (con conseguente degradazione del codice a diritto residuale o suppletivo), il linguaggio esortativo o programmatico del diritto, il mutamento del modo di decidere da parte dei giudici, sempre più improntato a razionalità materiale (ricorso ai valori e a intuizionismo giuridico), l'autosufficienza del sistema capitalistico sotto il profilo nomopoietico. In senso critico vedi però A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla “fattispecie”*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 254 ss., il quale osserva, in primo luogo, che laddove la fattispecie non sia compiutamente delineata potrebbe essere utile applicare il metodo tipologico, “*che propone un procedimento di riconduzione della fattispecie concreta a quella astratta attraverso accostamenti per successive approssimazioni*”; e in secondo luogo che come i valori operano nell'ordinamento concretizzandosi in posizioni di diritto e dovere: le vicende di queste situazioni soggettive costituiscono altrettanti fatti giuridici (fattispecie) cui l'ordinamento riconduce effetti concreti. Sulla questione vedi anche G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1103 ss., secondo cui “*il vuoto della fattispecie va coperto dall'interpretazione, caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza*” (p. 1108).

76 L'esigenza di superare lo strumento della fattispecie è espressa dalla dottrina a diversi livelli. In un contesto più teorico: ROMANO (SALV.), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 24; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 13, secondo cui la nozione di fattispecie, intesa come “*atto compiuto*”, è inadeguata “*in tutti quei casi nei quali tale attività sia complessa e regolata da norme, che prescrivano tempi, modi e condizioni dei suoi formarsi*”; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 130-131; F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, Napoli, 1999, 11 ss. Nel più specifico ambito della disciplina contrattuale vedi invece: V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, cit., 739 e ss., che ritiene preferibile che l'ordinamento giuridico intervenga sul contratto “*puntando direttamente su una strategia confermativa e modellatrice del regolamento contrattuale ad opera della stessa norma, in un'ottica di oltrepassamento della fattispecie*” (p. 739) e secondo cui la normativa postcodice (Costi-

più tecnica e comporta un comune riferimento alla teoria dell'azione<sup>77</sup>, in una logica di marcata contrapposizione rispetto al fatto giuridico. Quest'ultimo infatti è espressivo di esigenze di formalizzazione e classificazione le quali, al fine di agevolare le operazioni di riconoscimento proprie delle norme statuali, non potrebbero che appuntarsi su un contegno inteso come risultato di un'attività già compiuta e conclusa; l'azione invece suppone l'esigenza opposta di cogliere i fenomeni giuridici nella loro progressione dinamica.

### 3.2.1. Il procedimento.

La categoria del procedimento ha assunto spessore scientifico<sup>78</sup> nel diritto privato in un contesto di opinioni segnato da una rinnovata concezione dei rapporti tra ordinamento

---

tuzione e diritto dell'Ue) avrebbe valorizzato *“la situazione complessiva, che fa da quadro e contesto al contratto”*, *“proponendo la situazione complessiva quale principio ordinante con valore, non solo ermeneutico, ma propriamente costitutivo della stessa fissazione e definizione delle regole contrattuali in funzione confermativa e di rifacimento dei corrispondenti effetti”* (p. 741).

77 Sul concetto di azione come svolgimento di un potere vedi anzitutto A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Varese, 1985, 611 ss. secondo il quale il tema del potere giuridico, quindi la stessa possibilità di innovare la realtà giuridica, non deve essere assorbito *“nella teorica degli elementi della fattispecie”* per la fondamentale ragione che la fattispecie *“non è il solo campo di esplicazione del potere”* (p. 614). In particolare questa dottrina riconosce in capo al soggetto privato un generalissimo potere di gestione della propria sfera giuridica, che si traduce in una molteplicità di scelte (ordinatrici, di amministrazione, di determinazione e modificazione dei contenuti della propria sfera giuridica, di tutela dei propri diritti soggettivi), le quali sono variamente considerate dall'ordinamento, potendo rilevare anche come semplici ipotesi di *“esercizio di una mera libertà di azione”* quando *“la scelta ordinatrice del soggetto non comporta vincoli per lui né per altri, né ha altrimenti una diretta rilevanza giuridica”* (pp. 617-618). Le scelte ordinatrici del soggetto sembrano dunque possedere un insopprimibile nucleo di rilevanza giuridica, per la loro attitudine ordinante, in contrapposizione invece ai *“poteri “di fatto” dei privati”* (p. 611), collocati su un piano extra-giuridico ed extraordinamentale. In generale, sulla rilevanza dell'azione giuridica vedi S. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione - Il potere*, Napoli, 1970, secondo cui l'azione si definisce giuridica in quanto sia ordinante, e l'azione ordinante (non la norma) è la vera causa dell'effetto. Da un lato si afferma che la causalità giuridica *“si risolve in un processo di riconoscimento dei risultati di un'azione umana e, per essere veramente tale nei confronti di un'azione ordinante, deve risolversi in una legittimazione della stessa azione”* (p. 43) e dall'altro che la sanzione *“non è l'espressione prima del diritto”* (p. 50), poiché l'ordinamento esprime ancor prima di essa un' *“idea”* o un *“principio di configurazione funzionale”* (pp. 49-51), che si risolve in ogni azione giuridica funzionale ad attuare un interesse. Se all'azione è quindi affidato il compito di ordinare la realtà, creando l'ordinamento, compiuto della norma è invece quello di porre limiti all'esercizio del potere (non già di far seguire l'effetto, che invece è *“insito nella un'azione di un'azione ordinante”* Più nello specifico, sui rapporti tra teoria dell'azione e categorie del procedimento e dell'attività, vedi: sul versante del procedimento, ID., *op. ult. cit.*, 110, dove si nota come *“l'autonomia dei soggetti comporti poteri che si esercitano attraverso azioni le quali si svolgono in procedimenti”*, e ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 7-8, che sottolinea l' *“inscindibile legame”* tra *“i concetti di procedimento giuridico con quello di azione giuridica, e di procedimento privato con quello di azione giuridica sul terreno del diritto (sostanziale) privato”*; sul versante dell'attività invece F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, cit., 24, il quale discorre di *“azione ordinante che, nel suo svolgersi, mira a instaurare posizioni rilevanti”*.

78 La dottrina procedimentale appare invece ancora oggi divisa sul problema della riferibilità della figura alla sola fase della formazione, o all'intero ciclo dell'autonomia (dalla formazione all'esecuzione). Quest'ultima opinione, minoritaria, è sostenuta da ROMANO (SALV.), *Autonomia privata*, cit., 54-55.

statuale e autonomia privata, intesa come potere appartenente a un ordinamento giuridico privato e originario, destinato a entrare in relazione con quello statale<sup>79</sup>. Nell'elaborazione della dottrina che per prima si è occupata del tema infatti, il procedimento è la categoria tecnica che governa l' "attivo svolgimento del potere"<sup>80</sup>, la cui utilità consiste proprio nella idoneità a contemplare in un unico concetto giuridico la situazione soggettiva di potere e il suo esercizio, definito come "azione giuridica sostanziale"<sup>81</sup>. Alla luce di queste premesse teoriche, nel particolare settore del diritto privato, l'esercizio del potere di autonomia darebbe luogo ad una "azione costitutiva di ordinamento"<sup>82</sup>, le cui regole dinamiche sarebbero state in parte recepite dall'ordinamento statale in sede di regolazione del ciclo negoziale<sup>83</sup>.

Fu necessario superare alcune prese di posizione per far emergere la pari dignità categoriale del procedimento rispetto alla fattispecie, anche nella particolare modalità realizzativa di essa costituita dalla "fattispecie a formazione successiva". Infatti una parte del-

---

79 E' chiaro il riferimento teoria istituzionale del diritto, elaborata da ROMANO (SANTI), *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946: per questa dottrina sarebbe una "istituzione" ogni "ente sociale" del quale si possa pensare e affermare un'esistenza a sé, in quanto capace di ridurre ad unità la totalità degli individui e degli altri elementi di cui si compone. Tale unità deve essere avvertibile come "concreta ed effettiva" e non come risultato di un processo di astrazione. Inoltre l'istituzione dovrebbe presentare "un assetto stabile e organizzato", dunque un'organizzazione. Ad ogni istituzione sarebbe quindi coesistente un'organizzazione, ossia un vero e proprio ordinamento, quindi un diritto obiettivo. Con particolare riferimento al settore del diritto privato vedi poi: ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1946, 24, dove si chiarisce che "la figura dell'autonomia è da escludere per gli ordinamenti costituiti da privati all'infuori da ogni attacco con un ordinamento superiore e quindi con l'ordinamento statale: si hanno allora quegli ordinamenti originari che, per distinguerli dal diritto privato che ha il suo fondamento nel diritto pubblico dello Stato, si possono designare con l'espressione "diritto dei privati"; F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, 753 ss., secondo cui "vocazione delle norme che si dicono di diritto privato, perché concernenti codeste materie, è di realizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente tra gli uomini: a tal fine non si richiede necessariamente l'intervento del potere pubblico" (p. 755), il quale avrebbe anzi prodotto, con il processo della codificazione del diritto civile, "una frattura nella continuità storica" (p.757); W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, 6 ss. il quale distingue invece tra "diritto privato" e "diritto dei privati". Il primo definito come "complesso di volontà statuali miranti a regolare rapporti tra persone private" (p. 4), il secondo come "diritto delle organizzazioni" (p. 28); quest'ultimo costituisce un vero e proprio ordinamento giuridico, inteso quale sistema organico di rapporti e di norme riferibili ad un'unica autorità (p. 29), che si forma tra privati, spontaneamente e senza l'intervento dello stato, per il perseguimento di uno scopo comune che induce i componenti dell'organizzazione a cooperare, creando così un sistema organico di rapporti giuridici i quali, prima o dopo, tendono a cristallizzarsi attorno a un'unica autorità che li regola attraverso norme. In particolare, costituirebbero "fonti del diritto (dei privati) privato" gli usi e i contratti tipo che, pur essendo espressione di un ordinamento commerciale privato, riescono a modificare sensibilmente le regole del diritto privato statale (p. 97).

80 ROMANO (SALV.), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, cit., 5.

81 ID., *op. cit.*, 26.

82 ID., *op. cit.*, 6, 28, 33.

83 ID., *op. cit.*, 26 ss. In particolare, secondo questa dottrina "le norme di rilevanza o di efficacia - cioè, per intendersi, statuali -, siano esse di forma o di sostanza, regolano i requisiti degli atti; sono, di conseguenza, statiche, anche quando concernono precedenze di atti rispetto agli altri. Per contro, le regole del movimento - della dinamica, cioè, dei rapporti - sono private, concernono i privati mentre trattano, concludono, interpretano eseguono, e si articolano nella così detta normativa di correttezza" (p. 30).

la dottrina privatistica riteneva che la prospettiva procedimentale potesse essere completamente assorbita dalla quella figura, così da esaurire i problemi ricostruttivi e dogmatici posti dalle situazioni dinamiche rilevanti nell'ambito del diritto privato<sup>84</sup>. Altra dottrina invece era dell'opinione che l'elemento propulsore della progressione procedimentale, costituito dalle figure dell'obbligo e dell'onere, avrebbe comportato una necessità del fine la quale, come tale, sarebbe stata incompatibile con la natura autonoma (nel senso primario di "non eteronoma") della regola privata<sup>85</sup>.

A quest'ultima argomentazione, da un lato si opponeva che anche nel sistema del codice civile si ritrovano "norme di diretto riferimento procedimentale"<sup>86</sup>, alcune delle quali sono di diretta derivazione statale ed altre invece appartenenti all'ordinamento privato. Più in particolare, si attribuiva alla categoria procedimentale valore dogmatico, non meramente descrittivo, indicando l'insieme dei "principi che regolano il movimento"<sup>87</sup> e delle regole generali di condotta, definite come un vero e proprio "codice di rito" dei privati, in cui far rientrare anzitutto la regola di correttezza<sup>88</sup>. Dall'altro, si teorizzava l'esercizio procedimentale dell'autonomia privata tramite uno strumento negoziale di contenuto normativo, il quale non avrebbe obbligato le parti a realizzare senz'altro la progressione procedimentale, ad esempio nella direzione della conclusione del contratto, lasciandole invece libere di uniformare la propria condotta alla previsione procedimentale, con la conseguenza che la natura dell'atto predisposto attraverso il negozio normativo sarebbe sempre negoziale, quindi discrezionale e libera<sup>89</sup>.

Con riferimento alla formazione successiva della fattispecie, si specificava che in questa ipotesi il divenire dell'atto è preso in considerazione al solo fine di esaminare "solidificazioni in atti di esso"<sup>90</sup>, produttivi di effetti giuridici parziali o preliminari, in modo da

---

84: F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 87-88; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., 301.

85 S. GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955, 51 ss.

86 ROMANO (SALV.), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico*, 27.

87 ROMANO (SALV.), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico*, cit., 5.

88 *Id.*, *op. cit.*, 29.

89 ROMANO (SALV.), *op. cit.*, 82-84. L'Autore ha espresso questo concetto in numerose opere, precedenti e successive a quella appena citata, tra le quali si vedano: ROMANO (SALV.), *Autonomia privata. (Appunti)*, Milano, 1957, 109, dove si specifica che "resterebbe esclusa da questi contratti normativi, la possibilità di un'efficacia immediata e cogente tale da penetrare obbligatoriamente il contenuto del futuro contratto e vincolare le parti a concluderlo"; *Id.*, *L'atto esecutivo nel diritto privato. (Appunti)*, Milano, 1958, 63, dove si legge che "Il c.d. negozio normativo che, per noi, appartiene alla sfera normativa privata, costituisce "volizione preliminare" che precede o regola una futura "volizione concreta": quest'ultima soltanto rappresenta la fonte regolatrice primaria del rapporto"; *Id.*, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1960, 109 ss. (in particolare p. 113).

90 ROMANO (SALV.), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico*, cit., 25

formare una sequenza di atti pensati alla stregua di “*componenti*”<sup>91</sup> o “*elementi*”<sup>92</sup>, la cui considerazione complessiva si risolve nel concetto di fattispecie intesa come causa dell’effetto giuridico. Invece nel procedimento l’azione è studiata nel suo svolgersi, di modo che non tutti gli atti sono destinati ad avere una funzione direttamente collegata al prodursi dell’effetto<sup>93</sup>.

Com’è noto, gli studi sul procedimento giuridico hanno avuto un contenuto ma rilevante séguito negli studi successivi.

In un primo versante di approfondimento possono collocarsi quelle dottrine che si sono sforzate di dare fondamento positivo e teorico all’esercizio dell’autonomia procedimentale, al fine di far emergere l’autonomo potenziale assiologico che caratterizza la fase formativa<sup>94</sup>. Si può affermare quindi che i privati possono concludere il contratto attraverso condotte e sequenze non corrispondenti a procedimenti legali<sup>95</sup>, nella misura in cui questi

91 A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell’atto giuridico*, Milano, 1941, 191-199, dove si distingue tra elementi componenti e elementi determinanti.

92 D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 87, per il quale la fattispecie a formazione successiva costituisce solo una particolare “modalità di realizzazione” della fattispecie, intesa come complesso di elementi necessari alla produzione dell’effetto giuridico.

93 Per una distinzione tra fattispecie complessa e procedimento vedi anche A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, cit., 12 ss., dove si precisa che durante l’*iter* procedimentale si succedono “sia atti destinati a diventare componenti della fattispecie finale, sia atti che concorrono semplicemente alla determinazione di tale fattispecie” (p. 14). Più in particolare, secondo questa dottrina l’utilità del concetto di procedimento si apprezza soprattutto nei casi in cui “le attività, delle quali il procedimento si sostanzia, non debbono essere poste in essere dallo stesso soggetto” (p. 17), mentre il fenomeno del conseguimento di un risultato giuridico, da parte di un unico soggetto, per il tramite di una serie di atti “presi in considerazione in un ordine necessario” si inquadra agevolmente “nelle figure già ben note alla dottrina, dell’onere o del complesso di oneri” (p. 16).

94 G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l’inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, ricorda che “la distinzione tra formazione ed esecuzione del contratto non ha valore puramente teoretico, non serve solo a rappresentare sistematicamente la disciplina positiva, ma a far emergere ed esaltare il diverso atteggiarsi degli interessi sottesi alle varie fasi della vicenda contrattuale”. Più di recente vedi anche A. RIZZI, *L’accettazione tardiva*, Milano, 2008, 52, nota 82, dove si afferma che “solo lo schema procedimentale, depurando il momento della formazione dell’accordo da quello sostantivo, consente di cogliere l’autonomia dei valori cui si ispira la disciplina della formazione del contratto rispetto a quella del programma”.

95 In particolare si vedano: A. RAVAZZONI, op. cit., 18-19; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 28 e 209 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 423 ss.; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991, spec. 46 ss.; ID., *L’autonomia negoziale*, cit., 24 ss.; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. I. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, 116-118 (spec. 121 ss., dove si prendono in considerazione gli accordi relativi alla “procedimentalizzazione della fattispecie acquisitiva”); R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola*, Padova, 2012, 142 ss. Tra gli autori che pongono a fondamento delle proprie analisi scientifiche la disponibilità dei procedimenti formativi vedi poi M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, il quale, nell’indagare la rilevanza dell’assetto materiale nell’ambito dell’attività di contrattazione, avverte che esso “non sempre è un mero dato sensibile utilizzato per esprimere o per trasmettere la volontà negoziale” (p. 3), potendo invece tradursi in una vera e propria “attività organizzativa” volta a “imporre un particolare meccanismo di conclusione del contratto” (p. 126). In particolare, l’Autore afferma che l’interesse di una parte contraente alla uniformità e generalità dei suoi rapporti contrattuali (p. 70) è riconosciuto dall’ordinamento giuridico il quale attribuisce in capo al soggetto un peculiare “potere di predisposi-

ultimi non esprimono più nel modo adeguato i molteplici interessi avvertiti nella pratica degli affari nel corso delle attività di formazione del contratto<sup>96</sup>. Una certa concordia di opinioni è rilevabile anche quanto all'individuazione dei limiti incontrati dall'autonomia privata nella conformazione del procedimento conclusivo: più in particolare è stato ritenuto che dalle norme sulla formazione del contratto (artt. 1326 ss.) possa ricavarsi un concetto normativo di accordo<sup>97</sup>, il quale (lungi dal comportare, come aveva ritenuto invece la dottrina tradizionale, un'attribuzione di tipicità o tassatività dei procedimenti legali di formazione) consente all'interprete di ritagliare i limiti e le condizioni formali dell'autonomia procedimentale privata, con la conseguenza che proprio alla stregua del concetto normativo di accordo dovrebbe valutarsi la conclusione di eventuali condotte formative dei privati non sussumibili negli schemi legali<sup>98</sup>.

Un minimo di dialettica tra posizioni diverse può invece riscontrarsi su un ulteriore aspetto della questione, relativo alla riferibilità alla fase formativa di un potenziale di valori autonomo in quanto diretto alla soddisfazione di interessi di tipo esclusivamente proce-

---

zione", esercitate o attraverso "dichiarazioni contrattuali contenenti le condizioni generali" di contratto (art. 1341 c.c.), oppure "mediate l'approntamento di un assetto materiale, che nella formazione del contratto non rilevi come mezzo per manifestare o per trasmettere la dichiarazione, ma assuma un proprio, autonomo ruolo" (p. 194). Quest'ultimo si tradurrebbe in un'attività, diretta alla "creazione di un assetto materiale destinato alla contrattazione", che costituisce diretta espressione dell'autonomia negoziale e che quindi incorre nei limiti per essa previsti (p. 209). In una logica di ripartizione di competenze tra autonomia privata e ordinamento vedi però M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972, 549 ss., secondo cui il contenuto del contratto "assurge a rilevanza giuridica soltanto attraverso l'intermediazione delle "tecniche" predisposte dall'ordine giuridico" (p. 559).

96 Come infatti rileva A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 40, "il legislatore - con l'aspirazione di dettare regole durature e adattabili al mutare della pratica degli affari - ha predisposto un'ampia gamma di procedimenti contrattuali, la cui varietà ha per lungo tempo soddisfatto le esigenze della prassi applicativa".

97 E. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, 169, dove si ribadisce che il problema della formazione del consenso contrattuale "si colloca allora non già nella prospettiva naturalistico-fenomenica privilegiata dalla tradizione di radice pandettistica, ma su di un piano eminentemente formale. In questo senso, accertare se un contratto si è formato non implica infatti la ricognizione dell'effettivo accadimento di fenomeni (psichici), ma solo il controllo della coincidenza tra determinati comportamenti umani ed un astratto modello legale predisposto (nell'ordinamento italiano, agli artt. 1326 segg. cod. civ.) per la loro qualificazione".

98 Questa opinione è stata argomentata da ultimo in A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 16 ss. Secondo questo Autore, "i diversi schemi di formazione del contratto debbono essere letti quali esplicazioni del principio dell'accordo" (p. 16), il quale costituisce un elemento sufficiente ma anche necessario per la conclusione dei contratti, in quanto esprime "un interesse alla protezione rispetto a vincoli indesiderati" (p. 17), essendo al contempo anche "fattore di legittimazione del carattere vincolante del regolamento contrattuale" (p. 31). L'accordo è inteso però secondo una nozione normativa e concreta, ossia con riferimento "non ad un concetto astratto, ma ad una nozione concreta definita da criteri strettamente normativi" (p. 23). Questo inquadramento, che racchiude la premessa teorica dell'intera indagine, consente di attribuire un carattere di "grande flessibilità a questo concetto - dovuta alla nozione normativa di esso", in base



dimentale<sup>99</sup>, oppure anche di natura sostanziale e quindi in parte omogeneo a quello espresso nel programma negoziale<sup>100</sup>.

In un diverso versante di approfondimento si collocano invece le dottrine che, occupandosi più nello specifico di far emergere e di qualificare gli schemi formativi connotati dalla gradualità e progressività nell'assunzione e/o realizzazione del vincolo negoziale, hanno contribuito a ridimensionare la contrapposizione tra regole procedimentali e contratto finale, per valorizzare invece la complessiva rilevanza che avrebbe, anche (e soprattutto) sotto il profilo del riconoscimento da parte dell'ordinamento, l'intera operazione negoziale considerata in una prospettiva di integrazione e reciproca interferenza di aspetti procedimentali e sostanziali.

Un contributo fondamentale è stato dato dalla dottrina la quale, intendendo riempire il vuoto di tutela generato a carico della posizione dell'alienante dall'introduzione del principio consensualistico (art. 1376 c.c.), ha negato che "*l'art. 1376 c.c. abbia carattere di norma generale sulla formazione dei contratti*"<sup>101</sup>, ritenendo che le parti contraenti possano realizzare un differimento dell'effetto traslativo avvalendosi di diversi strumenti. Primo tra tutti il contratto preliminare, inteso come vincolo procedimentale recante una promessa non contrattuale, cioè non contenente un impegno attributivo<sup>102</sup>. Da tale tipo di promessa

---

alla quale, da una parte, si legittimando "*soluzioni che mirino a conciliare l'interesse particolare di cui sono portatrici le parti (e che anima i procedimenti di formazione del contratto), con l'interesse generale di cui è espressione, invece, il principio dell'accordo*" (p. 186), e dall'altra si delinea una *summa* diviso tra "*contratti ad accordo semplificato e contratti ad accordo aggravato*" (p. 29). Quanto ai primi, si specifica che "*le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, possono sì introdurre varianti per alleggerire l'accordo contrattuale, ma nei limiti in cui la loro scelta non si traduca in un'offesa al principio dell'accordo; circostanza che, ove verificatasi, colorerebbe di illiceità il patto semplificato*" (p. 187). Quanto ai procedimenti aggravati invece, si sottolinea che "*le parti non rischiano di offendere la funzione protettiva dell'accordo quale elemento necessario del contratto, ma si limitano a variare quella che appare più come regola di opportunità sancita dal legislatore*" (p. 364). Vedi inoltre A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, cit., secondo cui le norme del codice civile sulla formazione del contratto avrebbero un duplice ruolo nella logica del sistema: quello, evidente, di disciplinare i modelli formativi legali, e l'altro, implicito, di individuare i "*requisiti formativi minimi, alla ricorrenza dei quali è subordinato il giudizio positivo circa la conclusione del contratto*" (pp. 8-9), per cui le parti potrebbero distanziarsi dai modelli formativi legali a patto di rispettare "*i requisiti minimi dell'accordo*" (p. 14), dei quali a sua volta si fa notare la variabilità "*in funzione della bilateralità o unilateralità degli effetti gravosi a carico delle parti*" (p. 16).

99 G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio*, cit., pp. 48 e 59. Su questa linea vedi anche A. RIZZI, *L'accettazione tardiva*, loc. ult. cit.; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 5-6.

100 G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., 50, secondo cui le tecniche procedimentali hanno "*carattere individuante del peculiare tipo di operazione posta in essere*".

101 G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., 36. L'Autore, nel porre le premesse della propria analisi, aveva osservato che "*quello oggi codificato è complessivamente un sistema di scarsa tutela delle ragioni dell'alienante, il quale abbia posto in essere un contratto traslativo di scambio, senza contestualmente ricevere il corrispettivo a lui dovuto*" (p. 23).

102 ID., *op. cit.*, 98.

infatti sorgerebbe solo un'obbligazione di contrarre ricadente su un assetto di interessi le cui linee essenziali siano state compiutamente definite dalle parti<sup>103</sup>.

Si delinea così una graduazione dei vincoli procedurali, in base alla quale il contratto preliminare vero e proprio andrebbe distinto dalla “*nuda promessa di contratto*”<sup>104</sup> che, non recando una compiuta enunciazione dell'assetto di interessi da realizzare, non sarebbe suscettibile di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. (ferma restando la tutela risarcitoria). A loro volta poi entrambe queste figure andrebbero distinte dal negozio configurativo: il quale è costruito sul presupposto teorico che sia possibile una dissociazione materiale (e non solo concettuale) tra l'atto recante la giustificazione causale dell'operazione economica e l'atto che realizza l'investitura formale della parte acquirente<sup>105</sup>. In particolare il negozio configurativo sarebbe un atto di autonomia privata, diverso dal contratto in quanto carente dell'elemento programmatico-precettivo, la cui funzione è “*puramente determinativa della causa in concreto perseguita*”<sup>106</sup>.

Sulla base del negozio configurativo, la dottrina qui richiamata ha elaborato delle figure di “*contrattazione reale a fasi progressive*”<sup>107</sup> - destinate cioè a realizzare gli interessi dei contraenti senza l'assunzione di vincoli obbligatori, per il tramite degli atti realizzativi dei soggetti - nelle quali rilevano: la stipulazione di un atto di autonomia a carattere determinativo ma immediatamente dispositivo<sup>108</sup>, recante un assetto di interessi “*destinato a realizzarsi ex post, attraverso la libera attuazione*”<sup>109</sup>; la spontanea realizzazione di tale assetto e, infine, la costituzione di un titolo formale, sia esso negozio o sentenza<sup>110</sup>.

---

103 *Id.*, *op. cit.*, 87.

104 *Id.*, *op. cit.*, 86, dove si ricorda che l'intangibilità delle sfere giuridiche “*rende ammissibile la pronuncia di una sentenza a carattere costitutivo solo nell'ipotesi che la sentenza stessa abbia incidenza puramente formale sulle situazioni giuridiche soggettive*”. Infatti che l'obbligo di contrarre “*è sanzionato dall'art. 2932 in forma specifica*” (p. 85), a condizione “*che esista una situazione di diritto sostanziale in sé perfetta, che ormai abbia realizzato un determinato assetto di interessi e che richieda, soltanto, dei consequenziali comportamenti*” (p. 92).

105 Dissociazione che l'Autore aveva già delineato, sul piano meramente concettuale, all'interno del cosiddetto “*modulo procedimentale del negozio*”, costituito dai momenti della rappresentazione, volizione e realizzazione dell'interesse: *Id.*, *op. cit.*, 39-40, nota 20.

106 *Id.*, *op. cit.*, 105.

107 Sulle quali vedi *infra* Capitolo III.

108 Chiarisce infatti l'autore che l'immediata dispositività del negozio configurativo si apprezza anche in assenza di assunzione di un impegno negoziale: per il fatto che “*la lex contractus, la quale esprime, se non un obbligo di comportamento, sicuramente una irretrattabilità di giudizio, che, per avvenuta consumazione del potere di autonomia nel momento stesso in cui quest'ultimo è esercitato, implica di necessità lo stare decisis*”. (*Id.*, *op. cit.*, 116; ma per lo stesso concetto vedi anche le pagine 156).

109 *Id.*, *op. cit.*, 110.

110 Si ha quindi una significativa inversione del normale ciclo dell'autonomia privata laddove l'atto negoziale, chiudendo la sequenza, interviene quando l'assetto di interessi configurato è già realizzato, con la sola funzione di attribuire un'investitura formale: *Id.*, *op. cit.*, 106, ove si chiarisce che “*l'accipiens, cui il bene, in*

La natura procedimentale dello svolgimento dell'autonomia così strutturata è argomentata poi alla luce del fatto che l'effetto attributivo *“ha fonte diversa dalla promessa contrattuale, disciplinata dall'art. 1372, riflettendo il riconoscimento, da parte dell'ordine positivo, dell'intero assetto di interessi configurato dalle parti, il quale dev'essere già realizzato in fatto, attraverso i comportamenti attuativi previsti e posti in essere dalle parti stesse, perché il rapporto contrattuale possa dirsi formalmente consacrato”*<sup>111</sup>.

L'ordinamento valuterebbe quindi, ai fini del riconoscimento, non tanto (e non solo) il negozio conclusivo della sequenza<sup>112</sup>, quanto piuttosto tutta la complessa operazione che ha alla base il negozio configurativo.

Nello stesso senso si esprime infine una dottrina più recente, secondo la quale quando le parti, con un negozio configurativo, pongono regole procedimentali destinate a operare nella fase formativa del contratto, queste regole concorrono anche a *“conformare il complessivo regolamento di interessi”*, condizionando cioè la *“qualità”* dell'effetto cosiddetto *“finale”* il quale, pur essendo immediatamente legato alla stipula del contratto, alla luce del patto sul procedimento viene specificato e circostanziato così da risultare più aderente alle esigenze dei contraenti<sup>113</sup>.

### 3.2.2. L'attività.

La figura dell'attività compare, accanto al procedimento, tra le nuove categorie del giurista che paiono in grado di descrivere dal punto di vista tecnico la complessità del processo di realizzazione dell'operazione contrattuale<sup>114</sup>.

---

*ragione dei comportamenti stessi, è stato ormai giuridicamente attribuito, possa pretendere la costituzione di un titolo formale dell'intervenuto acquisto”.*

111 *Id.*, *op. cit.*, 114.

112 Sebbene si precisi che il negozio finale, di contenuto precettivo, costituisce *“fonte unitaria”* degli effetti, rilevante anche nei confronti dei terzi: *Id.*, *op. cit.*, 112 (in particolare nota 9).

113 Così R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., 466, il quale per esemplificare in ordine alla complessità dell'interesse finale specificato e circostanziato alla luce della regola procedimentale, si riferisce al caso in cui, attraverso la prelazione, il soggetto intenda non solo e non tanto conseguire l'acquisto del bene, ma altresì *“non far pervenire, in un determinato periodo di tempo, il bene medesimo nella sfera giuridica di un concorrente”* (p. 465). Circostanza dalla quale potrebbe appunto ricavarsi, più in generale, *“il legame essenzialmente teleologico la regola del procedimento ed effetti finali dalla cui integrata sintesi è desumibile il concreto programma o autoregolamento di interessi, apprezzando proficuamente lo sviluppo dell'intero procedimento”* (*ivi*).

114 La categoria dell'attività è stata preposta a quella dell'atto come *“indice di riconoscimento”* dalla dottrina che si è occupata di contratti d'impresa. Vedi ad esempio G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008, 25; A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, cit., 243; G. VETTORI, *Il contratto per l'impresa fra tipi e clausole generali*, in *I contratti per l'impresa*, cit., 101.

In una prospettiva tradizionale, l'attività è ridotta a una serie coordinata di atti tenuti insieme da una funzione unitaria o da uno scopo comune<sup>115</sup>. Come è avvenuto per la categoria del procedimento, pertanto, la dottrina che ha ricostruito un autonomo concetto di attività ha dovuto superare le tendenze formalistiche che spingono il giurista a semplificare classificando, e quindi tipizzando, la realtà nella forma del fatto e dell'atto giuridico.

Secondo una prima opinione, la circostanza che l'attività si presti ad essere analizzata "nei suoi logici momenti di composizione" non esime l'interprete dall'indagare il problema della "dignità giuridica"<sup>116</sup> di questa figura, che si ritiene di individuare nello "svolgersi unitario di una funzione non conseguibile frazionatamente"<sup>117</sup>, né "scomponibile in frammenti espressivi singolarmente di una funzione omogenea ed univoca"<sup>118</sup>. L'attività viene quindi puntualmente distinta, da una parte, dalla categoria della fattispecie, precisandosi che la funzione unitaria (che tiene assieme i diversi atti nel più ampio concetto di atti-

---

115 Com'è noto, il concetto di attività è stato indagato soprattutto dalla dottrina giuscomercialistica: la definizione codicistica di imprenditore (art. 2082 c.c.) contiene infatti un preciso riferimento all' "attività". Rilevandosi che l'attività costituisce il punto di riferimento di una disciplina autonoma rispetto a quella degli atti che la compongono, si dibatte sulla sua precisa natura giuridica. In particolare, l'attività è considerata da alcuni alla stregua di una particolare manifestazione del fatto (G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir., civ.*, 1982, I, 109, dove si ribadisce che "all'impresa va propriamente assegnato, nell'ambito dei concetti normativi, il ruolo di fattispecie"; ID., voce *Impresa e imprenditore: I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1990, 1 ss., spec. p. 3, dove si propende per la qualificazione in termini di atto argomentando particolarmente dal rilievo della capacità e dal rilievo che "alla fattispecie è essenziale, se non la volontà degli effetti, la volontarietà del comportamento, all'origine e nel suo carattere durevole", concludendosi che l'impresa "se non è manifestazione di autonomia, nel senso in cui questa nozione è intesa dalla teoria del negozio, è certamente manifestazione di iniziativa, la cui libertà è consacrata per i privati all'art. 41 Cost."). Altri autori invece accolgono la definizione tradizionale di attività quale serie coordinata di atti e fatti, unificati dallo scopo (G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 108 ss., per il quale "nell'ottica di qualsiasi attività si assume come atto un comportamento caratterizzato dalla costante del suo inserirsi in una serie o complesso o fascio di altri atti, per qualche aspetto giuridico globalmente valutati e in un certo senso unificati: la serie, il complesso o il fascio di quegli atti vengono appunto convenzionalmente designati come attività" (p. 115); P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VII, Torino, 1991, 41, il quale, pur condividendo l'affermazione che "l'impresa è attività e non atto", precisa che "l'atto non è fenomenologicamente distinguibile dall'attività" e che pertanto con il riferimento all'attività (anziché agli atti dell'attività) si allude semplicemente a una "relazione tra fattispecie"). La definizione tradizionale è accolta anche da G. AULETTA, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Varese, 1958, 982, il quale distingue, nell'ambito dell'attività intesa quale "insieme di atti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (anche) nel loro complesso": da un lato ipotesi che consistono in un comportamento dovuto, come l'attività esecutiva; e dall'altro ipotesi che consistono in una fattispecie "costitutiva di effetti giuridici", come "le attività rivolte alla produzione o alla circolazione di beni e servizi valutabili patrimonialmente". Da ultimo vedi inoltre N. RONDINONE, *L'attività nel codice civile*, Milano, 2001, spec. 122 ss., il quale ridisegna interamente la teoria del fatto, ricavando all'interno del più ampio *genus* dell'azione, intesa come "fatto dell'uomo", la categoria dell' "atto-fatto", la quale ricomprenderebbe "tutti gli atti compiuti da un soggetto naturalmente capace i quali possano essere altresì considerati come fatti, implicanti cioè un evento reale (materiale o giuridico)" (p. 171), per concludere che "l'attività consta di una serie di atti, indifferentemente giuridici o materiali, che abbiano anche le caratteristiche proprie dei fatti" (p. 384).

116 F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, cit., 16.

117 ID., *op. cit.*, 33.

118 ID., *op. cit.*, 28.

vità, e alla luce della quale quelli debbono essere valutati) determina una “*priorità logica*” dell’attività sugli atti<sup>119</sup>. E dall’altra, dalla categoria del procedimento, rispetto al quale si sottolinea che l’attività non costituisce la proiezione esecutiva o attuativa di un titolo o di un potere astrattamente e previamente individuato: non sussistendo, in particolare, “*una fonte individuatrice e prefiguratrice dell’azione*”, di cui l’attività successiva possa dirsi svolgimento<sup>120</sup>.

Ne risulta una categoria giuridica che è in grado di cogliere i fenomeni dell’agire espressivi di un “*carattere innovativo e instaurativo in senso primario*”, la cui carica ordinante cioè non trova ragione in un titolo o in una posizione soggettiva precedente: la vicenda in cui l’attività si esprime deve cogliersi nel suo obiettivo farsi, e quindi “*con potenzialità costanti di sviluppo*”, in vista di “*un’istanza che si rinnova continuamente*”<sup>121</sup>, e non invece di un risultato compiutamente e anticipatamente definito.

Secondo una diversa opinione, piuttosto che costituire un nuovo istituto, l’attività è in realtà un “*principio giuridico generalissimo di interpretazione e costruzione di una vasta gamma di fenomeni*”<sup>122</sup>, di cui è possibile individuare solo in generale i caratteri. Per questa dottrina quindi, oggetto di studio dovrebbero essere i singoli atti “*come momento di attività*”, e non invece “*l’attività come risultante di atti*”<sup>123</sup>. La funzione giuridica dell’attività sarebbe infatti, come strumento alternativo alla fattispecie, di far risaltare quegli aspetti della disciplina giuridica di un comportamento che superano, nelle intenzioni del legislatore, la dimensione individualistica e soggettivistica dell’atto e dell’interesse perseguito, per introdurre l’esigenza di rispetto di valori ultra-individuali<sup>124</sup>.

Nell’ottica di una valorizzazione delle nuove tecniche di formazione del contratto, è possibile tenere insieme diversi elementi delle opinioni appena esposte. Dal punto di vi-

---

119 ID., *op. cit.*, 26.

120 ID., *op. cit.*, 23.

121 Il carattere della categoria giuridica così delineata è dunque l’effettività, ma l’autore non rinuncia a individuare un “*criterio individuativo diverso*” dal modello astratto di atti o di poteri: proponendo che si proceda all’individuazione del fenomeno studiato attraverso la registrazione *ex post facto* di “*indici di oggettivazione di una determinata azione ordinante che, nel suo svolgersi, mira a instaurare posizioni rilevanti*” (ID., *op. cit.*, p. 24).

122P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 202.

123P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, cit., 205, nota 19.

124 P. FERRO LUZZI, *op. cit.*, spec. p. 139, dove l’Autore precisa che “*la teoria della fattispecie ci appare partecipe di una concezione generale del sistema caratterizzata, sotto l’aspetto ideologico, da un marcato individualismo, e sotto l’aspetto della tecnica costruttiva da un orientamento soggettivistico*”, e p. 203, dove invece si caratterizza la figura dell’attività come “*obbiettiva emersione di un comportamento che, in funzione di interessi o valori sociali, collettivi, o comunque ultra individuali, diviene immediato punto di riferimento di una disciplina che ne concerne i diversi aspetti senza filtrare attraverso il soggetto, e quindi potersi totalmente risolvere nelle tradizionali categorie dell’atto e del diritto soggettivo*”.

sta formale, valorizzando l'attitudine della categoria dell'attività a inquadrare regolamenti di interessi non compiutamente definiti né determinati in modo stabile, quindi aperti a nuove valutazioni attraverso le quali realizzare financo deviazioni funzionali, rispetto ai contenuti concordati in precedenza<sup>125</sup>. Dal punto di vista sostanziale, dando il giusto rilievo all'esigenza che la disciplina dell'attività formativa del contratto sia informata non tanto alla tutela dell'interesse dell'una o dell'altra parte, quando ad un più generale principio di cooperazione<sup>126</sup>.

A nostro avviso, la categoria dell'attività può essere utile a spiegare alcune figure operanti in ambito contrattuale di incerta qualificazione, specialmente considerato che, sul piano teorico, la dottrina ha iniziato a mettere in discussione uno dei più importanti argomenti ostativi all'ingresso della categoria in ambito contrattuale: in particolare, la pretesa inapplicabilità della disciplina negoziale (specie relativa all'invalidità) alle situazioni descritte dalla categoria dell'attività<sup>127</sup>.

Di recente, l'attività è stata utilizzata per inquadrare la figura giuridica della mediazione, in un rinnovato approccio che prescindendo dai singoli atti coinvolti nell'ampia operazione contrattuale, comprensiva e della mediazione e dell'affare intermediato. Il suo impiego sarebbe preferibile, in alternativa al concetto di fattispecie, perché consente all'interprete di apprezzare la rilevanza giuridica dell'ampia operazione contrattuale: anche se dovesse rimanere incompleta, come accade nel caso in cui non si pervenga alla conclusione dell'affare intermediato<sup>128</sup>.

---

125 Vedi in particolare Capitolo III, § 4.

126 Per un collegamento tra attività formativa e esigenza di cooperazione vedi infatti E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 28 ss., il quale, nell'affrontare la crisi della cooperazione, declina alcuni casi patologici di (mancata) cooperazione, fornendo una serie di esempi che trovano luogo proprio nella disciplina della formazione e conclusione del contratto: la violenza come esempio di cooperazione estorta, la conclusione rescindibile come esempio di cooperazione ricattata, l'inadempimento dell'obbligazione di contrarre come esempio di cooperazione illegittimamente rifiutata.

127 N. RONDINONE, *L'attività*, cit., 11. Per un'apertura vedi però: F. ALCARO, *L'attività*, cit., 86 ss., dove si ipotizza "uno stemperarsi del controllo, a fini di validità, sul profilo strutturale -in sé neutro, necessariamente correlato a un quid statico e individuo - a fronte di un suo accentuarsi su quello funzionale" (p. 89). Più in generale, è doveroso richiamare il pensiero di chi, nell'ottica di un ripensamento del sistema, contrappone alla tradizionale concezione dell'invalidità come "rimedio di fattispecie" la nuova forma delle "invalidità conformative", la cui precipua funzione sarebbe di colpire varie anomalie del regolamento contrattuale, privilegiando la tecnica del "rimodellamento" su quella classica demolitoria. (V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, cit., 743).

128 Per questa opinione vedi S. NARDI, *La mediazione. Artt. 1754-1765*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2017, 63, e da ultimo ID., *Preliminare di vendita di immobile non agibile e diritto del mediatore alla provvigione*, cit., 556: "la mediazione deve qualificarsi come attività in senso stretto che si articola in un procedimento e cioè in una struttura che, in quanto tale, si sovrappone agli atti che vi partecipano e che possono considerarsi tanto nel loro aspetto dinamico, e dunque

Sempre nella casistica riferibile alla figura della mediazione, la categoria dell'attività è stata proficuamente utilizzata al fine di far emergere istanze in continuo sviluppo, e quindi suscettibili di evolvere in modo tale da realizzare deviazioni funzionali dal fine inizialmente prefissato dalle parti<sup>129</sup>: in particolare si è riconosciuta la rilevanza dell'attività di mediazione quando questa, iniziata per condurre le parti alla compravendita di un immobile, si sia conclusa con una concessione in leasing<sup>130</sup>.

#### 4. Prima delimitazione dell'ambito di indagine: gli indici conclusivi.

Un richiamo poco meno che superficiale delle questioni legate alle moderne contrattazioni solleva problemi che non possono trovare soluzione generale, esigendo invece riposte articolate<sup>131</sup>. Si impone allora una riflessione sulle funzioni e sul significato moder-

---

*l'uno in funzione e in ragione dell'altro, quanto nel loro aspetto statico, e cioè avendosi riguardo al risultato e agli effetti che ognuno di essi consegue. Se la conclusione dell'affare non si verifica perché le parti intermedie non iniziano le trattative o comunque non le conducono a definizione, la serie procedimentale rimane incompleta e gli effetti finali non si producono, ferme tuttavia le conseguenze che derivano dal primo dei due momenti della serie procedimentale medesima e, cioè, dalla messa in relazione delle parti".* Per una prospettiva schiettamente procedimentale vedi invece B. TROISI, *La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 41, secondo cui allorché la figura sia esaminata "in funzione del contratto intermediato", apparirà come "atto, quindi, avente natura procedimentale e destinato ad esaurire la sua rilevanza nell'ambito del procedimento", producendo cioè meri "obblighi procedimentali propri della fase formativa del contratto (ex artt. 1337 e 1338 c.c.)", sicché la nascita del credito alla provvigione costituisce non già effetto della mediazione, ma "un effetto accidentale (ex lege) dello stesso contratto posto in essere dalle parti" (p. 43). Cerca invece di cogliere la complessità del rapporto di mediazione, ma rimanendo in una logica di attaccamento alla fattispecie, A. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, cit., 373-375, il quale, considerato che i diritti e di doveri del mediatore "non vengono dal legislatore collegati ad identica fattispecie", ma il diritto alla provvigione dalla conclusione dell'affare e il diritto al rimborso delle spese (e il dovere di informazione di cui all'art. 1759) delle spese dalla messa in contatto tra le parti, ed esclusa altresì la fonte contrattuale del rapporto di mediazione (vedi sopra nota), ricostruisce il complessivo rapporto di mediazione come portato di una "pluralità di fattispecie", non inquadrabile nella figura della fattispecie complessa a formazione successiva, salvo riconoscere però l'esistenza di "un evidente problema di coordinamento tra le stesse". L'Autore ritiene quindi che la messa in relazione tra le parti sia una fattispecie generatrice di un "rapporto fondamentale - inteso come base unificante dei singoli effetti, che lega e ricomprende anche nella loro eventuale capacità evolutiva, precedendoli almeno logicamente", rispetto alla quale le fattispecie generatrici di ulteriori effetti sarebbero "caratterizzate dalla circostanza di essere più complesse della prima, ricomprendendo però, necessariamente, tutti gli elementi di essa".

129P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., 555-556, dove si afferma che "con la sequenza anche temporale delle situazioni strumentali s'intensifica la probabilità che i regolamenti si distacchino dal bilancio d'interessi originario, acquisendo una diversa valutazione da parte dell'ordinamento".

130 Cass. 6 settembre 2001, n. 11467, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1649.

131 A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 240, nota 151, dove si rileva che "la formazione del contratto è settore la cui disciplina può risiedere in norme di legge, in norme poste dalle parti e, infine, in regole di formazione giurisprudenziale. Il concorso di queste tre fonti non fa registrare, necessariamente, la prevalenza della fonte legislativa che, anzi, può in astratto svolgere un ruolo quasi "suppletivo" rispetto alla fonte volontaria".

ni del momento conclusivo (e dei modi in cui questo si determina), che accompagni all'analisi del diritto positivo un parallelo e sistematico rinnovamento della "dogmatica interna"<sup>132</sup>: i cui principi cioè siano ricavati come logico sviluppo e dispiegamento dall'interpretazione della norma concreta, e non già anteposti al dato legislativo, quasi a fornire una pre-comprensione di questo.

Se anche il momento conclusivo deve essere collocato nella dimensione della complessità che caratterizza il nostro tempo<sup>133</sup>, almeno tre diversi indici - tutti ugualmente presenti nell'ordinamento - guidano l'interprete che si accinge a valutare la conclusione del contratto.

**a)** La verifica di uno specifico fatto giuridico dotato di valore conclusivo secondo le regole volte a disciplinare uno schema formativo tipico.

Per quanto si è detto finora<sup>134</sup>, deve rilevarsi il carattere recessivo e, comunque, residuale del criterio del fatto conclusivo *tipico* in ordine al problema della conclusione del contratto. Recessivo in quanto, come emergerà in seguito, nel giudizio che ha ad oggetto la conclusione del contratto l'interprete sembra privilegiare altri criteri, i quali non ricevono puntuale considerazione in una norma giuridica ma possono ricavarsi dalla logica del sistema. Residuale perché l'*iter* formativo è costellato di più o meno pregnanti interventi dei privati, in capo ai quali si riconosce il potere di regolare gli interessi procedurali conformando gli atti e regolando le attività che conducono alla conclusione del contratto. Sicché, una volta ammesso l'esercizio del potere di autonomia privata anche nel corso della

---

132 G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 62, distingue tra "dogmatica esterna" e "dogmatica interna", precisando che "la dogmatica, rispetto a questo determinato diritto, non può che essere dogmatica interna: interpretazione (di dogmi posti) e non posizione di dogmi. più precisamente, in quanto la dogmatica si riferisca ai concetti, la dogmatica, per un dato diritto, non può che essere lo sviluppo dei concetti costituenti parte integrante e inscindibile delle varie norme, lo sviluppo di quei concetti ... e non, invece, la ricostruzione di un dato diritto positivo secondo schemi concettuali predisposti". Alla distinzione l'illustre Autore è giunto dopo aver dedicato alcune intense pagine alla distinzione tra scienza del diritto e interpretazione, definendo come "pericolo n. 1 del nostro secolo di giuristi" (p. 53) la tendenza ad applicare i concetti della scienza ai risultati dell'interpretazione, come se i primi fossero espressione di "una logica superiore, la quale, come pure è stato creduto, governi l'attività legislativa" (p. 47), poiché, ammonisce, "trasformando il concetto di norme in conoscenza concreta o individuale della norma" si finisce poi (realizzando una vera e propria *Inversionsmethode*) per trarre "dal concetto (il contenuto de) la norma: dove è evidente, non solo che il tipo o concetto del diritto in genere non adeguerà mai la individualità di un dato diritto, ma anche che un concetto di norme non può essere destinato a dare norme" (p. 55).

133 Della "odierna complessità dell'istituto contrattuale" scriveva già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 12, riferendosi appunto "ai modi in cui il contratto viene ad esistenza". Di "complessità aperta", che "non consente artificiose riduzioni ad unità" parla invece G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 336. Più in generale, sulla "categoria" della complessità nel diritto privato: V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 147 ss.

134 Spec. §§ 2 e 3.



fase precontrattuale, non può esserci dubbio sulla circostanza che in un settore così dominato dagli interessi privati dei contraenti, qual è il diritto privato, la regola pattizia venga di norma a prevalere sul sistema di tipicità legale.

**b)** L'accordo (o consenso contrattuale), inteso come espressione della volontà di vincolarsi (*animus contrahendi*).

Nel proseguo dell'analisi, prendendo come punto privilegiato di riferimento la tecnica della formazione progressiva del contratto, si evidenzierà come il criterio fondato sull'accordo sia in realtà del tutto inaffidabile<sup>135</sup>. Questo elemento infatti è solo menzionato dalla legge (artt. 1321 e 1325 c.c.), che non lo definisce; né gli interpreti non sono in grado di esprimere una definizione univoca di esso<sup>136</sup>. In particolare, alcuni "automatismi conclusivi" inducono a pensare che talvolta l'esistenza di una volontà impegnativa finisce per assumere valore secondario nel giudizio conclusivo: soprattutto in sede giurisprudenziale, dove la conclusione del contratto diventa oggetto di una presunzione (seppure relativa) legata alla completezza del contenuto, piuttosto che l'esito di un accertamento in concreto dell'accordo tra le parti.

**c)** La completa predisposizione del regolamento contrattuale.

L'analisi della letteratura in materia di contratto dimostra che il problema del perfezionamento del contratto è anche un problema di contenuto dell'accordo<sup>137</sup>. In realtà, ve-

---

135 Per una recente emersione del problema cfr. Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628 (sulla quale vedi ampiamente *infra* Capitolo III, § 3), dove i giudici, nel circoscrivere la questione giuridica indagata al c.d. preliminare di preliminare specificano che "la questione rimessa oggi alla Corte non riguarda il rilievo della volontà nella conclusione del contratto e se essa sia la sola via per stabilire quando il preliminare venga definitivamente formato", così lasciando intendere le note di criticità (ma anche di attualità) di un'indagine sul criterio della volontà impegnativa nel giudizio di conclusione del contratto.

136 Diversi autori non ritengono possibile dare una definizione precisa di accordo. Per F. DI GIOVANNI, *Di cosa parliamo quando parliamo di accordo contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 187, non esiste un'unica nozione di accordo, poiché "le diverse concezioni dell'accordo di volta in volta adottate per cogliere l'essenza del contratto non si sono sostituite l'una all'altra, ma si sono semmai sovrapposte e stratificate". R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, spec. 64 ss., dove si rileva più volte che "il genere accordo comprende ipotesi prive di caratteri uniformi" e che "il genotipo contrattuale che presiede all'art. 1321 ci pare sfuggente, e l'art. 1321 ci pare inaffidabile, perché definisce il contratto con un termine che ha valore sfuggente". Il proposito dell'Autore è quello di stabilire una regola generale in base alla quale indicare quale realtà psicologica debba aggiungersi alla dichiarazione contrattuale per dar vita all'accordo (p. 65), ma a conclusione dell'indagine si arriva ad affermare che "una definizione perfetta del contratto non può non essere complicata, perché deve rendere conto di una enorme varietà di equipollenze, di variabili, di requisiti speciali dipendenti dagli specifici effetti che si tratta di produrre" (p. 70). Più in generale, esistono corposi orientamenti di pensiero che mettono in crisi questo criterio: rapporti contrattuali di fatto (E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, in part. 433), scambi senza accordo (N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.).

137 Anzitutto deve rilevarsi che è il riferimento al contenuto, non alla volontà, che consente di distinguere l'area della contratto dall'area della cortesia (vedi in proposito N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto*,

dremo che si tratta di un indice solitamente considerato ancillare rispetto a quello che fa capo alla verifica dell'esistenza di un accordo, pur trovando una rivalutazione nella accennata presunzione di perfezionamento della fattispecie contrattuale legata alla completezza dell'autoregolamento.

Non è possibile, naturalmente, instaurare tra gli indici appena individuati una relazione di equivalenza apprezzabile sotto il profilo del risultato pratico: in ragione della profonda differenziazione del contesto sociale, economico e giuridico dal quale gli indici sono emersi, la scelta del criterio da adoperare in concreto condiziona fortemente il risultato interpretativo e per questo l'interprete non può determinarsi liberamente. Saranno le esigenze

---

*rapporti di fiducia*, cit., 427-429, dove si distinguono due tipi di "cortesia": come "*semplice motivo soggettivo caratterizzante il dato della gratuità*", che caratterizza prestazioni soggette alla disciplina del rapporto obbligatorio a carattere gratuito, e come "*serie di relazioni, come tali sottratte al rilievo qualificante e sanzionatorio dell'ordinamento giuridico*", queste ultime individuabili appunto in base al loro peculiare contenuto). Il riferimento al contenuto costituisce poi elemento fondante per quelle dottrine che, nell'ottica della svalutazione del requisito dell'accordo, pongono in risalto la centralità del regolamento (e non già del procedimento formativo o della fattispecie) quale elemento in cui ricercare la bilateralità tipica dello strumento contrattuale (C. DONISI, *Il contratto con se stesso*, cit., 61, secondo cui "*si è quindi dinanzi ad un contratto allorché, si noti, il regolamento d'interessi (beninteso, di natura patrimoniale) in cui consiste...fin dalla sua fase creativa, è esso stesso ascrivibile, attribuibile dall'ordinamento giuridico ad almeno due parti*"). Per una critica al "*dogma della bilateralità nella formazione*" vedi anche P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, 40, dove si rileva che "*la via del contratto non passa necessariamente attraverso l'accordo delle parti*", e R. SACCO, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 968, il quale individua alcune fattispecie "*a formazione unilaterale*" destinate a operare in ambito contrattuale, sottolineando peraltro che in presenza di un accordo bilaterale è dato riscontrare una "*autonomia della proposta, capace di produrre da sola una serie di effetti rispetto ai quali l'accettazione si comporta in modo analogo ad una condizione*". Più in generale, sottolinea "*l'intrinseca attitudine di un regolamento di interessi a rilevare sul piano del diritto*" E. DEL PRATO, *I requisiti*, cit., 6, che pone questo elemento alla base del valore giuridico al contratto. In alcuni punti della disciplina del contratto si scorge poi una commistione tra piani (dell'accordo e del contenuto) e accade che problemi tradizionalmente riferiti alla formazione diventano problemi di contenuto dell'accordo: come dimostra l'ampia letteratura in materia di forme informative e oneri di informazione (sul quale si veda S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 772 ss., spec. p. 776-777, dove si rileva che il neoformalismo pre e post contrattuale, che consiste nel "*variegato catalogo di informazioni documentali obbligatorie, ancillari al contratto in itinere, che può essere, a sua volta, scritto o amorfo*", risponde "*all'esigenza di informare (il consumatore) e conformare (l'agire negoziale del professionista)*", ma senza stravolgere la tradizionale nozione di forma, destinata a regolare il modo di farsi di un contratto). D'altra parte, i due termini del contenuto e dell'accordo si presentano disgiunti in alcuni casi limite: da un lato, si ritiene che un accordo su un contenuto incompleto sia comunque idoneo a vincolare le parti, quando l'incompletezza costituisce il frutto di una strategia delle parti per la gestione di eventuali sopravvenienze (A. FICI, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, 151 ss.). Dall'altro lato, una completa regolamentazione di interessi può nel concreto mancare di obbligatorietà se riveste la forma basilare dell'accordo configurativo, la cui funzione sarebbe quella di ridurre ad unità l'intera operazione negoziale (su cui vedi, da ultimo, G.PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 29, che pone l'atto configurativo, destinato a conformare l'intera operazione negoziale, "*al di qua della marcata impegnatività che viene a contraddistinguere il "concreto voluto" - ovvero il precipitato dell'azione negoziale, risultante all'esito della sua oggettiva rilevazione*"; nonché ROMANO (SALV.), *Ordinamento sistematico del diritto privato, II, L'azione - Il potere*, Napoli, 1970, secondo cui una "*configurazione funzionale*" (p. 50) precede logicamente ogni azione giuridica, il cui esercizio costituisce il portato del più generale "*principio di autodeterminazione*", il quale a sua volta, se e in quanto sia diretto a costituire o regolare rapporti, si fonda sul "*principio dell'accordo*" (p. 65).

della comunità giuridica (e più nello specifico delle parti contraenti) in un dato momento storico, in un preciso contesto economico o in un determinato tipo di rapporto a condizionare la scelta operativa.

## 5. L'accordo.

Un discorso sulla conclusione del contratto non può prescindere dalla considerazione dell'accordo, che costituisce il nucleo della concezione moderna<sup>138</sup> della figura contrattuale e come tale compare nella relativa norma definitoria (art. 1321)<sup>139</sup>. La dottrina maggioritaria sostiene infatti che la verifica del raggiungimento di un accordo tra le parti costituisce elemento determinante e decisivo quando è in questione la conclusione o meno di un contratto, specificando inoltre che il criterio-guida nel giudizio conclusivo deve essere individuato appunto “*nell'accordo e non nel contenuto e nella sua completezza*”<sup>140</sup>.

Quale complessità di soluzioni apra il semplice riferimento all'accordo deve però essere immediatamente rilevato, riproponendo brevemente il dibattito formatosi intorno a questa nozione. Ciò sarà utile non solo al fine di individuare precisamente a quale delle diverse nozioni di accordo si riferisce la dottrina appena richiamata (questione che approfondiremo nel paragrafo successivo, con particolare riferimento alla modulazione del criterio dell'accordo nel caso in cui l'interprete sia chiamato a valutare l'avvenuta conclusione di un contratto preceduto da un'attività precontrattuale di progressiva formazione dell'auto-regolamento); ma anche e soprattutto affinché uno sguardo alle varie concezioni di esso mo-

---

138 Come si vedrà nel proseguo del paragrafo, diverse concezioni di accordo possono apprezzarsi sincronicamente, ma la dottrina suole anche ricordare che è possibile apprezzare diacronicamente la stessa concezione del contratto: il quale nelle fonti romane si riferisce “*al vincolo che scaturisce dall'accordo (ed anche da comportamenti non riconducibili allo schema consensuale)*”, mentre nel passaggio alla concezione moderna si identifica senz'altro con l'accordo: così P. RESCIGNO, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 4-5.

139 Nei limiti di un discorso dedicato alla conclusione del contratto, può invece prescindere dalla considerazione dell'ulteriore nozione identificativa del contratto, contemplata nella medesima norma definitoria (1321 c.c.) e consistente nel carattere patrimoniale del rapporto sul quale si dirige la funzione dispositiva privata. Secondo la dottrina infatti la patrimonialità costituisce “*il connotato qualificante del contratto nella più ampia categoria dell'accordo*” (P. RESCIGNO, *Consenso*, cit., 11).

140 La citazione è di G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, cit., 240; ma per la stessa opinione vedi anche: G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio dell'esecuzione*, cit., 322, secondo il quale pur nella diversità delle tecniche formative rimane ferma l'idea del contratto come accordo.

stri quanto poco stabile sia, già sul piano teorico, il criterio dell'accordo nel giudizio conclusivo del contratto.

Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, ogni ordinamento giuridico ha *almeno* (e quindi, minimo) una nozione positiva di contratto e, accanto a quest'ultima, “*una nozione che l'interprete porterà con sé, e con cui illuminerà, integrandolo, il dettato legislativo*”<sup>141</sup>. Volgendo per ora lo sguardo a quest'ultima nozione supposta dall'interprete, si è rilevata l'esistenza di “*vari possibili genotipi contrattuali*” corrispondenti ad altrettante concezioni del contratto: fondate di volta in volta sull'accordo, sul potere di autonomia, sullo scambio e sull'affidamento<sup>142</sup>.

In termini generali, può affermarsi che ciascuna di queste posizioni risponde all'esigenza teorica fondamentale di fornire un'adeguata giustificazione logica alla nascita di un vincolo giuridico e presenta una genesi storica e una giustificazione teorica che non è possibile qui ripercorrere per ciascuna, dovendo concentrare la nostra attenzione sulla nozione di contratto basata sull'accordo, per quanto premesso relativamente all'importanza che quest'ultimo elemento assume, secondo il giudizio della dottrina richiamata nell'inizio del paragrafo, con riferimento alla conclusione del contratto

In merito alla nozione di accordo, in primo luogo è sufficientemente acquisito che, nel nostro sistema positivo, quest'ultimo non può intendersi in senso naturalistico come incontro o fusione delle singole volontà dei contraenti<sup>143</sup>, ossia quale espressione di una specie di “*volontà superiore*”<sup>144</sup>. Non esiste però, nel contempo, un'unica nozione di accordo

---

141 R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 60.

142 ID., *op. cit.*, 61.

143 Per una critica all'identificazione della fattispecie contrattuale con l'accordo inteso come fusione di volontà o scambio di consensi, si vedano : G. GORLA, *Il dogma del consenso o accordo e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, cit., 923; ID., *La logica-illogica del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, cit., 255; ID., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, cit., 30; R. SACCO, *Contratto a formazione unilaterale*, cit., 967. In polemica con i risultati degli studi di Gino Gorla, e quindi per una riaffermazione dell'accordo di volontà alla base del fenomeno contrattuale, vedi però G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., 249, secondo il quale da un lato la critica al consensualismo si sarebbe appuntata su “*aspetti prevalentemente formali del c.d. dogma dell'accordo*”, e dall'altro, anche ammettendosi che in talune ipotesi normative il contratto si forma “*sulla base di criteri oggettivi ed estrinseci che possono anche sostituirsi ad un accordo*”, non si potrebbe “*senz'altro dedurre l'infondatezza del dogma dell'incontro delle volontà, che rimane pur sempre uno dei principi cardini della teoria del contratto*”.

144 G. GORLA, *Il potere della volontà*, cit., 30, il quale precisa che l'idea che pone il potere della volontà a fondamento del vincolo nascente dalla promessa si ripropone nell'ambito del contratto attraverso il ricorso “*all'idea di una volontà superiore, che si formerebbe nel contratto mediante la fusione o il concorso della volontà dei contraenti*”. Per una critica vedi anche P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso*, cit., 1345.

accolta dagli interpreti, per il fatto che la legge, pur ponendo questo elemento al centro della disciplina del contratto (artt. 1321, 1325 e 1326 ss.) omette di darne una definizione.

Secondo una parte della dottrina, l'accordo è realtà complessa<sup>145</sup>, la quale racchiude al suo interno la volontà e la dichiarazione, intesi quali coelementi del consenso<sup>146</sup>. In una visione più restrittiva si pongono invece quegli autori che, annullando completamente l'elemento volitivo, ritengono che l'accordo sia una realtà semplice e omogenea, consistente in un incontro di dichiarazioni congruenti<sup>147</sup>.

Secondo un'altra parte non trascurabile della dottrina invece, l'accordo non si esaurisce in una formula descrittiva, in funzione meramente evocativa di concezioni fondate più o meno direttamente sul consenso (inteso quale previa manifestazione di una volontà di assunzione di un vincolo giuridico), che l'interprete ricava *aliunde*, dalle varie norme sparse nel sistema. Esso consiste piuttosto in un "*fatto normativo*"<sup>148</sup>: cioè un' "entità nor-

145 Per questa concezione vedi: C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 207-208, secondo cui "non basta, dunque, la coincidenza esteriore delle dichiarazioni ma occorre che il significato del complessivo comportamento delle parti, obiettivamente valutato, esprima la loro concorde volontà"; F. REALMONTE, *Accordo contrattuale*, cit., 15; F. DI GIOVANNI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di accordo contrattuale*, cit., 204-205, secondo cui con l'accordo costituisce, più che un elemento, un "carattere del contratto", che consiste "il convergere delle aspettative delle parti circa il soddisfacimento dei propri interessi". L'origine di questa mistione di elementi volitivi e dichiarativi nella nozione di accordo è indagata da P. G. MONATERI, *La sineddوحة. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984, 227 ss., il quale ha rilevato che nel sistema francese opera una "sineddوحة implicita nella formula "consenso = volontà" utilizzata per esprimere la verità "consenso = volontà + dichiarazione" (p. 230), ma ritiene che nel sistema italiano tale "formula sineddوحة" sia stata accolta per un periodo di tempo limitato dalla comunità degli interpreti: i quali, per via delle influenze esercitate dal modello tedesco (e in particolare dalla teoria del negozio giuridico), hanno infine spostato la propria attenzione "dalla sola volontà anche alla dichiarazione" (p. 279).

146 Se il consenso è inteso come realtà complessa, risultante di volontà e dichiarazione, sorge il problema di fornire adeguata soluzione ai casi di divergenza tra voluto e dichiarato: i termini di questo problema giuridico sono ben noti, riguardando istituti di importanza centrale nell'ordinamento, quali l'errore e l'incapacità. In un caso però l'accennata divergenza tocca un problema che si presenta nella fase conclusiva del contratto: il cosiddetto "*dissenso occulto*" (sul quale si rimanda alla dottrina citata alla nota 39).

147 Per questa tesi si vedano: E. FERRERO, *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, cit., 60, dove si parla di "accordo di dichiarazioni"; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 76, dove si identifica l'accordo con la "congruenza esteriore della proposta e dell'accettazione"; E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., 63, secondo cui "ciò che genera il precetto contrattuale non è un incontro occulto o una mistica fusione di voleri, ma lo scambio delle rispettive dichiarazioni (offerta e accettazione) e la loro consapevole congruenza"; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 164-166, dove si precisa che "ai fini della conclusione del contratto è sufficiente una congruenza esteriore e formale delle due dichiarazioni; viceversa, per la validità del contratto (che comunque, è concluso) occorre altresì, almeno entro certi limiti, che alla congruenza delle dichiarazioni faccia riscontro una conforme e non viziata volontà delle parti"; N. IRTI, *Per una teoria analitica del contratto (a proposito di un libro di Giorgio Cian)*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 261 ss., per il quale "quando affermiamo che il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte; o che il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione (art. 1327, comma 1°); non vogliamo segnalare la nascita di un nuovo ente, il quale sostituisca, tra gli accaduti della storia, le separate dichiarazioni delle parti" (p. 263).

148 S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 21, dove, a proposito dei rapporti contrattuali di fatto, si afferma che "il vero problema, che con essi si pone, riguarda il significato da attribuire al concetto di accordo, scegliendosi una interpretazione strettamente legata ad una attività delle parti comunque dichiarativa, o, inve-

mativa”, che può arrivare a ricomprendere ipotesi che sono tradizionalmente escluse dal tradizionale concetto di accordo fondato sul consenso (come i cosiddetti rapporti contrattuali di fatto<sup>149</sup>) e il cui accertamento richiede l’utilizzo di parametri di tipo legale e sociale, variamente identificati nel rispetto delle “*condizioni formali al cui verificarsi la legge ricollega il carattere impegnativo di un certo regolamento negoziale*”<sup>150</sup>.

### 6.1. L’accordo nella formazione progressiva del contratto.

Una valorizzazione del criterio fondato sul consenso si è avuta in materia di formazione progressiva del contratto. La letteratura che se ne è occupata non ne ha fornito, però, una precisa definizione, pur attribuendogli importanza determinante in ordine alla soluzione del problema della conclusione: riducendo, in sostanza, il riferimento all’accordo al suo significato minimo, come “semplice” evocazione di una volontà impegnativa genericamente intesa<sup>151</sup>.

Sempre nell’ambito di questo peculiare procedimento formativo, il problema della conclusione si è incrociato con l’altro, ad esso collegato, dei contenuti minimi dell’accordo. Il dibattito che ci accingiamo a ripercorrere, diviso in due fasi, si trova alle origini del

---

*ce, accogliendosene una visione che consenta di parificare a quella attività altri dati, oggettivamente ricavabili*”; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata*, cit., 22; E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., 163 ss.. Per una critica al concetto normativo di accordo vedi però F. DI GIOVANNI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di accordo contrattuale*, cit., 195, secondo cui dietro la flessibilità attribuita all’accordo in senso normativo vi sarebbe in realtà una tautologia, in base alle quale “*posta l’equazione contratto = accordo, basta dare un nome di accordo ad ogni vicenda di un rapporto, appunto, contrattuale, per avviare ogni problema verso una soluzione agevole*”. Vedi inoltre, per il sostegno ad una nozione descrittiva di accordo, N. RONDINONE, *L’attività nel codice civile*, cit., 234 ss., che nel chiedersi di quanti atti sia composto il contratto, ritiene che l’accordo menzionato agli artt. 1321 e 1325 c.c. sia niente più che un “dato descrittivo” (p. 239), concludendo che “*il contratto si esaurisce interamente nelle dichiarazioni o nei comportamenti delle parti che hanno concorso a formarlo; l’accordo non rappresenta nulla di più, è solo la risultante della congruenza fra proposta e accettazione*”.

149 In questo senso A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 25.

150 Così E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., 169.

151 Di questa idea di fondo, collegata al concetto di accordo, dà conto R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 59, che osserva come “*Aleggia su tutte le definizioni del contratto l’idea di un consenso: l’aver voluto, o almeno non essersi sottratto*”. Vedi inoltre: G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 532, ove si afferma che “*anche svuotato della libertà di trattativa (ma svuotato dalle parti, non per imposizione esterna), l’accordo non è “ridotto alla elementare libertà di non compiere l’atto” ma esalta e concilia anzitutto la libertà di entrambe le parti di compiere l’atto per realizzare un proprio interesse*”; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, cit., 738, per il quale “*il contratto resta incontestabilmente fattispecie di accordo, quale principio fondato della propria rilevanza e strumento di garanzia della parità contrattuale, e anche il presupposto di un consenso il più possibile libero e consapevole continua a reggere e sostenere la validità della enunciazione programmatica degli interessi contrattuali*”.

problema se sia possibile o meno attribuire la qualifica contrattuale ad un accordo parziale, cioè raggiunto su taluni dei punti discussi e accompagnato da espressa riserva a carico di altri<sup>152</sup>.

In un prima fase in dottrina si acquisisce la consapevolezza del fatto che nella formazione del contratto può assumere “*valore decisivo*” un elemento secondario o accidentale (rispetto allo schema di atto predisposto dalla legge), con la conseguenza che da un accordo sui soli elementi essenziali non potrebbe dedursi la conclusione o perfezione del contratto<sup>153</sup>. Si tratta indubbiamente di un primissimo riconoscimento della complessità degli interessi coinvolti nelle contrattazioni, che non possono in alcun modo ridursi ai pochi tratti caratterizzanti dell'affare (quali prezzo e individuazione del bene nella vendita, o termine di esecuzione dei lavori nell'appalto) presi in considerazione dal legislatore nella disciplina del tipo.

Ne discende che l'accordo può ritenersi raggiunto nella misura in cui il consenso si forma su tutti gli elementi toccati nella fase delle trattative, siano essi essenziali o accidentali, argomentandosi anche alla luce dell'art. 1326, comma V, c.c.: il quale, prescrivendo che “un'accettazione non conforme alla proposta vale come nuova proposta”, implicitamente escluderebbe che la conformità di vedute delle parti sui soli elementi essenziali sia idonea a determinare la conclusione del contratto<sup>154</sup>. Se ne deduce, quindi, che da un'intesa sui soli elementi essenziali non si inferisce, normalmente, la conclusione di un contratto:

---

152 Rinviamo invece al Capitolo III, § 2, l'esame del dibattito intorno alla natura e alla funzione degli atti inseriti nella formazione progressiva del contratto.

153 L'affermazione di principio risale a V. SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, 479, il quale, esprimendosi in modo critico nei confronti di una parte della giurisprudenza secondo cui il contratto doveva ritenersi perfezionato col solo accordo sugli elementi essenziali, ammoniva che “*gli elementi essenziali del negozio sono soltanto quelli senza dei quali un negozio o non può esistere in generale o non appartiene a quella determinata categoria giuridica; mentre per la formazione di un singolo contratto in concreto può avere per le parti valore decisivo uno degli elementi accidentali e l'ammissione o l'esclusione di uno degli elementi naturali*”. Con questa dottrina polemizzava però F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, 312, il quale ipotizzava invece “*che il contratto possa sorgere quando le parti si sono accordate soltanto sulla disciplina di pochi punti essenziali*”, al limite ammettendo che l'autonomia privata possa, con il ricorso al meccanismo condizionale, “*subordinarne la efficacia al raggiungimento dell'accordo anche su altri elementi secondari o di dettaglio*” (p. 317). Configurava invece una peculiare obbligazione di trattare A. CANDIAN, *Questioni in tema di formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, I, 859, secondo cui “*può sorgere un obbligo di natura contrattuale indipendentemente dal conseguito accordo anche sui c.d. elementi essenziali, tutte le volte che, stabilito l'oggetto di un eventuale contratto, le parti sinansi o ambedue o una sola obbligate a trattare*”.

154 Questa particolare argomentazione è richiamata di recente da F. GALGANO, *Contratti in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 200. Ancor prima però vedi A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 82-83, il quale ritiene applicabile l'art. 1326, comma V, anche alla formazione progressiva del contratto, dove com'è noto non sarebbe materialmente possibile individuare un soggetto proponente, in quanto si asserisce che in tale norma “*proposta e accettazione siano usati con riferimento molto generico, alle espressioni volitive delle parti in ordine al contenuto contrattuale*”.

dovendosi guardare ai punti che sono stati oggetto di discussione nel corso delle attività precontrattuali, i quali rileverebbero come “elementi essenziali in concreto”.

In altre parole, il cosiddetto “contenuto minimo” corrispondente al tipo negoziale prescelto è ancora un materiale negoziale inerte: in quanto clausole in astratto accessorie potrebbero concretamente rivestire per una delle parti importanza determinante.

In particolare un'autorevole dottrina ha precisato, da un lato, che il cosiddetto “*accordo parziale*”, intervenuto soltanto su taluni punti oggetto di discussione e accompagnato da un'espressa riserva sugli altri, non poteva mai considerarsi “contratto concluso” (ammovendo però che l'accordo completo, su tutti i singoli punti trattati, non è da solo sufficiente a concludere il contratto, se manca una corrispondente volontà o “*animus contrahendi*”)<sup>155</sup>; e dall'altro, che la formazione del contratto non doveva diventare un problema di contenuto, essendo dirimente accertare il raggiungimento dell' “*accordo che dà vita al contratto*”, il quale avrebbe sì dovuto riguardare “*tutti i punti entrati in discussione tra le parti*” ma in quanto “*necessariamente sorretto dalla volontà di concludere il contratto*”, intesa come “*manifestazione dell'animus contrahendi di tutte le parti*”<sup>156</sup>.

La dottrina appena menzionata, accolta anche da un cospicuo numero di precedenti giurisprudenziali<sup>157</sup>, per una verso finisce per negare rilevanza contrattuale ai cosiddetti “*accordi parziali*”, caratterizzati cioè da riserve o persistenti divergenze in ordine a taluni

---

155 E' la posizione di G. B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., 254, secondo cui appunto “*decisivo è l'accordo delle parti (espressione dell'animus contrahendi) riguardante tutti i punti venuti in discussione*” nel corso delle trattative. Sulla base di questo criterio l'Autore delinea tre diverse situazioni: a) che le parti raggiungano un accordo su tutti i punti discussi, ma tra questi manchi un elemento essenziale, b) che le parti non raggiungano un accordo su tutti i punti discussi, c) che le parti raggiungano l'accordo su tutti i punti discussi, ma manchi la volontà di concludere un contratto. Nella prima situazione delineata il contratto è senz'altro concluso ma si pone un problema di validità quando, non essendo possibile colmare la *lacuna* del regolamento attraverso una norma dispositiva (art. 1374 c.c.), la mancanza di un elemento essenziale renda il contratto irrimediabilmente nullo. Nella seconda situazione delineata invece si ritiene che il contratto non possa ritenersi formato, sia quando ciò sia dovuto a un vero e proprio disaccordo tra i contraenti, sia quando questi abbiano raggiunto un “*accordo parziale*”. Quest'ultima figura sarebbe caratterizzata da ciò, che “*le parti abbiano raggiunto un accordo su alcuni punti (tra quelli venuti in discussione) e per altri (sempre venuti in discussione) si siano riservate di decidere in un momento successivo*” (p. 256). In particolare l'esistenza di una *riserva* su taluni punti, che viene così a caratterizzare la figura dell'accordo parziale, impedirebbe non solo di considerare concluso il contratto (almeno fino a quando e a condizione che le parti si accordino anche sui punti riservati), ma anche di applicare la disciplina suppletiva per realizzare l'integrazione del regolamento, distinguendosi in tal modo tra l'ipotesi di *lacuna* dell'autoregolamento (caso in cui le parti avrebbero rinunciato a determinare un punto) e quella di *riserva* (caso in cui invece le parti abbiano voluto determinare un determinato punto in un momento successivo). Infine, nella terza situazione delineata si esclude che il contratto si sia formato “*perché manca la volontà di concludere un contratto, e si è ancora di fronte ad un piano, ad una ipotesi di regolamento contrattuale*” (p. 253).

156 G. B. FERRI, *loc. ult. cit.*

157 Da ultimo: Cass. 2 febbraio 2009, n. 2561, in *Rass. dir. civ.*, IV, 2010, 1274, dove si qualificano come minute o punteggiature eventuali accordi parziali. In precedenza: Cass. 4 maggio 1994, n. 4274, in *Foro it.*, 1995, I, 2963.



punti discussi nella fase delle trattative. Per altro verso, pone a fondamento della ricostruzione proposta ora l'esigenza di tutelare la libertà negoziale dei privati (ossia la libertà di non concludere il contratto, impedendo che quest'ultimo si consideri concluso fin tanto che le parti non pervengano a un'intesa su tutti i punti presi in considerazione nelle trattative<sup>158</sup>), ora l'esigenza di garantirne la libertà di “*proporre*” meccanismi più complessi per la formazione del contratto<sup>159</sup>.

In una seconda fase si ritiene opportuno ridimensionare la rigidità della regola che vorrebbe assestare la conclusione al solo momento del raggiungimento di un accordo “globale”, il quale racchiuda il consenso delle parti su tutti i punti emersi nella fase delle trattative. Piuttosto si reputa dirimente accertare l'intento dei contraenti, quindi la loro effettiva decisione di assumere un vincolo giuridico, anche nel caso in cui l'accordo non sia stato raggiunto su tutti i punti oggetto di discussione (cosiddetto “accordo parziale”<sup>160</sup>).

L'importanza di quest'ultima precisazione deve essere giustamente evidenziata, perché consente di far emergere il ruolo dirimente della volontà impegnativa la quale, a prescindere dall'esistenza di riserve, può ben elevare a rango contrattuale i cosiddetti “accordi parziali”.

---

158 Così in particolare G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale “per relationem”*, in *Saggi di diritto civile*, cit., 227-228, il quale riporta un precedente giurisprudenziale secondo cui “*la ragione logica giuridica*” della regola riportata nel testo consisterebbe in ciò: nell'impedire a uno dei contraenti di “*esigere l'adempimento dall'altro, dell'obbligazione assunta, se non quando siano stati precisati e definiti i singoli elementi di fatto che integrano a carico di ciascun contraente l'obbligazione propria, in relazione alle finalità che ciascuna delle parti persegue*”.

159 Una libertà di configurazione e articolazione procedimentale ci sembra sia stata riconosciuta, seppure implicitamente e indirettamente, da G. B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., 257, il quale, nel sostenere che l'accordo parziale, e cioè dotato di punti riservati, non può ritenersi concluso in quanto (tra le altre cose) insuscettibile di essere completato tramite il ricorso alla disciplina suppletiva, conclude che “*in questa ipotesi, infatti, le parti non hanno tanto lasciato una lacuna nel regolamento contrattuale, quanto hanno consapevolmente proposto un meccanismo più complesso per la formazione del contratto*”.

160 E. ROPPO, voce *Contratto*, II, *Formazione*, cit., 4; A. FUSARO, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 201 ss., spec. p. 209, secondo cui l'accordo parziale può avere valore di contratto “*quando contenga l'indicazione dei suoi elementi essenziali e risulti - anche in base al comportamento successivo delle parti, inteso a dare esecuzione all'accordo risultante da detta minuta, sempreché tale comportamento sia univoco e non consenta una diversa interpretazione - che le parti abbiano inteso vincolarsi definitivamente*”; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 229; A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Formazione*, a cura di C. Granelli, *Trattato del contratto*, cit., 445; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 83. In giurisprudenza, da ultimo: Trib. Milano, 18 luglio 2016, in *Contratti*, 2017, 297 ss., con nota di G. PETTI, *Gli accordi preparatori tra puntuazione di clausole e perfezionamento del contratto*, dove si sottolinea che in questi casi l'indagine interpretativa ha ad oggetto “*il volere della stipulazione*”, il che implicherebbe “*la rilevanza del comportamento “unilaterale” di ciascuno dei soggetti coinvolti nella trattativa*”, ai sensi dell'art. 1362 c.c. (pp. 313-314); Cass., 18 gennaio 2012, n. 667, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, I, 42; Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, II, 174; Cass. 29 marzo 1995, n. 3705, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 716; Cass. 7 gennaio 1993, n. 77, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 110; Cass. 6 giugno 1983, n. 3856, in *Riv. dir. comm.*, 1984, II, 187.

Eppure, a nostro avviso, la sua effettiva portata andrebbe ridimensionata alla luce delle affermazioni di corredo rinvenibili nella dottrina che, pur condividendo questo genere di soluzione, da una parte tende a circondarla di cautele, e dall'altra riconduce la formazione progressiva del contratto all'operare di schemi tipici, nel tentativo di precisare la regola tecnica in base alla quale può essere affermato il prodursi dell'evento conclusivo.

Nell'ambito del primo gruppo di affermazioni menzionate sono da inserire le opinioni che, pur condividendo la premessa che l'autonomia privata ha il potere di vincolarsi con lo strumento contrattuale su contenuti limitati rispetto a tutto quando è stato oggetto di discussione nel corso della trattativa, precisano che è essenziale che risultino sufficientemente determinati la causa e il tipo delle prestazioni contrattuali. Affermano cioè che i punti tralasciati devono essere *“legalmente determinabili”*<sup>161</sup>, o rimarcano che il contratto su contenuti incompleti si concluderebbe sempre a condizione che la lacuna riguardi elementi secondari del regolamento (come ad esempio le modalità di esecuzione)<sup>162</sup>. Oppure, ancora, si cautelano affermando che alla conclusione del contratto sui soli punti essenziali si perviene alla doppia condizione, da un lato, che una delle parti non si fosse riservata di *trattare* ulteriormente; e, dall'altro, che i punti accessori *“la cui regolamentazione sarebbe stata tuttavia opportuna”*, non fossero emersi nelle trattative, configurando altresì in capo alla parte che intendesse proseguire il processo formativo un *“onere di parlare”*, ossia di dichiarare che intende *“ancora aperto il procedimento di formazione del contratto”*<sup>163</sup>.

Nell'ambito del secondo gruppo di affermazioni invece, si è sostenuto che alla conclusione di un contratto tramite il raggiungimento di un accordo su alcuni soltanto dei punti toccati nelle trattative, si arriverebbe per il tramite di una vera e propria proposta, il cui contenuto rispecchia le intese raggiunte fino a quel momento (necessariamente parziali, ri-

---

161 C. M. BIANCA, *loc. ult. cit.*

162 L. GIORGIANNI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., 577-578; F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, cit., 868, il quale ammette che *“possa darsi la prova che le parti intesero considerare il contratto come formato”* pur non avendo raggiunto l'accordo su aspetti di disciplina (specie relativi alle modalità di esecuzione) tali da non *“compromettere la sostanza e la validità dei punti già concordati”*. Se ne deduce quindi che le intese *“su taluni punti”* possono, a seconda dei casi, costituire un vero e proprio contratto oppure un mero accordo parziale, i cui contenuti *“le parti sono obbligate a inserire nel contratto (lo chiameremo, per intenderci, integrale) se e in quanto decidano di stipularlo”*, trattandosi in quest'ultimo caso di un contratto preparatorio; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 84-85,

163 E' l'opinione di A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 84-86, che ritiene indispensabile la *“sufficienza del contenuto contrattuale”* quanto agli elementi essenziali del contratto, il quale dovrebbe essere tale *“da costituire un normale e completo contratto”*, specificando però anche che, qualora per il contratto sia richiesta la forma scritta, in tale forma dovrà risultare l'eventuale intesa di continuare le trattative, e che qualora la trattativa debba continuare, le parti non sarebbero vincolate a tenere ferme le clausole inizialmente concordate, le quali costituirebbero niente più che *“punto di contatto, che è sempre collegato e condizionato al verificarsi dell'accordo sull'intero contenuto contrattuale”*.

spetto all'ampiezza del "*possibile assetto negoziale*"), seguita dall'accettazione della controparte<sup>164</sup>. In particolare, secondo questa opinione, nelle valutazioni delle parti il contratto concluso su un contenuto incompleto, che rispecchia solo parzialmente i punti di discussione emersi nelle trattative, sarebbe di per sé idoneo a disciplinare compiutamente i loro interessi: si tratterebbe quindi di un vero e proprio contratto perfetto il quale è in grado di realizzare immediatamente la propria funzione economica (e non già di un accordo preliminare, vincolante e di natura procedimentale, che si completa con una successiva intesa sugli ulteriori punti oggetto di discussione).

Due critiche possono muoversi a questa ricostruzione. Anzitutto, essa finisce per l'innestare in un procedimento formativo atipico (qual è quello che prende il nome di "formazione progressiva del contratto") le regole tecniche di un procedimento tipico (1326 c.c.), sicché alla conclusione del contratto si arriverebbe attraverso il più classico degli atti conclusivi tipici: l'accettazione. Inoltre, finisce per inquadrare i problemi posti dalle trattative complesse sempre nella dicotomia di soluzioni riassumibile nell'alternativa tra perfezione e non perfezione del contratto, senza lasciare spazi ad accordi di natura procedimentale<sup>165</sup>.

## 6.2. Osservazioni critiche.

Nel passaggio dalle affermazioni teoriche alle applicazioni pratiche, il criterio dell'accordo (ridotto a volontà impegnativa) si accompagna, quando non proprio ad affermazioni tratte, quali sono quelle che si limitano a stabilire che il contratto può dirsi concluso solo quando risulti provato un corrispondente intento conclusivo delle parti, quantomeno a manifestazioni di disagio sul piano probatorio. In particolare, le difficoltà riscontrate nel provare (e nel ritenere provata) la sussistenza dell'*animus contrahendi* hanno portato

164 L'opinione riportata nel testo è di V. FRANCESCHELLI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Contratti*, 1993, 142 ss. In particolare, secondo l'autore, "*v'è un momento nell'articolato intrecciarsi di trattative complesse, quando l'assetto raggiunto, sebbene incompleto, soddisfa una parte, che lo fa proprio, rendendolo "proposta" in senso tecnico. Se l'altra parte, vista la nuova situazione, a sua volta accetta l'assetto raggiunto e fatto proprio dalla controparte, allora si può dire che il contratto è formato, anche se non è stata raggiunta una identità di consensi sull'intero possibile assetto negoziale*".

165 Non così A. RAVAZZONI, *loc. cit.*, il quale avverte che potrebbe darsi una "*divisione del divisato contenuto contrattuale*", allorché le parti, pur ritenendosi vincolate all'accordo sui soli punti fondamentali, proseguano in via autonoma le trattative, al fine "*integrarlo con l'aggiunzione di altri punti, ove su di essi si pervenga all'accordo (o addirittura, ritenendo tale accordo ulteriore come nuovo contratto distinto dal precedente)*".

i giudici ad introdurre un automatismo nelle regole tecniche sulla conclusione del contratto, innestando sul criterio dell'accordo un elemento presuntivo fondato sulla completezza dell'autoregolamento. Secondo la giurisprudenza, infatti, un elevato grado di completezza del contenuto della dichiarazione costituisce un indice della sussistenza della volontà di obbligarsi, salvo che si provi che nelle parti difettava “*l'attuale effettiva volontà ... di considerare concluso il contratto*”<sup>166</sup>; mentre l'incompletezza del regolamento comporta “*una presunzione di mancato accordo*”<sup>167</sup>.

In dottrina sono state espresse critiche e perplessità nei confronti della particolare declinazione che il criterio dell'accordo riceve nel momento dell'applicazione: laddove assume, appunto, sembianze presuntive fondate sulla completezza dell'autoregolamento, le quali introducono un automatismo nella valutazione dell'esistenza della “volontà attuale di vincolarsi”, imprescindibilmente legata al momento conclusivo<sup>168</sup>.

Più incisivamente, alcuni autori hanno formulato dei veri e propri correttivi alla regola presuntiva: da un lato, ricostruendo alcuni meccanismi interruttivi; dall'altro, articolando il procedimento di formazione progressiva del contratto in modo tale da superare la rigidità legate alla necessità di accertamento di una “volontà attuale di vincolarsi”, con cui la giurisprudenza è solita dare soluzione al problema della conclusione di un contratto.

---

166 Così, letteralmente, Cass. 2 ottobre 2007, n. 20701, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 10.

167 L'orientamento risale a Cass., 30 marzo 1994, n. 3158, in *Foro it.*, 1994, I, 2719. Si vedano poi: Cass. 22 agosto 1997, n. 7857, in *Foro it.*, 1998, I, 878; Cass., 18 gennaio 2005, n. 910, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass., 14 luglio 2006, n. 16118, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass., 2 dicembre 2008, n. 28618 in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 12, 1730.

168 In senso critico si vedano infatti: F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, in *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato*, cit., 602, che accusa la giurisprudenza di risolvere il giudizio sulla conclusione del contratto su basi astratte e quantitative; A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, cit., 446, per il quale “*la distinzione tra minuta, priva di valore conclusivo, e accordo definitivo non risulta solamente da elementi di carattere oggettivo, ma anche e soprattutto dalla volontà dei contraenti*”; V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, spec. 171-172, dove si considera decisivo il criterio dell'effettivo intento manifestato dalle parti. Problemi analoghi sono stati affrontati anche in altri ambiti. In primo luogo viene in rilievo la questione della forza vincolante delle clausole di stile, ritenute inefficaci dalla giurisprudenza perché inidonee a esprimere una specifica volontà, ma in relazione alle quali secondo la dottrina bisognerebbe dare prova del carattere non volontario (da ultimo, G. IORIO, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, VI, 657 ss.). In secondo luogo può essere proficuo un confronto con il principio di conformità tra proposta e accettazione, che secondo una parte della dottrina sarebbe da intendere ed applicare con una certa flessibilità (A. BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova, 1992, spec. p. 35, secondo cui “*la conformità deve, pertanto, essere intesa come conformità giuridica tra proposta e accettazione sotto tutti i profili giuridicamente rilevanti che concorrono alla determinazione del regolamento di interessi*”, per cui ad esempio dovrebbe ammettersi la conformità tra una proposta recante una clausola nulla e un'accettazione che cancelli tale clausola).

Quanto al meccanismo interruttivo, un'ipotesi sarebbe stata contemplata nella disciplina dell'affiliazione commerciale, quindi nel settore dei contratti d'impresa, nel quale (pur non escludendosi l'uso di condizioni generali di contratto) “*il perfezionamento dell'operazione presuppone una complessa (e, il più delle volte, tutt'altro che rapida) attività di negoziato contrattuale*”<sup>169</sup>. Tale sarebbe la funzione dell'art. 4, comma I, della l. 129/2004, che impone all'affiliante, presumibilmente a trattative concluse, di consegnare alla controparte “*copia completa del contratto da sottoscrivere*”. Questo obbligo non sarebbe espressivo di un “interesse al documento”<sup>170</sup>, ma svolgerebbe proprio la funzione procedimentale di sottrarre questo tipo di rapporti commerciali all'automatismo conclusivo legato alla completezza, mediante la concessione all'aspirante affiliato di uno *spatium deliberandi* di trenta giorni prima di procedere all'effettiva sottoscrizione.

Con riferimento invece alla necessaria esistenza di una volontà attuale di vincolarsi, si è sostenuto che un vincolo di natura contrattuale potrebbe venire in essere, nell'ambito del procedimento di formazione progressiva del contratto, pur quando “*l'intento positivo (di concludere l'affare) non è ancora giunto a definitiva maturazione*”. In particolare, tra quest'ultimo tipo d'intento e “*l'intento giuridico negativo circa la conclusione dell'affare*” vi sarebbe ancora spazio per una figura contrattuale, il cosiddetto “preliminare di preliminare”, la cui funzione a livello tipologico si apprezzerrebbe appunto in ciò: che nel segnala-

---

169 G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 5 ss.; ID., *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., 74, ove si afferma che “*la contrattazione che si realizza tra le imprese nei mercati intermedi ... risponde (pur sempre) al modello (proprio del “contratto di diritto comune”) della contrattazione “individuale” (che vede la conclusione del contratto quale esito, generalmente, di lunghe e complesse trattative, a volte fortemente personalizzate, come avviene ad esempio nelle relazioni contrattuali - cui abbiamo più volte fatto cenno in queste pagine - che implicano investimenti “specifici”*”.

170 Da parte di altri autori infatti è stato ritenuto che l'obbligo di consegna di una copia del contratto “*non possa che logicamente e temporalmente seguire la conclusione del contratto, giacché la sua funzione - garantire la conoscibilità piena ed effettiva del regolamento contrattuale cui il consumatore si è assoggettato - dovrebbe richiedere necessariamente l'avvenuta e definitiva chiusura del procedimento formativo del contratto*”: così A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 273. Vedi inoltre: R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, spec. pp. 106-107, per il quale “*la disposizione attinente alla consegna della copia del documento non può essere letta né in vista della imposizione (implicita, attraverso lo strumento della indispensabile previa documentazione) della forma scritta del contratto, né in funzione della mera utilizzazione processuale*”, ponendosi invece “*squisitamente in funzione dell'interesse delle parti del contratto ... ad ottenere la disponibilità del documento*”. Nel settore bancario disposizioni analoghe sono rinvenibili nella normazione secondaria, nella quale si prevede il dovere della banca di consegnare la bozza del contratto al cliente che ne fa richiesta: da ultimo, P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 186.

re che “*l’intento positivo (di concludere l’affare) non è ancora giunto a definitiva maturazione*”, soddisfa l’interesse a “bloccare l’affare” senza comportare un vincolo definitivo<sup>171</sup>.

## **7. Delimitazione ulteriore dell’ambito dell’indagine: il regolamento di interessi “incompleto” nella prospettiva dell’autonomia privata procedimentale.**

Ai fini del successivo svolgimento dell’indagine deve essere rilevato che, finora, il problema dell’ “accordo parziale” si è risolto nella questione della conclusione (o meno) del contratto-fattispecie, inteso quale unico atto idoneo a generare il vincolo giuridico in ordine al regolamento di interessi sostanziale. La fattispecie infatti dà luogo a un sistema “chiuso” di valutazioni: all’interno del quale cioè l’accordo parziale rileva o come contratto concluso o come atto meramente procedimentale<sup>172</sup>.

A nostro avviso, andrebbero specificamente indagate natura e funzione dell’accordo parziale laddove le parti decidano di organizzare e realizzare i propri interessi negoziali attraverso lo schema procedimentale.

In questo campo l’approccio tradizionale si rivela profondamente inadeguato e finisce col frustrare l’autonomia, perché ne riduce le manifestazioni allo schema organizzativo formale del contratto-fattispecie: al quale si ricollega la nascita di un vincolo giuridico di tipo sostanziale solo all’esito di una verifica sulla volontà, che risulta (come si è visto) presuntivamente legata al grado di completezza dell’accordo raggiunto, con conseguente ne-

---

171 Ancora G. D’AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 40 ss. (le citazioni riportate nel testo si riferiscono alla pagina 64), che ne riscontrare la natura contrattuale del preliminare di preliminare (sul quale vedi ampiamente *infra* Capitolo III, §§ 3 e 4) rifiuta l’approccio basato sulla diversità contenutistica tra più accordi preliminari tra loro successivi, differenziandoli invece quanto alla *defettibilità* dell’obbligo di contrarre scaturito dal primo preliminare, “*in quanto la sua inosservanza (che sopravvenga all’esito, evidentemente negativo, delle verifiche “esterne” che il contraente abbia compiuto) è sanzionata soltanto con il risarcimento del danno, e non può giammai portare alla realizzazione coattiva dell’effetto del contratto mancato*” (p. 61). Per quanto qui maggiormente interessa rilevare, si afferma che il filone giurisprudenziale che lega la conclusione del contratto alla presenza di un attuale intento conclusivo non opera nel caso in cui le parti, raggiungendo un accordo contenutisticamente completo, abbiano voluto stipulare un contratto pre-preliminare, il quale “*vincola (“a contrarre”, e precisamente) a stipulare il “preliminare”*”, sottraendo i contraenti al rischio di perdere l’affare in ulteriori trattative, ma nel contempo soddisfa l’esigenza “*che essi in ipotesi possono parimenti avere (o che uno solo di essi può avere) di non essere considerati ancora “definitivamente” vincolati*”. (p. 60, nota 50).

172 Vedi per tutti E. ROPPO, voce *Contratto*, II, *Formazione*, cit., 4, dove si afferma che “*i punti sopra i quali si è formato l’accordo parziale, non costitutivo del contratto, danno luogo alla c.d. minuta, o puntuazione*”. Il problema della natura giuridica e della funzione degli accordi parziali sarà specificamente affrontato nel Capitolo III, § 2.

cessità di fare riferimento a regolamenti di interessi astratti, tratti da rapporti contrattuali legalmente o socialmente tipizzati<sup>173</sup>.

Solo nel diverso contesto procedimentale, invece, la valutazione di completezza dell'accordo può ricevere l'opportuna concretizzazione alla luce degli effettivi interessi manifestati delle parti contraenti nei diversi stati della sequenza procedimentale: intesa, quest'ultima, quale schema organizzativo del tutto alternativo alla fattispecie, in cui l'autonomia privata tipicamente si esprime realizzando gradualmente gli interessi negoziali.

In particolare, occorre prendere le mosse dal fatto che solo nel dilatato contesto procedimentale la valutazione di completezza può essere calata nel contesto concreto della complessiva relazione tra contraenti, favorendo l'emersione di "regolamenti incompleti" la cui rilevanza occorre indagare<sup>174</sup>, non potendo essere la stessa assegnata al cosiddetto "accordo parziale" nel sistema chiuso della fattispecie.

L'indagine si fonda, da un punto di vista teorico, sulla possibilità di apprezzare il procedimento quale categoria tecnica idonea a descrivere l'intero ciclo dell'autonomia, e non solo la fase formativa<sup>175</sup>; e si giustifica, dal punto di vista pratico, con riferimento all'esigenza di valorizzare l'interesse alla procedimentalizzazione delle fasi contrattuali, la cui meritevolezza è stata di recente riconosciuta anche in giurisprudenza<sup>176</sup>, al fine di assicurare ampia tutela alla libertà negoziale dei privati.

Procederemo, quindi, dapprima delineando un concetto di incompletezza, nel tentativo di rispondere all'esigenza di innovare il sistema delle valutazioni formali<sup>177</sup>, e col proposito di coniare una figura di qualificazione che sia idonea a descrivere l'andamento evolutivo della sequenza procedimentale in cui, per volontà dei contraenti, si articola l'operazione economica. In seguito, faremo emergere le ipotesi codicistiche che, a nostro avviso, di tale qualificazione sono espressione. Infine, applicheremo il concetto di incompletezza ad alcune sequenze procedimentali traslative invalse nella contrattazione immobiliare.

---

173 Di "possibile assetto negoziale" parla, ad esempio, V. FRANCESCHELLI, *loc. ult. cit.*

174 Prendendo a prestito le parole di G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 309, si tratta di figure "di mezzo", il cui studio si colloca nel tema della formazione (in senso ampio) del contratto ma senza potersi però inquadrare interamente nella "dimensione dinamica della formazione dell'accordo", né nella "dimensione statica del contratto assunto come concluso".

175 Vedi *supra* § 3.

176 Vedi *infra* Capitolo III, § 3.

177 Come auspicato, in dottrina, da G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, 3, secondo cui appunto è necessario "costruire ex novo il sistema di valutazioni formali, nel quale la vicenda traslativa ... si realizza".

## CAPITOLO II

### Il regolamento “incompleto” nella prospettiva dell’autonomia procedimentale

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa terminologica. 2.1. Figure di “incompletezza” nel codice civile. 2.2. La determinabilità dell’oggetto nell’ottica del contratto perfetto. 2.3. La fenomenologia dell’incompletezza nella dinamica negoziale introdotta dalla determinabilità: prima verifica critica (teorica). 2.4. Seconda verifica critica (pratica). 3.1. Il patto sulla forma. 3.2. “*Volere e disvolere*”. Il trattamento giuridico del contratto amorfo. 3.3. “*Volere e disvolere*”. Il problema della revoca tacita. 3.4. Inammissibilità della revoca tacita: un approccio funzionale. 3.5. La fenomenologia dell’incompletezza nella dinamica negoziale introdotta dal patto. 4. Rapporti col patto di ripetizione. 5. Spunti critici sulla natura giuridica dell’evento conclusivo.

#### 1. Una necessaria premessa terminologica.

E’ il momento di fornire alcune precisazioni, indispensabili al proseguo dell’indagine, circa l’impiego dei termini completo/incompleto con riferimento al contratto. Tra gli interpreti infatti, a prima vista, non se ne riscontra un uso che consenta di enucleare un significato univoco o quantomeno sufficientemente condiviso, specie in relazione a concetti affini.

In primo luogo l’incompletezza presenta un’affinità semantica con l’imperfezione dell’atto, la quale risulta dal confronto tra gli elementi della fattispecie astratta e di quella concreta: nel senso che quest’ultima è imperfetta in mancanza di una coincidenza totale o in presenza di un elemento incompatibile con la prima<sup>178</sup>. In particolare, non è infrequente

178 Così A. FALZEA, *La condizione*, cit., 25, che configura la seguente dicotomia: “*completa coincidenza tra gli elementi realizzati e la previsione legale, contenuto nella parte ipotetica della norma giuridica: ed in tal caso la fattispecie che non manca di alcun elemento o requisito, si dirà perfetta. Parziale coincidenza tra la situazione concreta e lo schema legale: ed in tal caso la fattispecie, che risulta difettosa di qualche elemento o requisito, oppure presenta qualche elemento o requisito considerato dalla norma incompatibile con la composizione giuridica del fatto, si dirà imperfetta*”; ID., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 25. Per l’irrelevanza della distinzione, in seno alla fattispecie, tra requisiti di validità ed efficacia vedi anche A. CATAUDELLA, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, cit., 438, per il quale “*l’invalidità o inefficacia della fattispecie si sostanzia egualmente nella inidoneità della medesima a realizzare, almeno in modo durevole, gli effetti giuridici suoi propri (inefficacia in senso lato); per cui il fatto che alla mancanza od al vizio di un elemento si ricollegli l’una o l’altra conseguenza non fornisce un indice per individuare una differenza di gradi sotto il profilo della efficacia causale, dato che ogni elemento appare ugualmente indispensabile per il verificarsi degli effetti*”. Sull’individuazione dei contorni della previsione legale del fatto, dal cui confronto col fatto concreto scaturisce la qualifica perfetto/imperfetto, si vedano inoltre le acute osservazioni di R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, cit., 505-506, il quale, con riferimento alle ipotesi di contratto valido inefficace, da un lato osserva che l’individuazione della fattispecie legale da parte dell’interprete è spesso “*arbitraria*”, e di conseguenza la corrispondenza di una fattispecie concreta al suo modello legale può diventare “*altamente platonica*”; dall’altra riconosce che una distinzione



che gli aggettivi incompleto e imperfetto siano usati promiscuamente per descrivere la fattispecie difettosa, mancante di un elemento costitutivo<sup>179</sup>.

In secondo luogo, nella dottrina traspare un'affinità semantica tra incompletezza e regolamento contrattuale lacunoso, esposto a processo di integrazione ai sensi dell'art. 1374 c.c.<sup>180</sup>

In terzo e ultimo luogo, un'ulteriore sovrapposizione di significati è rilevabile con riferimento al contratto *non formato*, per cui si definisce incompleto il contratto del quale semplicemente non sia andato a buon fine il processo formativo<sup>181</sup>.

Una dottrina si è sforzata di riservare all'incompletezza un valore autonomo, nel tentativo di individuare quelle sfumature di significato che autorizzano ad un impiego differenziato della parola. In questo uso specifico, l'incompletezza è una qualifica del contratto *in formazione*, ossia un attributo impiegato per la qualificazione degli accordi parziali raggiunti dalle parti nella fase precontrattuale, la quale verrebbe “*indiscutibilmente qualificata*” (rispetto alle semplici trattative) dalla “*fondata attesa*” che l'accordo “*finisca per essere raggiunto*”<sup>182</sup>.

---

concettuale tra elementi costitutivi e ulteriori elementi necessari per l'efficacia quantomeno “*può rendere utili servizi, perché rende più svelto il ragionamento del giurista*”.

179 Per un uso promiscuo dei due termini si vedano: A. AURICCHIO, *La simulazione*, cit., 191, secondo cui la completezza (della fattispecie) è un presupposto della (sua) validità, perciò “*negozio valido è il negozio con struttura completa*”. Ambiguità terminologiche si ritrovano anche in: C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 332-333, secondo cui “*il contratto che deferisce al terzo la determinazione dell'oggetto non è un contratto incompleto o in via di formazione*”; E. GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 291 ss., il quale, nel domandarsi “*se il contratto in cui è inserita una clausola di arbitraggio sia un contratto completo o incompleto*”, afferma che “*la questione, esposta nelle sue grandi linee, può sostanzialmente essere ridotta all'alternativa se il contratto con clausola di arbitraggio sia già fin dall'origine perfetto*” (p. 291). Rileva invece la promiscuità terminologica, ma conclude che delle due espressioni sarebbe possibile dare solo una definizione stipulativa: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992, 53.

180 Per questo impiego si vedano: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., 93, dove si afferma, seppure al fine di smentirlo, che se per lacuna deve intendersi “*un vuoto del regolamento contrattuale*”, allora la norma integrativa “*assume una vera e propria funzione di completamento della cosiddetta fattispecie legale, consentendo al regolamento predisposto di operare*”.

181 In questo senso vedi ad esempio R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 89, il quale, ragionando in materia di completezza della proposta, analizza il caso in cui il proponente indichi i soli elementi essenziali, rilevando che si pongono in contrasto due esigenze: “*da un lato quella di non sacrificare la libertà contrattuale, tenendo i contraenti impegnati rispetto ad un accordo che in realtà tale non è (per l'incompletezza) e potrà non esserlo mai*”; *dall'altro quella di tutelare la buona fede contrattuale (che può risultare gravemente turbata, se una delle parti contesta l'accordo raggiunto, adducendo la mancata intesa su qualche punto, anche di scarso rilievo, non ancora disciplinato)*”. Da parte di taluni si precisa però la differenza tra formazione e perfezione del contratto, intendendo per quest'ultima “*la completa attitudine dell'atto a produrre le conseguenze sue proprie*”, la quale dipenderebbe “*da fattori che possono verificarsi anche posteriormente*” alla formazione: nel senso che “*il negozio è nel frattempo formato, e quindi nessuno dei contraenti può revocare la sua manifestazione di volontà, ma non è perfetto e finché non lo diventi non può spiegare la efficacia che gli è propria*” (così G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 28).

182 Così G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., 257, nota 48, con specifico riferimento alla presenza di punti riservati nel corso delle trattative. Sul punto si richiama la più ampia trattazione

Secondo questa opinione si realizza una fattispecie “incompleta”, non già semplicemente imperfetta o non formata, in presenza di due concomitanti presupposti: 1) quando il processo formativo del contratto sia stato anzitempo interrotto per la presenza di una riserva di volontà, 2) ma sussistono ragioni che fanno sensatamente presagire la sua ripresa verso una positiva conclusione.

L'intuizione del concetto di incompletezza passa dunque attraverso un esame delle ragioni dell'interruzione del processo formativo, alla luce delle quali apprezzare le reciproche “attese” in ordine alla futura conclusione del contratto; anche se lo sforzo analitico che ha condotto a differenziare detta ipotesi non si è poi tradotto nell'elaborazione di un trattamento giuridico differenziato. Infatti, nell'ambito dello schema organizzativo della fattispecie, nel quale non solo la dottrina appena richiamata continua a muoversi<sup>183</sup>, l'incompletezza dell'accordo – in modo non dissimile da altre ipotesi di imperfezione della fattispecie contrattuale – sostanzialmente *preclude* la realizzazione degli interessi delle parti (rilevando, al limite, ai fini della *culpa in contrahendo*), nel senso che la nascita di qualsivoglia vincolo negoziale rimane strettamente legata al momento conclusivo, cioè allo scioglimento della riserva<sup>184</sup>.

---

offerta nel Capitolo I, § 6, spec. nota 155.

183 Lo stesso deve dirsi del contratto deliberatamente incompleto, caratterizzato dal fatto che al momento della conclusione le parti lasciano non regolati alcuni punti, sui quali si riservano di trovare l'accordo in un momento successivo, senza indicare il criterio alla stregua del quale svolgere la successiva determinazione, ma al più delineando *ex ante* le procedure di decisione (ad esempio: trattative, diritto di proporre associato a recesso, intervento del terzo in caso di fallimento delle trattative). Si tratta di una tecnica contrattuale utile in presenza di operazioni economiche dotate di complessità (perché consente la gestione del rischio di sopravvenienze e un'efficace soluzione del problema dell'incompletezza economica dei contratti), la quale però, poiché è indagata in una logica di contratto-fattispecie, suscita inevitabilmente l'interrogativo del perfezionamento: vedi infatti R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, cit., 130, secondo cui si tratta di un contratto non concluso in quanto risponde a uno schema perplesso “*vogliamo così come avremo voluto*”; *contra* A. FICI, *Il contratto incompleto*, cit., spec. 152 ss., secondo cui il contratto caratterizzato da un'incompletezza strategica è un contratto perfetto ad oggetto determinabile, improduttivo di effetti (salve comunque le obbligazioni accessorie o strumentali a quelle principali) limitatamente alla parte di regolamento affetto da incompletezza, fino all'esaurimento della procedura di determinazione. Sempre nell'ambito dello schema organizzativo della fattispecie sono da collocare le riflessioni di F. BOTTONI, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, Napoli, 2013, spec. 173 ss., secondo cui si potrebbe attribuire “*un margine di operatività all'accordo incompleto, avuto riguardo ai distinti punti di equilibrio raggiunti in relazione ai divergenti e non ancora composti interessi delle parti*” (p. 174) ed espressi con la previsione convenzionale di un “*range all'interno del quale definire successivamente l'esatta quantificazione*” della prestazione: nel senso che, ferma restando la libertà di “*condurre o meno l'ulteriore trattativa che potrebbe portare ad un punto di equilibrio diverso da quello preventivato con l'intesa parziale*”, *medio tempore* ciascuna delle parti potrebbe “*agire per ottenere la prestazione alle condizioni per lei meno vantaggiose*” (p. 178-179).

184 Come rileva anche G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 8, dove dal punto di vista della fattispecie contrattuale si rileva che “*il fissarsi dell'accordo sopra alcuni punti può dar luogo, secondo le circostanze, a una “fondata attesa” allo scioglimento della riserva anche sui punti rimasti ancora aperti; ma è pure vero che tale “fondata attesa” non può trovare altro strumento di protezione se non quello*

E' bene quindi evidenziare che l'attesa evolutiva che si accompagna alla qualifica di incompletezza dell'accordo parziale non implica un "obbligo di completare la fattispecie"<sup>185</sup> il quale com'è noto caratterizza la fattispecie a formazione successiva<sup>186</sup>, né integra un "diritto al contratto" che connota invece, secondo un'autorevole dottrina, i rapporti giuridici preparatori<sup>187</sup>; ma dipende unicamente dallo scioglimento della riserva di volontà.

Purtuttavia, ci pare che continuare a marcare la distinzione tra incompletezza e semplice imperfezione non sia inutile, potendo condurre ad apprezzabili risultati pratico-applicativi. Ciò in quanto mentre l'imperfezione segnala l'incongruenza tra il contratto concreto e la sua previsione legale ed è quindi un concetto statico; l'incompletezza invece contiene un "inedito" elemento dinamico, che vale a differenziarla a livello concettuale da ogni altra ipotesi (più o meno grave) di *mera* imperfezione e che consiste nell'attesa di sviluppo che in determinati casi può caratterizzare il contratto non perfettamente sussumibile nel modello legale. Proprio alla luce di tale elemento dinamico ad esempio è possibile stabilire, almeno concettualmente, la differenza che intercorre tra l'accordo parziale accompagnato da riserva di volontà, di cui si è parlato finora; e le altre ipotesi di imperfezione rilevanti nella fase formativa, quali ad esempio il "disaccordo" (o "dissenso palese") da una parte, e il cosiddetto "dissenso occulto" dall'altra. Infatti il "disaccordo" impedisce la formazione del contratto, che è considerato *inesistente*; mentre nel "dissenso occulto" la diversità di significati attribuiti alla manifestazione negoziale da ciascuno dei contraenti determina solo una parvenza di accordo, dando luogo a una vera e propria *invalidità*<sup>188</sup>. E' evidente infatti che le parti non rimanderebbero ad un momento successivo la discussione su un punto riservato, se ritenessero insuperabile il contrasto di opinioni e di interessi che su quel punto si è cristallizzato.

---

*derivante dalla norma dell'art. 1337 c.c.*" (p. 8). Allo stesso modo G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., 254, dove l'accordo parziale e l'ipotesi di disaccordo sono trattati unitariamente quali ipotesi di contratto non formato (sui cui vedi *amplius* nota 155).

185 Sul quale vedi D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 281, dove si precisa che "quest'obbligo non ha necessariamente un contenuto negativo, ma può avere anche un contenuto positivo, allorché gli ulteriori elementi della fattispecie debbano essere realizzati attraverso un contegno positivo del contraente".

186 Sulle differenze tra procedimento e fattispecie a formazione successiva vedi *supra* Capitolo I, § 3.

187 G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 32, dove si parla di "diritto all'introduzione di un determinato assetto di interessi".

188 Sulla differenza tra le ipotesi di contratto non formato, quindi inesistente, e contratto invalido per mancanza di accordo vedi in generale: C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 616, secondo cui la mancanza di accordo deve intendersi come "mancanza della fattispecie oggettiva in cui si identifica giuridicamente l'accordo", mentre l'inesistenza del contratto si verifica quando "non vi è un atto socialmente valutabile come accordo"; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 744-746, dal quale il dissenso occulto viene inquadrato tra le ipotesi di nullità per mancanza di accordo, e il dissenso palese tra quelle di inesistenza del contratto.

Per un verso, quindi, il giudizio di incompletezza è più ampio di quello di imperfezione, perché non si limita a fotografare un'incongruenza con la fattispecie astratta ma prende in considerazione le ragioni che inducono le parti ad arrestare il processo formativo del contratto, per valutarne un probabile successivo esito positivo. Per altro verso l'incompletezza non si presenta come una *mera* imperfezione, bensì quale situazione *qualificata* di imperfezione: caratterizzata cioè da un elemento certamente incompatibile col modello legale di contratto (la riserva di volontà), al quale nel contempo si ricollega una concreta attesa evolutiva in ordine alla conclusione.

Per questa ragione, a nostro avviso il concetto di incompletezza potrebbe essere valorizzato in un contesto diverso, per condurre ad apprezzabili risultati pratico applicativi.

Infatti: se il nucleo del fenomeno risiede in un elemento dinamico, che si esprime nell'attesa evolutiva generata dal comportamento dei privati in ordine alla costruzione di un assetto di interessi; se, ancora, il suo fondamento generale va individuato in un principio di conservazione, in quanto la qualifica di incompletezza sostanzialmente impedisce la "dispersione di valore" di atti e comportamenti che altrimenti, nella logica della fattispecie, non sarebbero significativi se non nell'ottica del sistema "chiuso" di valutazioni cui essa dà luogo (contratto/non contratto); se tutto ciò è condivisibile, allora l'elemento dinamico che caratterizza l'incompletezza, e che manca totalmente nell'imperfezione, ne fa uno strumento concettuale estremamente utile in un contesto procedimentale, laddove occorre scandire l'andamento evolutivo dell'operazione negoziale.

Più in particolare, quando per volontà dei contraenti gli interessi negoziali sono destinati a realizzarsi gradualmente attraverso uno schema procedimentale, l'incompletezza del regolamento non può che avere il significato di *preludere* il successivo sviluppo dell'operazione negoziale: destinata ad evolvere, per gradi e in assenza di vincoli obbligatori, verso la piena realizzazione dell'operazione economica.

Perciò si può pensare di riferire, in via sperimentale, la qualifica di incompletezza al regolamento di interessi destinato a realizzarsi in forma procedimentale, prescindendo da rigide collocazioni di esso in fasi (precontrattuali o contrattuali), al fine di descrivere l'andamento evolutivo della sequenza. Nell'ottica del procedimento, infatti, lo sviluppo graduale dell'operazione economica costituisce il portato logico-giuridico dell'originaria scelta organizzativa a carattere configurativo<sup>189</sup> dei contraenti: in base alla quale essi esercitano

---

189 Vedi *supra* Capitolo I, § 3.

il potere di autonomia in forme procedimentali, realizzando i propri interessi negoziali progressivamente e liberamente, nel corso di una sequenza articolata.

Questa originaria decisione organizzativa, del tutto estranea alla logica della fattispecie, da un lato dovrebbe orientare l'interprete verso sistemazioni dinamiche dei fenomeni indagati (anche se molto spesso, come si vedrà, parte della dottrina si esprime diversamente<sup>190</sup>); dall'altro impone di considerare la possibilità di una genesi progressiva del vincolo contrattuale, attraverso la graduale realizzazione degli interessi negoziali, in assenza di vincoli strumentali e avendo esclusivamente riguardo alla componente "reale" dell'agire procedimentale, cioè ai comportamenti (realizzativi e non) delle parti<sup>191</sup>. A questa stregua, come si vedrà, l'interprete dovrà esaminare il comportamento complessivo delle parti (art. 1362 c.c.).

Al fine di concettualizzare meglio la componente "reale" dell'agire procedimentale, conviene peraltro rifarsi agli studi di autorevole dottrina che, dedicandosi ai problemi della formazione dell'accordo contrattuale, distingue tra "*affidamento generico*", il quale sorge in base alla "*mera volontà di ricevere una promessa*"<sup>192</sup> e si caratterizza per il fatto che il promissario "*non fa o non omette di fare nulla di specifico o di importante sulla base della promessa e dell'affidamento che questa suscita in lui*"<sup>193</sup>; e "*affidamento specifico*", il quale consiste invece nell'intervento di una "*modificatio in pejus nella posizione del promissario stesso sulla base della promessa*"<sup>194</sup> e del quale si afferma che esso deve "*rivestire una certa importanza ed essere prevedibile, nelle circostanze concrete, da parte del promittente*".

Può quindi proporsi di qualificare, in via sperimentale, come regolamento di interessi incompleto quello che, collocandosi in un contesto procedimentale, comporta delle intrinseche attese di sviluppo in ordine alla futura realizzazione dell'operazione negoziale, sul cui completamento le parti hanno riposto un *affidamento specifico*, modificando il proprio patrimonio in coerenza con gli interessi manifestati.

---

190 Vedi *infra* §§ 3 e 4.

191 Vedi *supra* Capitolo I, § 3.

192 Così G. GORLA, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto*, cit., 927.

193 *Id.*, *loc. ult. cit.*, nota 20.

194 *Id.*, *op ult. cit.*, 929, nota 30, dove l'Autore prende in considerazione il concetto di affidamento specifico per spiegare la vincolatività delle promesse gratuite diverse dalla donazione formale, descrivendo anche a titolo di esempio il caso in cui "*di fronte a una promessa di comodato di un appartamento per un certo periodo, il promissario, che ne occupa un altro, risolve il contratto di locazione in corso o fa tutte le spese per abbandonare quest'altro appartamento, mentre poi l'appartamento promessogli non gli viene consegnato*".

## 2.1. Figure di “incompletezza” nel codice civile.

All'interno del codice civile possono essere inquadrare attraverso l'incompletezza (almeno) due ipotesi di esercizio dell'autonomia contrattuale in forma procedimentale, caratterizzate entrambe dal fatto che l'autoregolamento presenta intrinseche esigenze di completamento in virtù di una originaria decisione organizzativa delle parti.

Senza pretese di esaustività, l'analisi che segue prenderà esclusivamente in considerazione la determinabilità dell'oggetto (art. 1346 c.c.) e la forma costitutiva volontaria (art. 1352 c.c.)<sup>195</sup>: sia per evidenziare in che misura la categoria dell'incompletezza possa spaziare, coinvolgendo rispettivamente elementi contenutistici e strutturali dell'autonomia privata; sia perché la vasta letteratura in materia consentirà di sottoporre a critica i tentativi di normalizzazione che per lungo tempo hanno impedito di cogliere il fenomeno contrattuale nella sua espressione dinamica. Nell'operazione ricostruttiva sarà quindi necessario prescindere dalla nozione formale di contratto inteso come fattispecie, in base alla quale invece si tende a ridurre il problema della genesi del vincolo giuridico alla secca alternativa tra perfezione e non perfezione.

Nella prima ipotesi presa in considerazione, la “determinabilità” espone sin dall'origine il contratto a ulteriori attività, delle parti o di terzi soggetti, le quali si concretano in una varietà di fatti determinativi tale che, secondo autorevole dottrina, sarebbe impossibile ricondurre il copioso materiale ad unità giuridica<sup>196</sup>. Il vasto ambito operativo e concettuale di questa figura ci pare perciò la sede adatta per evitare che si escluda *a priori* la nostra ipotesi di lavoro: che è orientata verso sistemazioni teoriche dinamiche del fenomeno della

---

195 Altri istituti contemplati nella disciplina sui contratti in generale potrebbero essere letti nella logica dell'incompletezza: come il contratto per persona da nominare (artt. 1404 ss.), in relazione al quale si discute infatti se esso produca immediatamente i suoi effetti (così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 132) o solo al momento della dichiarazione di nomina (M. PENNASILICO, *Profili della “contrattazione” per persona da nominare*, Napoli, 1995, 132, sebbene questa dottrina specifichi che non possa escludersi “*in concreto, un diverso atteggiamento della volontà negoziale, risultando, quindi, arbitraria qualsiasi soluzione preconcetta e assoluta*”; F. CARRESI, voce *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 132).

196 La dottrina più avveduta peraltro avverte che non potrebbe ricondursi ad unità giuridica la grande varietà di fatti determinativi di cui le parti potrebbero servirsi stipulando un contratto ad oggetto determinabile: potendo esse rinviare ad un fatto naturale o a un fatto umano, e nell'ambito di quest'ultimo ad un loro successivo accordo, o un atto determinativo di un terzo, o di una sola delle parti (cosiddetto arbitraggio di parte, sul quale vedi *infra*). Vedi in particolare: R. SACCO, *Il contratto*, II, cit., 126, che ritiene anche impossibile stabilire la natura dell'arbitrato, dovendosi invece “*considerare l'estrema varietà dei possibili arbitrati*” (p. 128); E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001, 88, dove si condivide “*l'idea dell'impossibilità di una teoria unitaria del fatto che conduce alla determinazione*”; ID., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 152, dove si critica una certa “*tendenza a ricercare necessariamente degli oggettivi e prefissati parametri di determinazione dell'oggetto in grado, possibilmente, di valere per tutte le situazioni che possano potenzialmente presentarsi nell'esperienza giuridica*”.

determinabilità, in un quadro che vuole valorizzare le esigenze di completamento del regolamento negoziale al fine di far emergere le articolazioni (in senso ampio) procedimentali nelle quali si esprime l'autonomia privata. Molta parte della dottrina ritiene invece che il contratto ad oggetto determinabile sia perfetto, e che perciò le successive attività determinative non siano idonee a prolungare il ciclo negoziale, da considerarsi esaurito se non per i residui aspetti esecutivi. Le pagine che seguono saranno quindi dedicate ad indagare e verificare, sul doppio piano teorico e pratico, le basi dogmatiche e le preoccupazioni politiche che animano queste dottrine.

Nella seconda ipotesi menzionata, le esigenze di completamento non dipendono dall'indeterminatezza di un elemento della fattispecie, che la faccia risultare meno circostanziata. Al contrario, l'art. 1352 c.c. dispone che la forma eletta deve essere "determinata": ciò che rileva quindi è un *quid pluris*, cioè la decisione dei contraenti di subordinare la valutazione di "validità" del futuro contratto a un requisito di forma ulteriore. A rigore allora, la presenza di un requisito volontario di forma dovrebbe impedire che il ciclo negoziale semplicemente si arresti con la stipula di un contratto amorfo, da considerare alla stregua di un regolamento incompleto di interessi nella prospettiva dell'autonomia privata procedimentale. La dottrina però è orientata diversamente: sia quando afferma che il contratto amorfo è irrimediabilmente nullo; sia quando invece lo reputa validamente concluso per l'operare di una revoca tacita del precedente patto. La logica dell'incompletezza consente a nostro avviso di impostare il problema in modo alternativo: collocando anche il contratto amorfo nell'ambito di quelle articolazioni procedimentali dell'autonomia privata in cui si realizzano gradualmente gli interessi delle parti.

## **2.2. La determinabilità dell'oggetto nell'ottica del contratto perfetto.**

La determinabilità è uno dei requisiti dell'oggetto previsti dall'art. 1346 c.c., che la contempla in via alternativa alla determinatezza. La norma pone l'interprete di fronte all'esigenza logica e pratica di individuare un criterio in base al quale distinguere i due requisiti, tracciando il confine tra casi di indeterminatezza/determinabilità e di indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto: solo in quest'ultima ipotesi infatti l'atto di autonomia andrebbe incontro alla patologia della nullità (art. 1418, comma II, c.c.).

Nonostante la gravità della conseguenza giuridica cui dà luogo la mancanza del requisito di determinabilità, la dottrina non è ancora pervenuta ad un'univoca definizione di essa. Le difficoltà incontrate si fanno dipendere ora dall'abitudine a figurarsi il contenuto del contratto come necessariamente determinato<sup>197</sup>, ora dall'incertezza dogmatica e concettuale in cui versa la più generale categoria dell'oggetto<sup>198</sup>.

Per una parte della dottrina la determinabilità consiste nel preciso e testuale riferimento che gli stessi autori del negozio compiono, nel corpo del testo contrattuale, a criteri determinativi o procedimenti di determinazione<sup>199</sup>. Altri autori affermano però che possa parlarsi di determinabilità solo quando la futura determinazione dell'oggetto sia ragionevolmente certa, con conseguente esclusione delle ipotesi in cui invece la futura determinazione appaia incerta<sup>200</sup>. Tutte le dottrine appena citate reputano poi che il contratto con og-

---

197 R. SACCO, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, cit., 118, rileva che “il giurista affronta il tema del carattere determinato o indeterminato del contenuto del contratto in una posizione intellettuale singolare e fino ad oggi inosservata. Egli desidera pensare al contenuto del contratto come a qualcosa di solitamente ben determinato, e ama trattare l'indeterminatezza come qualcosa di speciale (quasi diremmo anormale). Per fare ciò, fin là dove il gioco gli riesce, ama presentare la volontà contrattuale come determinata, e dislocare l'indeterminatezza all'interno della prestazione, nell'area della pura fattualità, fuori del negozio e dei suoi elementi costitutivi”.

198 Per questa affermazione vedi: G. ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in G. ALPA, M. BESSONE, E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 87-88, il quale, richiamandosi al principio di conservazione del contratto, suggerisce di “affinare strumenti che permettano, agendo a vari livelli e nei settori più diversi - di sottrarre alla (sicura) invalidità gli atti posti in essere dalle parti”; nonché V. ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria “indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto” e su una sua recente applicazione a tutela dei contraenti deboli*, in G. ALPA, M. BESSONE, E. ROPPO, *Rischio contrattuale*, cit., 125, dove si sottolinea che, essendo “nebuloso ed equivoco” il concetto di oggetto, “altrettanto equivoci e nebulosi sono destinati ad essere i concetti che da quello derivano”.

199 Tra questi, alcuni reputano altresì che di determinabilità dell'oggetto possa parlarsi tutte le volte in cui l'oggetto “non viene indicato in modo preciso e definitivo, ma nel contratto si trovano soltanto i criteri per la determinazione successiva”, la quale darebbe luogo a una determinabilità “in senso lato” quando si fa rinvio a mere operazioni di calcolo, e determinabilità “in senso stretto” nel caso in cui “sia prevista semplicemente una attività ulteriore, delle parti o di un terzo” (G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale. (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, II, Torino, 1980, 180-181, dove l'Autore precisa però che, se le parti hanno indicato i criteri in base ai quali procedere alla successiva determinazione dell'oggetto, l'attività determinativa avrebbe natura esecutiva). Altri si riferiscono a casi in cui “sono indicati, o, comunque, appaiono sicuramente identificabili, i criteri in base a cui fissare le modalità o la quantità delle prestazioni; oppure sono previsti i procedimenti, o gli atti, attraverso cui possa pervenirsi ad un siffatto risultato”, e qualificano la conseguente attività determinativa nei termini di una vera e propria attività dispositiva, rimessa a una delle parti o a un terzo, all'uopo investiti del relativo potere (R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 360). Sulla stessa linea di pensiero vedi anche R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 126, secondo cui l'individuazione dell'oggetto, che è da considerare quale parte integrante del contenuto minimo delle dichiarazioni, non implica l'“originaria identificabilità del bene, ma solo completezza della regola necessaria e sufficiente per la sua individuazione”; R. SACCO, *op. ult. cit.*, 121, secondo cui “non c'è determinabilità se non è chiaro quale debba essere il criterio per l'integrazione”.

200 G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., 233, nel precisare i limiti di applicazione del fenomeno della *relatio* configura il completamento come evento certo: affermando in particolare che la regola negoziale “dovrà risultare esattamente individuabile, dall'insieme degli elementi contenuti nel ne-



getto determinabile sia strutturalmente perfetto, perché risponde al modello legale, oltre che idoneo a determinare l'evento conclusivo, in quanto il requisito della determinabilità non sarebbe tale da prolungare il ciclo formativo, da considerarsi esaurito<sup>201</sup>.

A nostro sommo avviso questa conclusione è inevitabile solo se l'interprete si pone nella limitata prospettiva statica dell'atto-fattispecie. Detta prospettiva però, oltre che non essere l'unica ammissibile (vedi *supra*), dovrebbe nel caso di specie essere evitata in quanto inidonea a spiegare la complessità dell'operazione contrattuale connotata da deter-

---

gozio formale e in quelli in esso richiamati" e che "è evidente che questo completamento dovrà, in concreto, chiaramente verificarsi"; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995, 111 ss., il quale, nel chiedersi se la possibilità di determinare l'oggetto, in cui consiste il requisito di determinabilità, "debba comunque rispondere ad un certo grado di certezza, cioè all'esigenza di garantire senza alcun dubbio il risultato della determinazione; ovvero se la determinabilità significhi che è sufficiente la mera possibilità della successiva determinazione dell'oggetto, senza che questa debba pervenire con certezza" (p. 111), aderisce alla prima opzione, specificando anche che, qualora la futura determinazione sia caratterizzata da incertezza, "ci troveremo di fronte ad una sorta di fattispecie a formazione successiva" (p. 78 e pp. 118-120). In particolare, da una parte si osserva che "funzione della relatio è proprio quella di garantire la determinabilità degli elementi che senza di essa rimarrebbero indeterminati" (p. 84), con un grado di certezza che sarebbe poi rafforzata dalla previsione di meccanismi sostitutivi in caso di determinazione rimessa all'equo apprezzamento del terzo (art. 1349, comma I, c.c.), sicché nell'arbitraggio mancherebbe quella situazione di incertezza effettuale che sarebbe invece tipica della fattispecie a formazione successiva (e del meccanismo condizionale). Dall'altra si sostiene che una qualificazione in termini di fattispecie a formazione successiva sarebbe invece appropriata per la determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo (art. 1349, comma II, c.c.), caso nel quale "la volontà del terzo non è surrogabile dall'intervento di altri", determinandosi un'incertezza in ordine alla futura determinazione dell'oggetto, la quale quindi funzionerebbe "come mezzo di perfezionamento di un rapporto incompleto e non già - come nell'arbitraggio boni viri - quale mezzo determinativo di un elemento lasciato in bianco dalle parti" (p. 119).

201 N. IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 196, premesso che il negozio che non determina il contenuto dell'effetto, limitandosi a fissare "il congegno della determinazione", è di per sé una "fonte insufficiente (del contenuto dell'effetto)", chiarisce che "bisogna guardarsi dallo scambio tra insufficienza in ordine al contenuto dell'effetto ed incompletezza strutturale", per concludere che "nullo è il negozio che non fissa alcun congegno determinativo, valido è il negozio, che contiene una "indicazione", cioè il rinvio ad una fonte determinativa estrinseca"; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 103, per il quale "non è dubitabile che il contratto incompleto, privo di clausola di rinvio a fonte determinativa esterna, è inficiato nella sua perfezione, mancando di un elemento essenziale". R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 125, secondo cui il contratto con contenuto determinabile sarebbe un "vero contratto", pure efficace, salvo che per la clausola non ancora determinata. Più in generale confronta R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit., 117 ss., il quale colloca la *relatio* nel più ampio *genus* dei "modi di integrazione del contenuto negoziale", definendola in particolare come "integrazione ab extra del contenuto percettivo della dichiarazione negoziale" (p. 117) dotata dei seguenti caratteri: (1) originarietà, in quanto "opera contestualmente al perfezionamento dell'atto negoziale, perché il dato recepito attraverso la relatio è già esistente in rerum natura"; (2) idoneità a rendere completo il negozio fin dal suo momento perfezionativo, in quanto "nell'ipotesi in cui il contenuto della dichiarazione si completa per relationem, l'elemento richiamato attraverso la fonte di riferimento, fa corpo con il contenuto medesimo, viene recepito in esso, sì che da punto di vista delle parti le loro dichiarazioni hanno, sin dal momento perfezionativo dell'atto, il carattere di completezza"; (3) esplicitazione, "differenziandosi così da altre ipotesi in cui il riferimento si ponga come implicito". Deve avvertirsi però che l'opinione di quest'ultima dottrina, supponendo una visione restrittiva della categoria dei negozi per relationem, non depone per l'assoluta completezza e perfezione del contratto ad oggetto determinabile: nel porre come requisito essenziale alla *relatio* l'originarietà, l'illustre Autore individua infatti due ipotesi di incompletezza originaria del contratto che non rientrano nell'ambito della categoria indagata. La prima si avrebbe "quando l'oggetto del riferimento è costituito da un fatto o da una situazione futura, che le parti si rappresentano come tale", nella quale rientrerebbe l'ipotesi disciplinata

minabilità dell'oggetto. Un tale angolo di osservazione infatti, da una parte finisce col negare in radice ogni possibilità di articolazione del “*processo negoziale*”<sup>202</sup>, inteso nella sua globalità: comprensivo cioè della fase formativa e di quella di realizzazione degli interessi privati in un'ottica di integrazione (piuttosto che di successione) delle fasi<sup>203</sup>. Dall'altra non tiene in debito conto che le parti potrebbero avere l'interesse a vincolarsi a regolamenti incompleti, nell'ambito di un “*processo negoziale*” nel quale si prevedono il progressivo completamento del regolamento contrattuale e la graduale realizzazione degli interessi perseguiti.

A questo proposito, una consistente parte della dottrina ritiene utile in alcuni casi rimpiazzare la nozione formale e statica di contratto, inteso come atto/fattispecie, con quella sostanziale e dinamica di “*operazione economica*”: la quale, intesa quale “*schema ampio a struttura procedimentale*”, si definisce come “*sequenza unitaria e composita che segna la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata e che comprende in sé il regolamento e tutti i comportamenti e le attività che con esso si ricollegano verso il raggiungimento e nell'unità dell'interesse perseguito*”<sup>204</sup>. Ne consegue, con particolare riferimento

---

all'art. 1349 c.c., che viene così catalogata tra le “*forme di integrazione successiva*”, precisandosi che “*l'incompletezza originaria della fattispecie non renda definitivamente priva di rilevanza la dichiarazione ma ne permetta (con efficacia retroattiva o meno a seconda dei casi) il completamento successivo*” (p. 118). La seconda si avrebbe invece quando “*le parti si rappresentano come presente la situazione alla quale fanno riferimento per la integrazione del contenuto delle loro dichiarazioni*”, argomentando che, se la *relatio* riguardava elementi da considerarsi essenziali in relazione al tipo, il contratto dovrebbe ritenersi irrimediabilmente non perfetto oltre che inidoneo ad essere successivamente completato, poiché “*l'autonomia delle parti che hanno voluto ab initio un atto completo preclude anche il ricorso a uno strumento legale di integrazione successiva*” (p. 119); G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., 233, indagando la *relatio* nei negozi formali, prima pone una distinzione netta tra regola e forma la quale, pur combinandosi con la prima, non “*non entrerà mai nella regola stessa; ma rappresenterà, se mai, il modo, sia pur necessario in cui la regola deve manifestarsi*” (p. 232), e poi afferma che “*il principio della relatio, tecnicamente, non possa che riguardare la regola*”, deducendo ulteriormente che qualora, nonostante la *relatio*, la regola rimanga incompleta, si porrebbe “*un problema di sostanza e non di forma*” (p. 233).

202 L'espressione è di G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, in *Vita not.*, 1997, I, 629, per il quale “*è dunque la prospettiva dinamica che si deve tenere in conto, e l'espressione “processo negoziale”, da qualcuno impiegata per la sola fase delle trattative, può essere estesa a tutta la vita del rapporto contrattuale*”.

203 Vedi *supra* Capitolo I, § 3.

204 Così E. GABRIELLI, *Il pegno anomalo*, cit., 163-164, dove si precisa anche che l'operazione economica “*opera spesso, logicamente e cronologicamente, secondo ritmi e scansioni segnate dal continuo e costante susseguirsi degli elementi formativi dello schema*”. Il concetto di operazione economica ha avuto un'apprezzabile diffusione nella dottrina, dove si concorda sulla necessità di adottare, sul piano metodologico, figure che prescindono dalla nozione formale di contratto inteso come atto/fattispecie (su cui vedi ancora E. GABRIELLI, *op. cit.*, 163, dove si rileva l'inidoneità “*della nozione di contratto - quale puro schema formale*” a cogliere le trame “*tipologiche, morfologiche e funzionali*” che può assumere l'autonomia privata, specialmente con riferimento a “*fattispecie sul piano strutturale particolarmente complesse*”: con la conseguenza che sarebbe “*nel contesto dell'operazione nella sua interezza che le diverse componenti dell'atto di autonomia possono trovare una soddisfacente estrinsecazione, così che appare doveroso distinguere i due concetti: contratto e operazione economica, e precisarne i rapporti*”). Per le radici teoriche del concetto il riferimento obbligato è a ROMANO (SALV.), *Autonomia privata*, cit., 94-95, il quale, pur concordando sul fatto che “*il si-*

alla teoria dell'oggetto, da una parte che il requisito della determinabilità dovrebbe essere riferito appunto all' "operazione economica" e inteso come "giudizio prognostico apprezzabile ex ante nel quadro degli elementi che configurano l'operazione nel suo complesso"; e dall'altra che l'attività di determinazione "concorre al progressivo attuarsi del reale assetto di interessi e, in ultima analisi, al progressivo realizzarsi in concreto di una funzione già completamente prefigurata nello schema contrattuale"<sup>205</sup>.

Deve essere quindi attentamente vagliata la tesi che vede nel contratto ad oggetto determinabile una fattispecie perfetta e conclusa la quale attende lo svolgimento di ulteriori attività qualificate, a seconda degli autori, come: interpretative<sup>206</sup>, integrative<sup>207</sup>, o insieme

---

gnificato intrinseco di un comportamento è espresso dal fattore causale di una norma - negozio, se norma privata - e legata al riconoscimento nei termini di questa situazione il che è opera della norma statale", afferma poi che "una ricostruzione dell'iter negoziale comporta di solito, nella pratica, assai pochi elementi normativi espressi; la maggior parte sono elementi di carattere esecutivo frammisti a qualcuno di tipo normativo e dominati da un rinvio, non ad una soltanto ma a più fonti normative", di varia natura (privata e pubblica), per arrivare alla conclusione che "l'autonomia acquista un senso, ma non tanto in funzione di un atto iniziale del ciclo, normalmente poco espressivo, quando in funzione dell'ultimo atto, quello di chiusura del ciclo stesso il cui iter, con una sorta di cammino a ritroso". Per ulteriori impieghi della nozione vedi poi: G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 255, dove si osserva che la valutazione del negozio da parte dell'ordinamento "dovrebbe riguardare, senza limiti formali (cui invece un potenziamento del ruolo della tipicità sicuramente porterebbe) tutto il procedimento negoziale, quell'insieme di situazioni e risultati che permettono di cogliere l'essenza dell'operazione economica". G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 197 ss. il quale, nel sottoporre a revisione logica e tecnica il principio di relatività degli effetti (1372 c.c.) e la nozione di terzo, elabora il concetto di "effetto sostanziale transitivo" il quale caratterizzerebbe il negozio che "produce direttamente effetti sostantivi in capo a soggetto diverso dall'autore" (p. 198), precisando che esso "trascende il rilievo dinamico del meccanismo utilizzato" (p. 207) per trovare invece la propria ragione d'essere "nella natura degli interessi in gioco e nel modo della loro tutela alla stregua dell'operazione giuridica" (p. 212), in base alla quale valutare anche l'esistenza di una "posizione successiva di controllo e di reazione" (p. 216) in capo al destinatario dell'effetto. In particolare, secondo l'illustre autore, l' "effetto transitivo emerge dall'unità dell'operazione, che fissa, secondo la valutazione positiva, l'equilibrio bilaterale degli interessi in gioco" e "il singolo negozio di per sé non è l'autoregolamento: nel senso che non contiene tutto l'affare" (p. 215). M. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 189-290, dove si rileva che talvolta "la produzione dell'effetto non è sufficiente a soddisfare gli interessi dei soggetti, giacché alcuni di questi (interessi), pur essendo previsti nell'atto iniziale, diventano attuali in un momento successivo, in relazione alle variegati di svolgimento dell'operazione economica". Tuttavia è appena il caso di segnalare che i diversi autori dibattono sul valore, meramente descrittivo o più propriamente giuridico, da attribuire alla nozione in questione. Per la prima opzione si vedano: C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 27, per il quale "il contratto si distingue dall'operazione economica in quanto esso è il titolo giuridico sul quale l'operazione è fondata". Per la seconda opzione vedi invece G. PALERMO, *Contratto di alienazione titolo dell'acquisto*, cit., 2, secondo cui l'operazione va intesa come "unità formale" la quale "non riflette schemi strutturalmente semplici, trova nel regolamento tipico il suo centro, intorno al quale si coordinano le altre determinazioni pattizie e i diversi comportamenti attuativi, ciascuno caratterizzato dalla rilevanza che gli è propria").

205 Così, con particolare riferimento ai profili oggettuali dell'operazione economica: E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., 111.

206 N. IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 159-150. Secondo questa dottrina l'oggetto deve reputarsi determinabile se l'attività interpretativa, nel suo svolgersi, necessita di riferirsi a fonti diverse dal negozio. Si sarebbe ancora nel limite logico della determinazione "quando non vi è bisogno di ricorrere a fonti diverse dal negozio" (p. 193).

207 G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 181, ritiene che nel caso in cui "nel contratto sia previsto che l'oggetto venga successivamente determinato, in tutto o in parte, ad opera di tutte e due le parti, o ad

negoziali ed esecutive<sup>208</sup>; ma mai come formative. A questo scopo ci apprestiamo a sottoporre a una doppia verifica la tesi in discorso: l'una volta a comprenderne e contestarne le premesse teoriche, e l'altra a saggiarne la compatibilità con la prassi contrattuale.

### **2.3. La fenomenologia dell'incompletezza nella dinamica negoziale introdotta dalla determinabilità: prima verifica critica (teorica).**

A nostro avviso la questione della perfezione o meno del contratto ad oggetto determinabile è direttamente collegata ad un problema dogmatico controverso: quello dei rapporti tra oggetto e contenuto. Devono quindi richiamarsi i termini del dibattito che ha impegnato la dottrina nella chiarificazione dei rapporti tra le due nozioni, dal momento che l'esigenza di pervenire a una distinzione netta non è soltanto il frutto di un'attività di classificazione dal sapore dogmatico ma ha un valore giuridico preciso nel contesto che ci occupa.

Com'è noto, alcuni autori reputano che le due espressioni siano sinonimiche<sup>209</sup>. Altri invece pongono i due elementi in rapporto di continenza, considerando l'oggetto come parte del contenuto, il quale a sua volta coinciderebbe con l'insieme delle pattuizioni delle parti<sup>210</sup>, comprensive quindi anche degli altri elementi (essenziali e non) previsti dal-

---

*opera di un terzo*", si avrebbe "un'integrazione successiva del contratto" realizzata attraverso un tipo di attività la quale non potrebbe considerarsi "di esecuzione od attuazione del contratto, ma è attività a sé stante, collegata con il contratto, di cui viene a completare il contenuto".

208 R. SCOGNAMIGLIO, *Dei Contratti in generale*, cit., 358 ss., il quale, premesso che "il grado di determinatezza richiesta, e d'altronde la sfera di determinabilità ammessa, sono questioni che si propongono ove il contratto risulti già concluso, ed involgono un giudizio sulla validità" (p. 359), sostiene poi che "l'attività che, secondo l'intesa i contraenti, o uno di essi, sono chiamati a svolgere, è pur sempre dovuta o di carattere strumentale rispetto all'attuazione del contratto", ma presenta altresì natura negoziale "in quanto costituisce l'espressione di una sia pur limitata libertà di decisione, per quel che si riferisce al suo oggetto" (p. 362).

209 N. IRTI, *Disposizione testamentaria*, cit., 149-150; ID., voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, 802-803, dove si distingue da una parte l'oggetto, come "su cui incide la situazione giuridica iniziale ed è destinata a formarsi la situazione giuridica finale: termine, che si trova, logicamente, nella fase anteriore e in quella successiva al negozio, e quindi sta sempre al di fuori della sua struttura"; e dall'altra l'oggetto della dichiarazione negoziale, che "è il contenuto, ossia l'insieme delle clausole disposte dagli autori de negozio", precisando ulteriormente che "l'oggetto della situazione iniziale non diviene oggetto del negozio, che ha il proprio oggetto nel contenuto; ma quello è in questo idealmente riprodotto, e volto al tipo di effetto statuito dalla norma"; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 352.

210 Si vedano in particolare: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 15 ss., secondo cui nel contenuto si identificano "tutte le determinazioni poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi" (p. 18), pervenendo a una distinzione rispetto all'oggetto, che invece è inteso come "materia sulla quale il contratto incide" (p. 33). In particolare, secondo questa dottrina il contenuto è uno dei "due profili dai quali la struttura del contratto può essere riguardata", assieme alla forma, con la quale si presenta in inscindibile unità (p. 32, nota 60). F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, cit., 145 ss., secondo cui

l'autonomia privata, con particolare riferimento al contenuto minimo<sup>211</sup>, quindi alla causa e al tipo.

Quest'ultima tesi infatti si trova inserita molto spesso in un contesto di opinioni nelle quali si tende a negare che possa esservi qualsivoglia sovrapposizione tra i problemi della determinazione dell'oggetto e quelli relativi alla formazione del contratto<sup>212</sup>, sulla base di un ragionamento che, pur spogliato delle sfumature che necessariamente accompagnano il pensiero del singolo autore, può ricostruirsi sinteticamente in questi termini: poi-

---

la circostanza che talvolta, per l'operare di norme cogenti, si determini una "divergenza tra effetti e contenuto" (p. 148), non deve indurre a svilire la nozione di contenuto risolvendola negli effetti o confondendola con l'oggetto: dovendo invece identificarsi il contenuto dell'atto "con l'insieme delle pattuizioni private, frutto cioè di autoregolamentazione" (p. 150), e più in particolare con "tutti i profili, essenziali e non, della fattispecie che le parti rappresentano", specificando che appartenerebbero al contenuto "tanto il profilo oggettuale, tanto quello funzionale e formale" (p. 151), e concludendo infine che l'oggetto, inteso come "descrittiva della prestazione in sé", non potrebbe confondersi col contenuto, "atteso che in tale nozione ricadono (e da essa si traggono) anche gli altri elementi essenziali, nonché quelli accidentali dell'atto". (p. 155). G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., 628, che perviene a una separazione tra oggetto e contenuto, ma includendo in quest'ultimo "l'intero "voluto" delle parti, inteso in senso oggettivo, e quindi non solo l'in idem placitum consensus, ma anche ciò che le fonti di integrazione e di interpretazione del contratto hanno prodotto"; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale I*, Napoli, 2006, 355-356, il quale considera causa e oggetto quali elementi del contenuto (inteso come "insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali") ed assegna un ruolo privilegiato alla causa, affermando in particolare che "è la causa a qualificare il contratto, non l'oggetto né tanto meno la forma o la struttura". C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 315-316, dove si distingue tra contenuto in senso formale (quale "insieme delle dichiarazioni che rientrano nell'accordo contrattuale") e in senso sostanziale (quale "insieme delle disposizioni mediante le quali i contraenti determinano il rapporto contrattuale") e si identifica quest'ultimo con l'oggetto (p. 320).

211 La possibilità di individuare un contenuto minimo del contratto, come è stato correttamente osservato, presuppone che si riconosca il carattere della graduabilità del contenuto stesso: così G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., 62. Per quanto attiene invece le argomentazioni addotte in dottrina per giustificare la pretesa necessità di ancorare l'atto negoziale a un contenuto minimo, esistono diverse opinioni. Alcuni ricollegano direttamente l'esigenza di pervenire a un contenuto minimo alla sussistenza della volontà di obbligarsi: P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, 33, dove si osserva che "perché il vincolo possa sorgere occorre per lo meno che il soggetto determini quale forma di vincolo egli intende assumere con un minimo di elementi tali da escludere la assoluta indeterminatezza del vincolo stesso", Altri ancora ne fanno una questione di sussistenza dell'attività dichiarativa, la quale dovrebbe sostenere l'atto di volontà: R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit., 120-121, nell'affrontare il problema dei limiti di ammissibilità della *relatio*, avverte che "la relatio non può determinare quel contenuto minimo necessario che deve essere il risultato di una diretta determinazione volitiva delle parti, essendo evidente che l'atto di volontà, per essere tale, deve avere un minimo di determinatezza che invece non esiste se il riferimento a una fonte esterna è un puro e semplice riferimento a una volontà altrui", e quindi reputa la necessità del contenuto minimo "connaturale alla struttura e alla funzione della dichiarazione". (Per argomentazioni simili vedi poi G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 22-23, sulla cui opinione vedi *infra* nota 19). Altri ancora si richiamano alle "esigenze di concretezza dell'atto contrattuale": C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 327. In senso contrario alla necessità del contenuto minimo si veda però P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione*, cit., 1345 ss., il quale, ragionando su "quale sia l'elemento che assicura unità al contratto" (p. 1361) pur nella varietà degli atti formativi, si sofferma sul procedimento formazione per offrire una ricostruzione analitica dei rapporti tra contenuto degli atti formativi, regolamento di interessi e precetto negoziale, ritenendo infine possibile che "le parti aderiscono preventivamente ad un assetto di interessi che non è ancora determinato - e che sarà precisato solo successivamente e senza intervento dei contraenti - appare particolarmente sintomatico per dimostrare ... l'erroneità di configurare il regolamento contrattuale come "contenuto" delle dichiarazioni dei contraenti" (p. 1362, nota 50). A parere dell'illustre Autore infatti il regolamento di interessi, il quale costituisce l' "aedem sententia" che assicura l'unità del contratto (p. 1364), non può essere identificato con "il contenuto delle di-

ché il codice civile prevede il requisito della determinabilità solo con riferimento all'oggetto (e questo a sua volta è solo una parte del contenuto, all'interno del quale, soprattutto, deve essere distinto dalla causa), allora da una parte l'attività determinativa deve essere intesa in funzione di specificazione o accertamento di un profilo oggettuale determinabile, ossia già genericamente delineato nel contenuto dell'atto; dall'altra (e di conseguenza) il potere determinativo giammai inciderebbe su una fattispecie *in itinere*, dovendo postularsi al contrario la completezza della fattispecie ad oggetto determinabile, ossia l'attuale definizione del suo contenuto minimo, con particolare riferimento alla causa<sup>213</sup>.

---

*chiarazioni delle parti*" (p. 1362), e la dottrina tradizionale avrebbe errato nel configurare "le dichiarazioni delle parti come elementi della struttura stessa dell'atto di autonomia" e "il precetto negoziale (o volontà comune) come oggetto o contenuto delle manifestazioni dei contraenti" (p. 1361). Così da un lato si ritiene che la funzione degli atti prenegoziali "si esaurisce nell'esprimere le rispettive adesioni dei contraenti ad un dato assetto di interessi" (p. 1362), e dall'altro che il contenuto degli atti prenegoziali "è costituito per l'appunto, soltanto dalla rispettiva adesione a tale regolamento" (p. 1362, nota 49). Si delinea quindi un processo negoziale in cui alla formazione del contratto, che si risolve nell'adesione a un regolamento di interessi inteso come "eadem sententia", segue l'attività interpretativa volta a individuare il precetto negoziale, "inteso come assetto di interessi vincolante per i contraenti" (p. 1364), il quale si identifica con il risultato dell'interpretazione del testo e costituisce il vero elemento vincolante del fenomeno negoziale (p. 1359). L'Autore perviene quindi ad affermare sia uno scollamento tra testo e precetto, il primo essendo una "realtà oggettiva, suscettibile di diretto accertamento giudiziale" (p. 1355) e il secondo invece "un valore" (p. 1356, nota 34); sia una netta separazione tra formazione e precetto, i quali starebbero in rapporto di reciproca autonomia: vi sarebbe cioè una "netta contrapposizione tra il procedimento di formazione del negozio ed il precetto che, per effetto della stipulazione, viene ad assumere valore vincolante per i contraenti" (p. 1361).

212 La perfezione del contratto ad oggetto determinabile è sostenuta da: G. ZUDDAS, *L'arbitraggio*, cit., 48, secondo cui "il rinvio alla determinazione del terzo non incide sul perfezionamento della vicenda contrattuale ma, almeno parzialmente, sulla sua efficacia"; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 333; F. CRISCUOLO, op. cit., 85, ma limitatamente all'ipotesi disciplinata al comma I (equo apprezzamento) dell'art. 1349 c.c.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 387-388; E. GABRIELLI, *Contratto completo e clausola di arbitrato*, cit., 303. Viceversa, ritengono che il contratto sia ancora in fase di formazione: F. CRISCUOLO, op. cit., 120, ma limitatamente all'ipotesi disciplinata al comma II (mero arbitrio) dell'art. 1349 c.c.; G. MARANI, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, 610 ss., che esclude dall'area dell'arbitraggio "tutte quelle ipotesi in cui quando l'intervento del terzo si verifica il negozio è già di per sé perfetto in ogni suo elemento", per includervi invece le ipotesi in cui la volontà delle parti è "oggettivamente incompleta", sicché "connotato decisivo dell'attività dell'arbitratore è la modifica della situazione preesistente, tramite appunto la determinazione ex novo di un dato negoziale rispetto al quale la volontà delle parti non si è manifestata", ponendosi poi il problema di precisare i limiti della "nozione di incompletezza del contenuto negoziale" (p. 614-615). In giurisprudenza alcune pronunce considerano il contratto con oggetto determinabile "già concluso ma non completo" (Cass., 28 luglio 1995, n. 8289, in *Rep. giust. civ.*, 1995, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 25), altre invece preferiscono vedervi un "rapporto giuridico in via di formazione" (Cass., 29 aprile 1983, n. 2949, in *Rep. giust. civ.*, 1983, voce *Compromesso e arbitrato*, n. 11).

213 E' possibile rintracciare gli elementi minimi del ragionamento appena riportato nel testo in più di un'opera. Anzitutto vedi C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 315 ss., il quale - dopo aver distinto tra "contenuto in senso formale" di cui farebbero parte "dichiarazioni dispositive e dichiarazioni di altra natura" (p. 315), e contenuto in senso sostanziale il quale invece "si identifica nell'oggetto del contratto" (p. 320), inteso come "l'insieme delle disposizioni mediante le quali i contraenti determinano il rapporto contrattuale" (p. 316) - da una parte conclude che il requisito della determinabilità "richiede che l'accordo contenga le indicazioni sufficienti a rendere determinato o determinabile il rapporto contrattuale" (p. 326) e dall'altra precisa che tale determinabilità del rapporto "non può tuttavia essere totale, in quanto il nucleo essenziale del rapporto contrattuale deve essere direttamente stabilito dalle parti", con particolare riferimento alla causa e alle natura delle prestazioni delle parti (p. 327). A livello monografico vedi poi F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 75 ss., premettendo che la collocazione dell'art. 1349 nella disciplina dell'oggetto del contratto

In altre parole, da parte di alcuni esponenti della dottrina la distinzione tra oggetto e contenuto è richiamata a mo' di argomentazione al fine di negare che la determinabilità incida sul perfezionamento del contratto, valorizzando anche il dato normativo che pone il requisito della determinabilità con esclusivo riferimento all'oggetto (art. 1346 c.c.). Se oggetto è uguale a contenuto, la determinabilità potrebbe potenzialmente incidere su ogni profilo del regolamento (compresa la causa) e allora il contratto non potrebbe dirsi compiutamente formato, non essendo ammissibile un vincolo di cui ancora le parti non abbiano compiutamente definito gli aspetti funzionali e tipologici; al contrario, se oggetto *non* è uguale a contenuto, allora il potere determinativo dovrebbe ritenersi limitato all'oggetto e il contratto dovrebbe dirsi compiutamente formato, con speciale riferimento ai profili funzionali.

Appare quindi evidente che ciò che spinge ad adottare quest'ultima soluzione non è tanto un'ostilità verso l'articolazione dell'autonomia privata in forme procedimentali, che si manifesta in vincoli contrattuali progressivamente più definiti (e in atti gradualmente realizzativi degli interessi perseguiti), ma la preoccupazione di evitare che un vincolo possa sorgere in mancanza della definizione, nell'ambito del contenuto minimo, del profilo causale. Sicché le preoccupazioni che animano la dottrina criticata sembrano potersi individuare nell'esigenza di assicurare la compiuta definizione degli aspetti funzionali dell'atto<sup>214</sup>.

---

*“ha determinato una stretta dipendenza tra le problematiche che la norma suscita e quelle proprie dell’art. 1346”, ritiene che l’interprete debba assumersi la responsabilità di una scelta di fondo, costruita nei termini di un secco aut-aut: “o si perviene all’avviso che l’arbitraggio è un istituto che attiene al procedimento di formazione del negozio”, a fronte di un contratto non ancora vincolante; “ovvero ci si convince che l’istituto nasce come strumento di determinazione” a fronte di un contratto già valido e vincolante per le sue parti (pp. 74-75). In particolare l’autore, nell’aderire a quest’ultima opzione ricostruttiva (spec. pp. 113-114), al fine di criticare la ricostruzione alternativa adduce che se si considerasse il contratto ad oggetto determinabile ancora in via di formazione, non solo dovrebbe chiarirsi se “esso si perfezioni e acquisti efficacia per la circostanza stessa dell’attività del terzo, ovvero se sia necessaria, a tal fine, un’ulteriore attività delle parti” (p. 76), ma inevitabilmente la fonte esterna “non potrebbe essere soltanto una fonte di efficacia dell’atto, quanto proprio una fonte di perfezionamento”, dovendosi allora ammettere come necessaria conseguenza ciò che invece si vuole assolutamente negare: e cioè che “nel nostro sistema, è consentito determinare (id est: è determinabile) per relationem l’intero contenuto del contratto”, con particolare riferimento alla causa e al tipo (pp. 77-78). In materia di formazione progressiva del contratto vedi invece: P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva, in Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare*, a cura di E. Marmocchi, Milano, 1995, 141 ss., dove si rileva che “non si concilia col sistema l’attribuzione al terzo di un potere completo del regolamento contrattuale per ciò che riguarda gli elementi essenziali” e che “le tecniche integrative del contenuto contrattuale in ogni caso debbono fermarsi all’oggetto e non possono investire i contenuti essenziali del contratto” (p. 154).*

214 La conclusione è accolta anche da G. ZUDDAS, *L’arbitraggio*, cit., 16 ss., il quale afferma che “si rivela dunque impossibile ammettere che il requisito della determinabilità sia riferibile non solo all’oggetto, al prezzo e ad altri elementi, come comunemente si ritiene, ma alla causa e al tipo e cioè al negozio stesso!”, e che “il limite esterno” della figura dell’arbitraggio “deve essere di conseguenza quello di un negozio giuridi-

Iniziando col verificare la ragionevolezza delle preoccupazioni che animano le dottrine che si criticano e l'adeguatezza delle loro conclusioni, a nostro avviso devono ritenersi senz'altro condivisibili le preoccupazioni: è chiaro infatti che i connotati causali del contratto devono essere da un lato chiari alle parti, le quali sono così indotte a fare un uso consapevole del potere di autonomia, e dall'altro percepibili dall'ordinamento, il quale apprestando la tutela giuridica al regolamento privato ne verifica serietà e meritevolezza. Non altrettanto sono condivisibili però le conclusioni: non ci sembra cioè di dover da ciò far discendere come conseguenza logica la soluzione che, optando per la perfezione strutturale del contratto ad oggetto determinabile, sostanzialmente perviene a negare qualsivoglia sviluppo procedimentale dell'operazione contrattuale, il quale si fonda sull'esigenza di completamento e di realizzazione progressiva del regolamento di interessi.

Proseguendo col contestare le premesse teoriche delle dottrine che si criticano, ci permettiamo di rilevare che la netta distinzione tra oggetto e contenuto da una parte, e la funzione identificativa dell'atto (e della volontà) negoziale assegnata alla nozione di contenuto minimo dall'altra, non sembrano comportare per davvero una reale staticità del contenuto medesimo: quest'ultimo cioè non può dirsi senz'altro fissato e definito, pur quando parti pervengono a una sua compiuta definizione elevando a rilevanza giuridica il voluto attraverso una "forma" apprezzabile dall'ordinamento.

Quanto si è appena accennato costituisce un importante contributo al pensiero giuridico fornito da autorevole dottrina<sup>215</sup> la quale, nell'indagare i rapporti tra forma e conte-

---

*co perfetto (artt. 1343-1346 cod. civ.) che per essere tale deve avere, tra l'altro, la causa definita e l'oggetto determinabile"* (pp. 25-26). Deve però segnalarsi che questa dottrina predilige un diverso percorso argomentativo: non insiste cioè sulla distinzione tra oggetto e contenuto, ma ritiene che la mancanza di espressa indicazione dei profili tipologici e causali renderebbe l'accordo iniziale "troppo gracile sotto il profilo strutturale e funzionale", cioè talmente generico da rendere "arduo non solo stabilire di che negozio si tratta, ma addirittura accertare se ci si trovi in presenza di un negozio giuridico" (pp. 22-23). Si sostiene in particolare, da un lato, che l'atto col quale le parti deferiscono al terzo la determinazione dell'intero contenuto contrattuale non sarebbe "un negozio cui accede la clausola di arbitraggio, ma esclusivamente la clausola"; dall'altro, che mediante un accordo iniziale di tal genere "si manifesta l'idea di trasferire, ma non si trasferisce, né ci si impegna in tal senso, sì che deve anche escludersi l'esistenza di un possibile vincolo preliminare avente contenuto obbligatorio" (p. 23). Si conclude quindi nel senso che dovrebbe essere verificata nel caso esaminato la ricorrenza di due diverse ipotesi di studio: o "quello iniziale è un accordo innominato di tipo preparatorio", ipotesi però subito esclusa dall'Autore, il quale ritiene inconcepibile ipotizzare una "metamorfosi dell'accordo iniziale da contratto atipico" a contratto causalmente e patrimonialmente connotato dal contributo del terzo, ed assumere che quest'ultimo tipo di contratto fosse voluto fin dall'inizio dalle parti; oppure come "fattispecie negoziale in via di formazione", la quale però esula dai confini dell'istituto dell'arbitraggio, che riguarderebbe in ogni caso un negozio giuridico "già esistente e perfetto" (p. 48) nel quale la causa è chiaramente definita.

215 Si veda in particolare, per le argomentazioni che seguiranno, G. B. FERRI, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 9-10. Più in generale, sulla distinzione tra forma e contenuto si vedano: F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181 ss, dove si delinea la figu-



nuto, si è sforzata di dimostrare che i due elementi mantengono una loro autonomia apprezzabile sia sul piano logico che su quello giuridico, pur essendo destinati ad integrarsi sul piano materiale.

Sul piano logico, la distinzione tra forma e contenuto si (ri)afferma<sup>216</sup> perché i due elementi “*pur destinati ad integrarsi l’uno con l’altro, non smarriscono mai, in una unità distinta, la propria individualità*”<sup>217</sup>. Sul piano giuridico la distinzione sarebbe stata implicitamente accolta dal legislatore nelle norme in tema di interpretazione, dalle quali può argomentarsi che “*il contenuto di un negozio non è soltanto quello che risulta essere consegnato alla forma in cui si è esteriorizzato*”, dovendo l’interprete portare il procedimento ermeneutico al di là del dato formale: dove lo indirizza in particolare l’art. 1362 c.c., il quale

---

ra del negozio pluriformale. In particolare l’illustre Autore argomenta che, se è pur vero “*che il negozio non è pura forma; ma forma + volontà + causa*” e che “*sotto le parole, che sono la forma, stanno la volontà e la causa*”, non può esservi però dubbio sul fatto che “*queste parole siano dette o scritte a vuoto, cioè senza volontà o senza causa*” (p. 194). Perciò “*un negozio non può avere più di una causa o più di una volontà*” le quali “*si esauriscono uno actu per guisa che non possono rimettersi o moltiplicarsi*”, ma può ben accedere che “*a disposizione della stessa volontà e della stessa causa possono essere messe più forme, come un uomo può servirsi di più vestiti*” (p. 195). Ne discende che, qualora le parti emettano una seconda dichiarazione, quest’ultima può costituire “*soltanto la forma del negozio già esistente*” (a causa e volontà invariate), oppure un “*nuovo negozio*” allorquando alla nuova forma corrisponda una nuova causa (pp. 197-198). Il problema teorico della dissociazione tra forma e contenuto si replica d’altronde nella teoria del negozio, laddove si contrappongono struttura e autoregolamento. Nell’ottica di una separazione tra i due termini si è quindi ammesso che l’ordinamento possa attribuire rilevanza giuridica alla sola struttura, quando siano integrati tutti i requisiti della fattispecie (art. 1325), pur in mancanza di un autoregolamento. Così A. AURICCHIO, *La simulazione*, cit., 12 ss., ricostruisce il fenomeno della simulazione nel senso che “*esso si manifesta per lo più attraverso la creazione di un titolo o documento tipico, a porre in termini precisi la rilevanza del fatto e della sua struttura sul piano legale, indipendentemente e nell’assoluta mancanza di un autoregolamento*” (p. 12). Secondo questa dottrina infatti la “*valutazione legislativa del comportamento negoziale*” da una parte si compie in base a una serie di elementi, menzionati all’art. 1325 c.c., che consentono di individuare (non l’autoregolamento in sé ma) “*solo la tutela legislativa attribuita a quell’autoregolamento*” (p. 199); e dall’altra ciascuno di essi elementi si riferisce alla sola dichiarazione negoziale, in quanto “*la legge deve operare nei confronti di tutti, e ciò che compare nei confronti di tutti è solamente la dichiarazione, mentre della volontà, nella sua esistenza e regolarità, sono a conoscenza solamente le parti*” (p. 202). Il negozio simulato è allora un negozio valido “*in quanto l’atto posto in essere dai contraenti integri la fattispecie negoziale*” (p. 84), i cui requisiti, menzionati all’art. 1325, andrebbero riferiti al solo fatto della dichiarazione; ma inefficace, perché “*alla perfezione del fatto negoziale si contrappone la constatazione che i simulanti, con il loro comportamento, non hanno nessuna intenzione di porre in essere un autoregolamento dei propri interessi*” (p. 94).

216 Com’è noto infatti una parte della dottrina la nega. Esisterebbe un principio di “*inseparabilità di forma e contenuto*” secondo N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 111 ss., per il quale dietro la separazione tra i due elementi vi sarebbe un’indebita “*scomposizione del negozio*” in elementi suscettibili di combinarsi, e specialmente di sommarsi o sottrarsi. Tale distorta visione però farebbe degradare la forma da elemento della struttura “*a strumento esterno al negozio*”, “*a disposizione dei soggetti, che possono, a loro grado, mutarla e sostituirla*”, rivestendo un identico negozio (qualificato dagli elementi propriamente strutturali: causa e volontà) con una pluralità di forme. A parere dell’Autore, peraltro, sarebbe più coerente con i risultati dell’analisi filosofica riconoscere invece che “*la forma non è veste dell’atto, ma l’atto stesso nel suo storico accadere*”, “*non è un che di aggiunto e di estrinseco, poiché il contenuto è quale la forma elabora e rileva*”. Più in generale, questa dottrina sostiene che “*la forma è tale se rivela un contenuto, ed il contenuto è l’esito del nostro capire e intendere la forma*”; laddove, se si tentasse di dissociare i due elementi, allora la forma cesserebbe di essere tale, divenendo “*semplice fatto materiale*”.

217 Così G. B. FERRI, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, cit., 9-10.

“consente, anzi impone” di considerare “come strumenti idonei ad individuare il contenuto, situazioni estranee al momento più immediatamente formale”<sup>218</sup>. In particolare, tali situazioni non sarebbero da ricercare solo nella fase antecedente alla conclusione del contratto, vendendo in rilievo “le circostanze, i motivi, le c.d. condizioni non svolte, i comportamenti antecedenti e successivi al negozio tenuti dai suoi autori, che pur estranei alle immediate modalità della estrinsecazione negoziale, costituiscono punti di riferimento che consentono l’individuazione del contenuto”<sup>219</sup>.

Il regolamento negoziale si scopre quindi esposto a un naturale dinamismo, al di là del contenuto minimo manifestato dalle parti nelle forme reputate idonee dall’ordinamento a dotare il voluto di rilevanza giuridica. Sarebbe perciò ingenuo pensare che con la fissazione di un contenuto minimo (e con il suo corollario: il perfezionamento della fattispecie ad oggetto determinabile) si determini anche una sicura invariabilità dell’autoregolamento negoziale<sup>220</sup>, che è invece per sua natura esposto a variazioni nel corso della realizzazione dell’assetto di interessi diviso<sup>221</sup>.

---

218 Id., *op cit.*, 14.

219 Id., *loc. ult. cit.*

220 Nel senso criticato vedi però P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione*, cit., 1355, secondo cui “l’interpretazione non ha per punto di riferimento soltanto il testo approvato dai contraenti, occorrendo altresì valutare il comportamento complessivo delle parti” (p. 1355), specificando però che, per evitare i problemi di opponibilità ai terzi del precetto contrattuale antiletterale, “il testo approvato dai contraenti rimane il solo oggetto dell’interpretazione, ed il comportamento complessivo delle parti non costituisce se non il materiale di cui si serve l’interprete per la sua attività” (p. 1356 nota 33). Nonché C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 310 ss., il quale si dice contrario “ad un’enfaticizzazione indiscriminata del comportamento delle parti, descritto come un inscindibile e continuo sviluppo che si spinge dalla fase precontrattuale a quella postcontrattuale e nell’ambito del quale emergono, di volta in volta, bisogni ed interessi dei contraenti” (p. 314) in quanto ritiene che un simile atteggiamento rechi con sé “il pericolo di proporre alla valutazione dell’interprete un complesso di circostanze indifferenziate ed eterogenee, insuscettibili, come tali, di fornire criteri univoci” (p.315).

221 Il naturale dinamismo del contenuto emerge dagli studi sull’interpretazione del contratto: dove da parte di alcuni è attribuito autonomo rilievo al comportamento successivo alla conclusione del contratto, in funzione non solo interpretativa ma anche modificativa del contenuto, fermo che il contratto originario rimane l’unico titolo giuridico dell’operazione. Così ad esempio G. OPPO, *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 5-6, il quale, dopo aver affermato che “può darsi che le norme interpretative dirette alla ricostruzione della volontà concreta delle parti, alcune la ricostruiscono anche contro il contenuto obbiettivo dell’atto, altre secondo questo contenuto” (p. 6). E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 300 ss., dove si ammette che fanno parte del regolamento negoziale anche i punti che “pur non essendo stati abbracciati dalla formola, rimasta inadeguata, sono tuttavia compresi nell’idea ch’essa esprime, e quindi sono inquadrati pur sempre nel contenuto del negozio” (p. 301), il quale sarebbe oggetto di una interpretazione integrativa. In particolare l’illustre dottrina dapprima distingue l’accordo (art. 1325 n. 1), che è consenso “sul precetto contrattuale (*consensus in idem placitum*)” ossia “concorde modo di intendere le dichiarazioni o i comportamenti reciproci”, dalla comune intenzione (art. 1362) la quale è invece un “consenso più intimo”, ossia “la concorde determinazione causale, il concorde intento pratico delle parti”; e poi giudica “molto istruttivo” che quest’ultimo “non sia stato alle legge posto tra i requisiti di validità ... bensì valutato soltanto quale criterio di orientamento interpretativo”. In questo modo infatti il legislatore avrebbe scongiurato il pericolo di “una interpretazione puramente grammaticale e atomistica, che porterebbe a isolare la dichiarazione della cornice delle circostanze” per legittimare “un’altra interpretazione che integra la

A nostro avviso dovrebbe ammettersi la *tendenziale dinamicità*<sup>222</sup> del contenuto del contratto, inteso non tanto come atto-fattispecie ma come complessiva operazione economica destinata, per volontà delle parti, a realizzarsi in una sequenza procedimentale. L'accoglimento dell'impostazione opposta presenterebbe l'inconveniente, indesiderabile, di precludere in assoluto la possibilità che un procedimento negoziale iniziato con un atto a contenuto determinabile si articoli in una pluralità di vincoli a definizione progressiva del contenuto dell'autoregolamento e di atti a realizzazione graduale degli interessi perseguiti. Non a caso, da una prospettiva spiccatamente procedimentale, è stato sostenuto che l'interprete dovrebbe svolgere "*una sorta di cammino a ritroso*" nella ricerca del significato dell'*iter* negoziale il quale acquisterebbe "*un senso non tanto in funzione dell'atto iniziale del ciclo, normalmente poco espressivo, quando in funzione dell'ultimo atto*"<sup>223</sup>.

---

*fattispecie della dichiarazione e la inquadra nell'intero comportamento reciproco e nell'insieme delle circostanze in cui si svolse*", anche alla luce del "*comportamento reciprocamente tenuto dopo raggiunta la conclusione*". L. MOSCO, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, 106-107, per il quale l'interpretazione incongrua (rispetto al contenuto della dichiarazione contrattuale) data dai terzi "*manca normalmente di efficacia*" perché questi, proprio in quanto terzi, non possono pretendere di "*trascendere alla modificazione della dichiarazione*"; invece l'interpretazione incongrua data dalle stesse parti può diventare vera e propria attività dichiarativa, quando queste "*anziché limitarsi a interpretare secondo le norme di diritto positivo il precedente contratto, stipulino un negozio avente una più notevole funzione, cioè quella di confermare o di modificare il contenuto del precedente contratto*". In particolare per questa dottrina gli effetti del secondo accordo "*retroagiscono al tempo della conclusione del primo contratto, perché normalmente questo è l'ordinamento della volontà delle parti*", anche se si precisa che "*non saranno opponibili ai terzi*". Nello stesso senso, ma in un diverso ambito: L. RICCA, *Motivi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Varese, 1977, 277, dove si afferma che "*il contenuto effettivo dell'autodeterminazione dei privati, si manifesta come la risultante degli interessi emersi dall'intero procedimento e non come la espressione statica del solo momento di autodeterminazione dell'atto*". Più nel dettaglio si veda anche G.M. UDA, *Il comportamento delle parti come canone di interpretazione contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 597 ss., dove si prende in considerazione il caso in cui un comportamento successivo alla conclusione, incoerente rispetto all'originario regolamento di interessi, lo surclassi: qualificandosi come "*comportamento concludente*" costitutivo di un'ulteriore fattispecie contrattuale. In particolare l'Autore, nell'ambito di un più ampio lavoro di valorizzazione del "*principio di concorrenza*" dei canoni interpretativi legali, attribuisce una duplice rilevanza del "*comportamento successivo al consenso contrattuale*" il quale "*può assumere una diversa qualificazione giuridica ed intervenire in termini differenti nella vicenda contrattuale*" a seconda del rapporto di coerenza con cui lo stesso si ponga in rapporto alla lettera del contratto (pp. 615-616). Si delineano quindi due diverse ipotesi: nella prima il comportamento successivo alla conclusione non è "*riconducibile ad alcun programma convenzionale attribuibile al testo del contratto*", e dovrebbe quindi essere qualificato come comportamento concludente tramite il quale "*le parti abbiano inteso dare luogo a una fattispecie contrattuale diversa, che non trovi, cioè, un fondamento testuale negli enunciati del precedente contratto*" (p. 612). Nella seconda ipotesi è invece "*compatibile con il senso (o uno dei vari sensi) degli enunciati contrattuali*", e dovrebbe quindi qualificarsi come "*comportamento interpretativo*", idoneo cioè "*all'accertamento della reale volontà dei contraenti*" (p. 617).

222 In particolare vedi ancora G. ALPA, *L'oggetto e il contenuto*, cit., 629, il quale, pur premettendo che una volta terminata la fase formativa "*il contenuto è tendenzialmente statico*", ammette poi che anche nella fase cosiddetta esecutiva questo possa essere caratterizzato da "*dinamicità*": con conseguente prolungamento del "*processo negoziale*" oltre la fase delle trattative, nei casi in cui sul contenuto "*incidono fonti e fattori, sicché non si può dire che al termine dell'esecuzione quindi alla sua estinzione, il contenuto sia rimasto invariato*".

223 ROMANO (SALV.), *Autonomia privata*, cit., 95. Vedi inoltre, con particolare riferimento al procedimento conclusivo del contratto, ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico*, cit., 38, dove si afferma che "*la rappresentazione completa del contenuto negoziale, con l'aggiunta dell'intento delle parti (che può*

Una riflessione maggiore ci sembra invece necessaria sul problema dei limiti, che pure devono sussistere, alla facoltà di lasciare indeterminati alcuni aspetti contenutistici, con particolare riferimento alla causa. Limiti che, naturalmente, dovrebbero ricavarsi non *a priori* ma alla luce della concreta realtà operativa: infatti la prassi conosce e l'ordinamento regola non solo figure che consentono la definizione progressiva dell'autoregolamento di interessi, ma anche operazioni contrattuali complesse nelle quali si ammette una certa flessibilità dell'elemento causale divisato nell'atto iniziale del processo negoziale. Alla luce delle nuove figure di contrattazione cioè sembra lecito poter configurare la causa, se non in termini largamente flessibili e indeterminati, neanche necessariamente statici: ma quantomeno variabili<sup>224</sup>.

D'altra parte e infine, deve osservarsi che la conclusione criticata non è affatto coerente con la dottrina che in più di un'occasione ha sostenuto, dal nostro punto di vista assai opportunamente, che le indagini sulla determinazione dell'oggetto confluiscono nella dinamica formativa: cogliendo così in modo esplicito il particolare rilievo che acquista, nell'ambito della formazione del contratto, la problematica della determinazione dell'oggetto.

Alcuni rilevano addirittura la sostanziale sovrapposizione dei due istituti, osservando in particolare che, se la *ratio* della nullità del contratto con oggetto indeterminato e indeterminabile deve essere individuata nell'esigenza “*di garantire la serietà del volere di chi si obbliga contrattualmente*”, allora questa particolare ipotesi di nullità dovrebbe reputarsi (oltre che “*pericolosa*” perché fondata su formulazioni “*generiche ed equivoche*”<sup>225</sup>) “*tendenzialmente inutile*”: dal momento che vi sarebbero una varietà di argomenti, tra loro fungibili, in base ai quali il giudice potrebbe nel concreto addivenire comunque a una pro-

---

*verificarsi in tempi successivi), determina la conclusione del contratto e il valore di norma vincolante. Ma questo intento propulsore del legittimo esercizio di un potere giuridico fino al risultato, visto sotto il profilo dell'azione, appare materia fluida e, soprattutto, appare elemento senza limiti di misura rispetto al criterio vincolante sotto il quale una legge dello Stato valuta lo stesso elemento nel quadro della validità o comunque, della legittimità dell'atto”.*

224 Vedi *infra* Capitolo III, § 4.

225 V. ROPPO, *Sugli usi giudiziali della categoria “indeterminatezza/indeterminabilità*, cit., 130, il quale, dopo aver rilevato che statisticamente le decisioni che addivengono alla nullità per indeterminabilità dell'oggetto sono inferiori a quelle che invece ne affermano la validità, riporta una nutrita serie di casi in cui la nullità è invocata “*a mo' di pretesto, da un contraente di mala fede per sfuggire a propri impegni e responsabilità*”, in ciò risolvendosi “*l'uso prevalente della categoria della indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto contrattuale*” (p. 132).

nuncia di nullità, motivando “nei termini di una invalidità di quel contratto per vizio del consenso, o di un mancato perfezionamento del suo processo di formazione”<sup>226</sup>.

Altri invece sostengono che le due discipline della determinabilità dell’oggetto e della formazione del contratto, pur nella loro autonomia, possano positivamente integrarsi e interagire. Così ad esempio una dottrina già più volte richiamata, indagando il fenomeno della formazione progressiva del contratto, afferma che quando le parti raggiungono un mero accordo parziale (*id est*: solo su alcuni dei punti discussi nella fase delle trattative), lasciando dei punti riservati, il contratto non può dirsi concluso<sup>227</sup> ma le parti potrebbero utilizzare l’istituto dell’arbitraggio come “congegno di chiusura, per il caso in cui l’accordo sui punti riservati non si raggiunga”. La determinazione del terzo inciderebbe quindi su un contratto ancora in formazione, qual è quello sul quale pende ancora la definizione dei punti riservati, in modo tale da determinarne la conclusione<sup>228</sup>.

#### **2.4. Seconda verifica critica (pratica).**

Sul piano pratico deve essere rilevata una certa tendenza degli interpreti ad attenuare, intendendolo con minor rigore, il requisito di determinabilità dell’oggetto nella contrattazione preliminare.

A questa stregua alcuni autori sostengono che il contratto preliminare non può ritenersi nullo per indeterminabilità dell’oggetto se le parti, pur riservandosi di trattare ulteriormente sulla misura del corrispettivo, ne hanno stabilito un limite massimo o minimo<sup>229</sup>.

---

226 *Id.*, *op. ult. cit.*, 129.

227 G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., 256-257, dove si fornisce una spiegazione analitica sul perché un accordo parziale non può dirsi ancora concluso. In particolare questa dottrina opportunamente afferma che “la riserva su taluni punti non può essere equiparata alla lacuna”, per il fatto che in quest’ultimo caso “il contratto si è formato, ma presenta una lacuna; riguardando tale lacuna un elemento essenziale, il contratto è invalido e quindi non produce effetti, a meno che non vi sia una norma che fornisca essa stessa i criteri per colmare tale lacuna”; nel primo caso invece “le parti non hanno tanto lasciato una lacuna nel regolamento contrattuale, quanto hanno consapevolmente proposto un meccanismo più complesso di formazione del contratto”, sicché il mancato accordo sui punti riservati “impedisce, dunque, la formazione del contratto; un problema di validità o meno non si pone neppure, proprio per la mancata formazione del contratto”.

228 G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., spec. 256-258, dove si legge che “si può deferire ad arbitri non soltanto la risoluzione di eventuali controversie relative all’interpretazione o esecuzione del contratto, ma anche il superamento, attraverso la loro determinazione, del disaccordo sui punti riservati”, precisando ulteriormente che in tal modo “la funzione degli arbitri” si trasformerebbe “in quella degli arbitratori” (p. 258).

229 P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, X ed., Milano, 1995, 324, le cui argomentazioni sono riprese da G. GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, I, 499 ss., secondo il

Altri invece, interrogandosi sulle ragioni per le quali le parti sono indotte a lasciare indeterminato l'oggetto del contratto, da un lato pervengono ad individuare un caso tipico di indeterminatezza dell'oggetto nella contrattazione preliminare: dove si prende in considerazione l'ipotesi in cui le parti stipulano “*contratti preliminari con oggetti indefiniti*” al preciso scopo di “*non perdere l'occasione di impegnarsi a contrarre*”, ma con l'accordo di determinarne successivamente in modo più preciso l'oggetto<sup>230</sup>. Dall'altro ritengono che non sia da considerare senz'altro nullo per indeterminatezza dell'oggetto il contratto nel quale le parti non abbiano indicato i criteri in base ai quali procedere alla sua determinazione, affermandosi che costituisce “*espressione dell'autonomia negoziale dei contraenti*” la facoltà di avvalersi di un “*procedimento abbreviato di conclusione dell'accordo*”, caratterizzato da una dissociazione del “*momento di definizione del precetto negoziale dal momento della conclusione*”<sup>231</sup>.

quale l'attenuazione al rigore del requisito della determinabilità così prospettato in sede di contrattazione preliminare avrebbe “*carattere generale*”, sicché non potrebbe ritenersi nullo un accordo definitivo “*con cui le parti si riservino di trattare ancora sull'entità di una delle prestazioni, ma già stabiliscano, per così dire, il tetto od il pavimento (od ambedue i limiti) della trattativa stessa*”, traducendosi questo tipo di figura in un normale patto d'opzione (art. 1331 c.c.). Ma vedi anche V. CAREDDA, *Determinazione del prezzo affidata a un terzo*, in *Codice della vendita*, IV ed., a cura di V. Buonocore, A. Luminoso, G. Fauceglia, Milano, 2018, 558, dove si rileva che “*le regole previste per la mancata determinazione espressa del prezzo nella compravendita si applicano anche al relativo contratto preliminare, con la conseguenza che il contratto preliminare di vendita che non contenga l'indicazione del prezzo (né i criteri per determinarlo) non deve per ciò stesso considerarsi nullo*”.

230 Così G. ALPA, *Appunti sulla nozione di oggetto del contratto*, in *Vita not.*, 1981, 816 e ID., *L'oggetto e il contenuto*, cit., 632, dove l'Autore, premesso che individuare “*le ragioni che indussero le parti a lasciare indeterminato l'oggetto del contratto non è semplice*”, avverte che il preliminare ad oggetto indefinito sarebbe “*di dubbia validità*” ma non prende una posizione chiara sul problema: al contrario lasciando intendere la necessità di approfondimento ulteriore, trattandosi di una fenomenologia della contrattazione preliminare sulla quale “*non sempre si è indotti a meditare*”.

231 G. ALPA, *Accordo delle parti e intervento del giudice*, cit., 84-85, secondo cui il principio di conservazione del negozio impedisce che si giunga senz'altro a una declaratoria di nullità dello stesso nel caso in cui “*le parti avevano davvero intenzione di determinare l'oggetto del contratto (senza indicare tuttavia i criteri che dovevano presiedere alla specificazione)*” (p. 96). A parere dell'Autore, pur in mancanza di disposizioni integrative di legge (quali l'art. 1474 c.c. in tema di vendita e l'art. 1657 c.c. in tema di appalto) il giudice è tenuto a svolgere l'attività determinativa, la quale dovrebbe “*ascriversi alla fase dell'interpretazione*” e condursi privilegiando criteri oggettivi: ossia “*quegli indici obiettivi che si possono ricavare da un apprezzamento delle circostanze presenti al momento della conclusione del contratto*” (p. 102), in special modo facendo riferimento al tipo, il quale “*dispone la ripartizione dei rischi e delle perdite tra i contraenti che permette di definire con maggior coerenza l'oggetto del contratto*” (p. 103). Sarebbe invece tecnicamente e dogmaticamente scorretto fare ricorso a criteri che si richiamano all'intenzione delle parti, poiché ogni riferimento alla volontà delle parti “*porterebbe ad una chiara finzione poiché le parti lasciarono volutamente imprecisato il contenuto della prestazione*”, “*non potendosi neppure presumere una loro volontà ipotetica*” “*proprio perché non fu mai raggiunto l'accordo sull'oggetto*” (p. 102). Dello stesso autore vedi anche ID., *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Rischio contrattuale e autonomia privata*, cit., 117, dove “*il confine ultimo*” tra determinabilità e indeterminabilità dell'oggetto è argomentato a partire dall'ipotesi limite in cui “*le parti si riservino di tornare sulla definizione degli elementi essenziali, o meglio, di un elemento essenziale con un successivo patto*”: nel senso che l'oggetto dovrebbe reputarsi indeterminabile, e quindi il contratto dichiararsi nullo, quando il patto successivo non sia concluso né sia possibile determinare altrimenti il suo oggetto attraverso l'equo apprezzamento del giudice.

A queste opinioni deve poi aggiungersi quella secondo la quale ricorrerebbe “*un accordo innominato di tipo preparatorio*”, esulante però dall’ambito di disciplina dell’arbitraggio, quando le parti deferiscono a un terzo la determinazione del contenuto (inteso in senso lato, come insieme dei profili funzionali e oggettuali) di un contratto, nel contempo riservandosi di recepirne l’attività volitiva. In tal caso infatti la fonte diretta degli effetti negoziali non sarebbe “*la volontà del terzo*”, né “*la volontà preventiva delle parti*”, ma la “*la volontà successiva delle parti stesse che può recepire o meno (stante la libertà che connota la fase prenegoziale) il dictum del terzo*”<sup>232</sup>.

Alla luce delle dottrine richiamate, sembra possibile delineare un regime speciale delle figure contrattuali che accedono nella fase della contrattazione preliminare, per quanto riguarda la determinabilità dell’oggetto.

### **3.1. Il patto sulla forma.**

L’art. 1352 c.c. consente ai contraenti di vincolarsi a una determinata forma in vista del loro futuro contratto, specificando che la forma eletta con patto scritto si presume dotata di funzione costitutiva.

Si tratta di una di quelle disposizioni che reca “*nodi da sciogliere*”<sup>233</sup>. La possibilità di elezione di una forma volontaria costitutiva infatti mette apparentemente in discussione le più elementari regole di funzionamento dell’autonomia privata: quali l’indisponibilità della fattispecie contrattuale (con particolare riferimento al requisito formale di cui al n. 4 dell’art. 1325 c.c.) e del giudizio di invalidità da parte dei privati. La complessità dei problemi dogmatici sollevati pone l’interprete di fronte alla sfida di comprendere la natura del

---

232 F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione*, cit., 86-88, dove si ipotizza altresì una responsabilità precontrattuale della parte che si sottrae al recepimento.

233 Non di rado l’esegesi è accompagnata dall’uso di espressioni che denunciano un certo imbarazzo dell’interprete: il quale, nell’opera di ricostruzione del significato positivo della disposizione, molto spesso si interessa più di arginare le conseguenze ritenute dirompenti che di trarre dalla disposizione la massima utilità applicativa. Così ad esempio: F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla “documentazione” del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 91 ss., afferma che un’interpretazione della norma eccessivamente fedele al suo testo “*si finirebbe per ammettere ciò che, alla luce della moderna concezione dell’autonomia negoziale, pare inammissibile*” (p. 100). Sottolinea invece la natura paradossale e ambigua che il problema del formalismo volontario ha assunto in dottrina: F. ADDIS, *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 1 ss., il quale però da un lato ammette che “*un generico richiamo ai principi che che informano l’autonomia dei privati appare in questa materia, già a prima vista, insufficiente e infruttuoso*”, dall’altro respinge ogni “*approccio metodologico improntato ad un più o meno palese scetticismo in ordine al concreto significato positivo del fenomeno nel suo complesso*” (pp. 5-6).

potere di autonomia privata in un caso che può considerarsi al limite della funzione dispositiva, e di indagare i connessi limiti al suo esercizio in rapporto di necessaria coordinazione con l'ordinamento giuridico. Non stupisce quindi la tendenza a sovvertire il linguaggio usato dal legislatore, con particolare riferimento alla nozione di forma<sup>234</sup> e all'impiego della categoria della (in)validità per qualificare il (futuro) contratto.

E' opportuno richiamare il contenuto della disposizione di cui all'art. 1352 c.c. anzitutto sul piano meramente descrittivo, fornendo in nota e non più che sinteticamente le coordinate interpretative della disposizione in oggetto. Solo in seguito ci occuperemo di collocare il patto sulla nella fenomenologia dell'incompletezza del regolamento di interessi, nella prospettiva dell'autonomia privata procedimentale.

Il patto sulla forma regolato all'art. 1352 c.c. è un accordo che interviene tra le parti contraenti di un *futuro contratto*<sup>235</sup>.

234 Com'è noto, non esiste un unico significato del termine forma. Per un verso si è scritto che la categoria della forma presenta una "intrinseca storicità e relatività" (A. ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1962, 577). Per altro verso e in un senso generalissimo la forma è spesso considerata alla stregua di una costante, coesistente al fenomeno giuridico, nella misura in cui il diritto si avvale di "forme" per discriminare gli atti rilevanti: cioè di "modelli" attraverso cui l'atto deve necessariamente esteriorizzarsi al fine di acquisire giuridica rilevanza (A. E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Varese, 1968, 1013, per il quale il formalismo traspare dai "modelli di comportamento che le leggi statuiscono collegandoli a certe condizioni di tempo e di luogo, il cui verificarsi rende applicabili le leggi medesime"). Con specifico riferimento all'atto negoziale, la considerazione del dato formale ha subito una lunga evoluzione nel travagliato percorso dogmatico segnato dalle vicende dell'elemento volontaristico. In una prima fase quest'ultimo catalizza ogni esigenza ricostruttiva del negozio, per questo la forma è considerata solo come un veicolo della volontà la quale, come un "fatto interiore, invisibile" presenta l'intrinseco "bisogno di un segno", pur essendo autonomamente produttiva di effetti (F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, III, Torino, 1900, 342; mentre nella nostra letteratura vedi F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 148, dove la forma è descritta come un "imballaggio" che soddisfa un'esigenza di conoscenza). Successivamente il dogma della autonomia della volontà entra in crisi e la forma cessa di essere vista in funzione accessoria per diventare un elemento che con la volontà si fonde nell'atto negoziale. Diversi autori rivalutano la funzione costitutiva dell'elemento formale all'interno del fenomeno negoziale: F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 118, a proposito del dogma della volontà autonomamente produttiva di effetti, afferma che "non è da credere che già l'interno volere abbia questa attitudine e che l'atto serva a farlo conoscere", dovendo riconoscersi invece il "carattere costitutivo dell'atto come forma del negozio"; E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., 125 ss., inteso l'atto negoziale come fatto sociale, gli attribuisce una "forma rappresentativa" che, essendo volta a garantire l'"oggettiva riconoscibilità del contegno nell'ambiente sociale in cui è tenuto" (p. 127), non potrebbe ricevere una considerazione separata rispetto al contenuto dell'atto di autonomia, col quale si determina quindi una unità inscindibile; N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 13, dove si afferma che la forma (rappresentativa) da un punto di vista logico possiede sempre valore costitutivo, perciò l'atto è essenzialmente sintesi di forma e contenuto.

235 Il concetto di forma ha ricevuto ulteriore specializzazione in ambito contrattuale, dove la forma è menzionata dal legislatore all'art. 1325 n. 4 quale elemento essenziale del contratto ogni volta che sia richiesta dalla legge a pena di invalidità. In base a quest'ultima disposizione si delinea la distinzione tra atti a forma libera e atti a forma vincolata. I primi risponderebbero a un "criterio di idoneità naturale" (M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Varese, 1968, 990), o a una "necessità logica" (N. IRTI, op. ult. cit., 6), nel senso che i consociati potrebbero scegliere di adottare qualsiasi forma, purché soddisfi l'intrinseca esigenza di estrinsecità dell'atto (vedi anche: E. BETTI, op. cit., 275 ss., dove si ricorda che "senza una forma il precetto dell'autonomia privata, che è contenuto del negozio, non sarebbe socialmente ricono-



La natura giuridica del patto è assai discussa<sup>236</sup>, ma è certo che esso deve essere temporalmente collocato nella fase che precede la conclusione del contratto (*id est*: nella fase della sua formazione), dovendo le parti riferirsi alla “futura conclusione di un contratto”.

Nella medesima disposizione si prevede una disciplina apparentemente chiara della forma e del contenuto del patto: la forma è libera e sono dunque ammessi i patti orali; il

---

*scibile*” (p. 278); G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit., 16, per il quale il dichiarante avrebbe solo l’onere “di rendere intellegibile il contenuto della propria volizione”). Nei negozi a forma vincolata invece, sarebbe la legge a individuare il contegno attraverso cui l’autonomia privata deve necessariamente estrinsecarsi per assurgere a giuridica rilevanza. La forma vincolata sarebbe quindi, secondo l’impostazione tradizionale, il modo della manifestazione negoziale specificamente richiesto dalla legge in deroga al preteso principio di libertà delle forme. In linea di principio infatti, se l’autonomia privata può adottare la forma più idonea a esteriorizzare l’atto nell’ambiente sociale, allora la forma legale vincolata è come un peso o onere, che opera nei limitati casi previsti dalla legge (per tutti vedi C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 276, secondo cui “*le prescrizioni normative di oneri formali costituiscono deroghe al principio di libertà della forma*” e “*la loro applicazione ai casi non previsti incontra quindi il divieto dell’analogia*”). Contro il preteso principio di libertà delle forme vedi però, da due diverse prospettive: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 135-136, secondo cui, avendo la forma lo stesso fondamento dell’autonomia, e cioè quello di essere strumento di realizzazione di un interesse meritevole di tutela, dovrebbe piuttosto riconoscersi che “*vincoli e spazi di libertà non si contrappongono ma si integrano*”; nonché N. IRTI, op. cit., 19 ss., per il quale la libertà di forma deve essere intesa come semplice espressione linguistica per esprimere “*l’assenza di una norma*” e per questo all’art. 1325 n. 4 non potrebbe essere attribuita alcuna qualifica di relazione qual è quella di essere eccezione ad una regola: quest’articolo conterrebbe invece una norma “*pari ad ogni altra*” (p. 22), suscettibile di applicazione analogica e utilizzabile per ricostruire la disciplina della forma nei contratti atipici.

236 Le posizioni in merito possono essere raggruppate in di due grandi correnti d’opinione: l’una nega e l’altra invece afferma che vi sia un legame tra forma volontaria e autonomia privata. Per l’opinione negativa vedi N. IRTI, *Idola liberatis*, cit., 23 ss., secondo cui “*il legislatore delega alle parti il potere di composizione della fattispecie, così come egli stesso lo detiene ed esercita*”. Per questa dottrina infatti, se il potere di autonomia (art. 1322 c.c.) è circoscritto alla determinazione del contenuto dei negozi, la norma di cui all’art. 1352 c.c. non può essere interpretata che come ipotesi di “*delega*” ai contraenti del potere di costituire fattispecie forti da parte del legislatore. Le opinioni positive (sul fondamento delle quali vedi in generale: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 449, dove si sottolinea che il patto “*rinvia il suo fondamento, e valore, nella stessa competenza dei privati a dare regola da sé ai propri interessi*”, e G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 214, per il quale “*la determinazione convenzionale della forma degli atti non pone un limite all’autonomia, ma è manifestazione della stessa*”) debbono essere ulteriormente catalogate a seconda che si attribuisca o meno natura negoziale al patto. Parla di atto di autonomia, ma nega la qualifica negoziale: V. VERDICCHIO, *Forme volontarie e accordo contrattuale*, Napoli, 2002, 292, secondo cui il patto sulla forma consiste in una “*riserva bilaterale di volontà*” la quale servirebbe a segnalare l’irrelevanza di ipotetici accordi raggiunti in fase di trattative, in quanto sicuramente privi di *animus obligandi*. Nell’ambito delle qualificazioni negoziali invece, alcuni autori parlano di negozio configurativo: ROMANO (SALV.), *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., 80-81, per il quale i contratti normativi soddisferebbero “*un principio di autonomia di configurazione del procedimento di formazione di un contratto*” in quanto “*non obbligano a concludere un futuro contratto: le parti restano libere, ma ove concludano dovranno uniformarsi alle regole di contenuto o di forma (v. art. 1352) predisposte dal contratto normativo*”; G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., 119, secondo cui “*l’esempio più significativo del negozio di configurazione*” sarebbe “*il patto sulla forma, disciplinato dall’art. 1352 c.c.*”, la cui funzione sarebbe di opporre “*un limite di qualificazione*” al futuro contratto, precludendo il riconoscimento ordinamentale di esso come atto giuridico impegnativo in mancanza dell’elemento individuato dalle parti medesime (anche in ID., *L’autonomia negoziale*, cit., 27); A. M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 426-427, per il quale il patto sulla forma è un “*negozio*

contenuto consiste nell'individuazione di una forma vincolata<sup>237</sup> del futuro contratto. Si precisa che il patto, per poter essere concretamente applicabile, non può esaurirsi nella mera pattuizione di una forma ma dovrà contenere “*tutti gli elementi necessari per identificare il contratto, o i contratti, da farsi in quella forma*”<sup>238</sup>.

Sempre limitandoci al piano descrittivo, il legislatore mostra una preferenza per la funzione costitutiva della forma volontariamente eletta, stabilendo che questa deve presu-

---

*configurativo, dunque, è parte del più ampio genus degli accordi normativi, entro cui si connota in ragione di proprie caratteristiche che discendono dalla natura procedimentale della sua funzione: che è quella di regolare lo svolgimento del procedimento formativo del contratto*”. Altri autori invece ricorrono alla categoria del contratto normativo: di atto a “*carattere “programmatico” (se non propriamente “normativo”)*” parla F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 94; mentre per C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 296 ss. il patto sarebbe appunto un negozio normativo attraverso cui le parti subordinano il loro futuro contratto a un requisito di efficacia. Per una dottrina ancora diversa si tratterebbe poi di vero e proprio contratto preliminare: A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, 11 ss., il quale, da una parte avverte che il patto in questione non realizza “*il fondamentale interesse all’organizzazione giuridica*” (p. 11), cui provvede l’ordinamento fissando imperativamente i requisiti di esistenza delle fattispecie, e dall’altra ritiene che esso mira esclusivamente a realizzare gli interessi privati, i quali quindi dovranno necessariamente emergere nel patto, a pena di invalidità dello stesso (p. 106); ne consegue, per il suo necessario legame con gli interessi concreti dei paciscenti, che il patto avrebbe natura di contratto preliminare non eseguibile in forma specifica (p. 188). Una dottrina recente infine, nel distinguere l’area della negozialità da quella della dispositività, qualifica il patto come atto non dispositivo di natura negoziale, e afferma che esso sarebbe “*espressione di un potere di scelta che produce un vincolo inter partes, cioè impegna le parti*”, vincolo che “*consiste nella soggezione delle parti del futuro contratto alla valutazione di (in)validità dello stesso*”: così A. RENDA, *Forme convenzionali. Art. 1352*, in *Il codice civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016, 120.

237Per una parte della dottrina le parti potrebbero individuare solo forme note al legislatore: così M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., 1002; per altra parte avrebbero una più ampia libertà di elezione, nei limiti di meritevolezza e intelligibilità della forma eletta. Ammettono l’eleggibilità di una forma diversa da quelle legali R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., 455, “*purché ammissibile e attuabile nel contesto del traffico giuridico*”, nonché R. SACCO- G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 717, che ritiene “*arbitraria*” l’opinione restrittiva.

238 Così R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., 455.

mersi<sup>239</sup> voluta ai fini della validità del contratto se il patto sulla forma è stipulato per iscritto<sup>240</sup>.

Attraverso il vincolo di forma l'autonomia privata sottopone il (futuro) contratto a una determinata disciplina la quale, avendo la legge operato un espresso riferimento alla validità, sembrerebbe doversi enucleare sulla falsariga del sistema delle forme legali<sup>241</sup>. Dovrebbe dunque applicarsi la disciplina della forma *ad substantiam* quando operi la presunzione o comunque qualora le parti abbiano chiaramente attribuito funzione costitutiva

---

239 Anche la natura della presunzione è discussa. Solo qualche autore ritiene che sia una presunzione in senso proprio: così R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 720. Per alcuni si tratta di una presunzione interpretativa: così F. MESSINEO, voce *Contratto*, cit., 840, afferma che “*il contenuto dell'art. 1352 c.c. è schiettamente di natura interpretativa della volontà dei contraenti*”, laddove “*il fatto ignorato e da assodare è, appunto, il significato della convenzione; non la convenzione per sé presa, che, come tale, è nota e certa*”. Per altri è scorretto il richiamo alla presunzione, dovendosi ritenere che la norma enunci una vera e propria regola interpretativa applicabile a qualsiasi dichiarazione, anche non scritta: così G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 215, e A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 35. Altra parte della dottrina “soverte” la struttura presuntiva della norma: così F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla “documentazione”*, cit., 112-113, ritiene che la presunzione, nel riproporre il dilemma tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, costituisce un portato della tendenza ad impostare il problema delle forme convenzionali “*secondo uno schema omologo a quello applicato alla questione della forma legale*”. Ciò, si afferma, non sarebbe invece corretto in quanto l'accordo di cui all'art. 1352 non è volto a eleggere il requisito formale del contratto ma a “*disciplinare la modalità di esternazione del futuro contratto*”, in relazione alla quale “*non presume - a ben vedere - il valore attribuito dalle parti alla forma pattuita, ma dispone circa gli effetti in linea di principio riconnessi a quell'accordo, facendo salva, però la possibilità che le parti (sovranamente libere di regolare i loro interessi come meglio credono) abbiano consapevolmente escluso la produzione degli effetti naturalmente conseguenti all'accordo sulla forma, ponendo in essere - sostanzialmente - un accordo funzionalmente diverso da quello tipicamente considerato dalla norma*”. La disposizione conterrebbe quindi non una (inutile) presunzione, ma “*al più una clausola di salvezza*”. Invece per R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 451- 454, la soluzione normativa di preferenza per la funzione costitutiva sarebbe in realtà un meccanismo integrativo operante sul presupposto della lacunosità o incompletezza della volontà, spiegando così il perché la legge ne abbia subordinato l'operatività alla stipula di un patto scritto: si afferma quindi che “*l'espressione normativa “si presume” appare un po' impropria*” (p. 452), trattandosi piuttosto di “*un criterio di valutazione, o se si vuole integrativo, in ordine al significato del patto scritto con cui le parti si impegnano ad adottare una forma determinata nella stipula di un futuro contratto*” (p. 454).

240 Pertanto in dottrina si è precisato che la forma scritta prevista per il patto all'art. 1352 sarebbe solo una “*forma integrativa*”, ossia un presupposto per l'applicabilità della norma interpretativa: A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 46.

241 *Contra* vedi però E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 289, secondo cui la clausola contrattuale con cui le parti stabiliscono che un contratto non può essere provato se non per iscritto contiene in realtà l'elezione di una forma volontaria *ad substantiam*; F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla “documentazione”*, cit., 96 ss., secondo cui la forma volontaria è sempre costitutiva e perciò da una parte la struttura presuntiva della norma non è che il “*frutto di un pregiudizio dogmatico*” legato alla tradizione romanistica, e dall'altra deve mettersi in dubbio la trasposizione della suddetta alternativa nell'ambito delle forme volontarie, poiché essa rilevarebbe solo “*nei casi di prescrizioni legali di forma*” (p. 96). In particolare questa dottrina ritiene che “*l'istituto della forma volontaria si situi su un terreno estraneo a quello della forma come requisito integrante della fattispecie negoziale, avendo un suo rilievo del tutto peculiare, ed avendo piuttosto attinenza con l'esigenza di definire ed enucleare le modalità espressive riconoscibili come mezzi di esternazione della volontà negoziale*” (p. 97). C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 299, secondo cui in ipotesi di incertezza interpretativa la presunzione esclude il valore meramente probatorio della forma, ma non istituisce un parallelo tra forme legali *ad substantiam* e forme volontarie. Per un'opinione sempre diretta a scardinare l'alternativa tra forme *ad substantiam* e *ad probationem*, ma con argomentazioni diverse, vedi invece: V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, 437, secondo cui il dubbio interpretativo sotteso dal patto e risolto dal legislatore con la presun-

alla forma volontaria: in tal caso il contratto amorfo, stipulato in violazione del patto pregresso, sarebbe invalido. In caso contrario verrebbe in rilievo la disciplina della forma *ad probationem* (art. 2725, comma I, c.c.): con la conseguenza che il contratto amorfo sarebbe sì valido, ma le parti subirebbero sensibili limitazioni sotto il profilo della prova (specie sotto il profilo dell'esclusione della prova testimoniale e di quella indiziaria, ex art. 2729, comma II)<sup>242</sup>.

Volgendo ora l'attenzione ai problemi pratici che il patto sulla forma solleva, è necessario anzitutto delimitare la prospettiva dalla quale il fenomeno del formalismo volontario sarà qui riguardato: che è sempre quella dell'autonomia procedimentale privata. Infatti è stato rilevato che la convenzione sulla forma non di rado compare nel corso di trattative complesse: ad esempio all'interno di una puntuazione vincolante di clausole, e ancor più di frequente nella contrattazione preliminare, come clausola di un contratto pre-preliminare o di un preliminare vero e proprio<sup>243</sup>. In tutti questi casi occorre chiedersi in che modo il vincolo di forma di matrice convenzionale interferisce con la costruzione del regolamento di interessi, condizionandone il completamento, specie nei casi in cui i contraenti addivengano *medio tempore* alla stipula di un contratto amorfo.

Quest'ultima è una figura di non facile comprensione se si tiene presente che, come è stato scritto anche di recente, ciò che di questo istituto mette alla prova le capacità

---

zione non ricade nell'alternativa tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem* ma “*resta confinato nella possibile alternativa tra forma costitutiva e patto di documentazione*”.

242 In senso critico però F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 91 ss.

243 Fanno espresso riferimento a queste ipotesi applicative dell'art. 1352 c.c., in cui le parti di un preliminare di contratto ad effetti reali (che ai sensi dell'art. 1351 dovrebbe avere la stessa forma scritta prevista dalla legge per il definitivo) non solo si obbligano a stipulare il definitivo, ma prevedono espressamente che quest'ultimo si stipuli con una forma scritta qualificata, come l'atto pubblico notarile: C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 296; P. SICA - V. D'ANTONIO, *La forma*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, 1, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, VII, Torino, 2007, 380 (dove si precisa che “*anche in assenza di una specifica pattuizione circa la forma pubblica in sede di preliminare di vendita, il futuro acquirente potrebbe comunque pretendere che il negozio definitivo venga stipulato nel rispetto dei requisiti formali tali da consentire i successivi adempimenti pubblicitari*”) e A. RENDA, *Forme convenzionali. Art. 1352*, cit., 101 e 128. Accennano invece anche all'eventualità che la convenzione sulla forma si inserisca in un accordo che fa ancora parte delle trattative: R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 456, dove si ipotizza sia che “*il patto sulla forma possa essere incluso in un contratto preliminare*”, sia “*che l'accordo sulla forma si raggiunga in una fase più o meno avanzata delle trattative per la stipula di un contratto*”; A. GENOVESE, *Il contratto preliminare*, 106, per il quale addirittura il patto sarebbe nullo qualora non emerga il suo legame con un interesse concreto dei paciscenti; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 217, per il quale è possibile che il patto “*si presenti come convenzione a sé stante*” o “*venga inserito in un contratto preliminare*” oppure “*venga perfezionato nel corso delle trattative o venga formulato nel momento in cui si raggiunge l'accordo sull'intero contenuto del contratto*”. Le parti potrebbero anche stipulare un patto isolato prima dell'inizio delle trattative: ne accennano G. MIRABELLI, *Dei contratti*, loc. ult. cit.; nonché A. RENDA, *Forme volontarie*, cit., 82, nota 24, dove si precisa che “*il carattere futuro del contratto della cui forma il patto dispone è compatibile*” anche “*con l'ipotesi in cui le parti - magari in non occasionali relazioni d'affari - riguardino tale contratto come del tutto ipotetico*”.

di comprensione dell'interprete è proprio l' "*ineliminabile gioco tra volere e disvolere delle parti*", che costituisce la "*base oscillante*" sul quale poggia la regola di forma di matrice privata<sup>244</sup>. L'oscillazione del volere spiega, a nostro avviso, il duplice impegno ricostruttivo della dottrina: la quale da una parte si sforza di individuare il trattamento giuridico del contratto amorfo, inteso come manifestazione patologica che interrompe la sequenza negoziale introdotta dal patto; e dall'altra si pone un problema di ammissibilità della revoca tacita del patto, che comporterebbe all'opposto la definitiva assunzione del regolamento di interessi contenuto nel contratto amorfo.

Come si cercherà di argomentare, nessuna delle soluzioni appena riferite può soddisfare: entrambe - in egual misura anche se agendo su direzioni opposte - trascurano le attese evolutive immesse dal patto sulla forma nella sequenza procedimentale in cui l'autonomia privata è destinata a operare. Come si è anticipato, la presenza di un requisito volontario di forma dovrebbe impedire che il ciclo negoziale semplicemente si arresti con la stipula di un contratto amorfo: proprio quest'ultimo costituisce il sintomo dell'incompletezza del regolamento, non potendo realizzare gli interessi che le parti hanno collegato all'adozione di una forma volontaria (quantomeno fintanto che il vincolo convenzionale non sia rimosso).

### **3.2. "*Volere e disvolere*". Il trattamento giuridico del contratto amorfo.**

Il trattamento giuridico da riservare al contratto amorfo è assai controverso, oltre che intimamente legato all'opinione sostenuta da ciascun autore in merito alla natura giuridica del patto. Sul merito della questione, è possibile individuare due gruppi di opinioni: quelle che rifiutano la soluzione dell'invalidità, mettendosi contro il dettato normativo, e quelle che invece l'accolgono.

Quest'ultimo orientamento, apparentemente compatto, in realtà tiene insieme posizioni frastagliate a causa dei diversi tentativi di adattamento della disciplina dell'invalidità alla natura essenzialmente privata dell'interesse tutelato dal patto. Accanto a chi, senza staccarsi dal dettato normativo, ritiene che il contratto amorfo sia nullo<sup>245</sup>, talvolta sottoli-

---

244 Così F. ADDIS, *Il paradosso delle forme convenzionali*, cit., 6.

245 G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 182; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 717; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, 1,

neando però che la nullità deriva (non già in via diretta dalla statuizione delle parti, ma in via mediata) dalla valutazione ordinamentale del contratto amorfo in relazione agli interessi già manifestati nel patto<sup>246</sup>; vi è chi invece avverte l'esigenza di modulare la disciplina dell'invalidità in ragione della natura disponibile degli interessi coinvolti dalla pattuizione della forma, ma con risultati tutt'altro che unificanti: considerato che le soluzioni proposte vanno dall'annullabilità<sup>247</sup> alla nullità relativa e sanabile<sup>248</sup>, fino all'invalidità convenzionale<sup>249</sup> del contratto amorfo.

Anche il primo orientamento, negando la soluzione dell'invalidità, tiene insieme opinioni molto diverse. Secondo alcuni la violazione del patto condurrebbe all'inefficacia del contratto amorfo<sup>250</sup>. Altri invece evidenziano il nesso tra (violazione della) pattuizione di forma e (mancata) conclusione del contratto o (mancato) perfezionamento della fattispecie contrattuale. Più in particolare: secondo una parte della dottrina la violazione del patto impedirebbe il perfezionamento della fattispecie contrattuale a causa della “*mancata realizzazione della volontà delle parti*”, per cui il contratto amorfo sarebbe affetto da “*inesistenza*” o “*inefficacia convenzionale*”<sup>251</sup>; un'altra parte afferma invece che in mancanza

---

diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, spec. p. 1309, dove si osserva che “*una volta che sia constatata la doppia natura e la doppia disciplina delle comminatorie di nullità, e l'intreccio fra le stesse, non ci vuol molto a concludere che anche se le comminatorie di tipo formale tengono stretto conto degli interessi dei contraenti, comunque la loro tutela è assorbita nella tutela di interessi generali, con la conseguenza dell'applicazione della più tradizionale disciplina della nullità*”.

246 A. RENDA, *Forme volontarie*, cit., 120, ove si sostiene appunto che “*non è quindi il patto sulla forma a produrre l'effetto dell'invalidità, ma è la legge a farlo in virtù della scelta della forma operata dalle parti attraverso il patto*”.

247 G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989, 149.

248 E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., 471; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., 1003.

249 P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., 147, secondo cui “*il problema va risolto mediante il criterio della compatibilità alla particolarità degli interessi disposti perché disponibili dalle parti, escludendo quegli effetti che si ispirano al profilo pubblicistico del fenomeno della nullità*”.

250 C. M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 299, secondo cui la forma volontaria avrebbe “*la rilevanza propria della condizione*”. A quest'interpretazione così riduttiva si oppone però che sarebbe errato il riferimento all'istituto della condizione, poiché essa incide sull'efficacia dello stesso atto che la pone, mentre qui la forma (intesa come condizione) influirebbe sull'efficacia di un atto diverso (il futuro contratto): così A. RENDA, *Forme volontarie*, cit., 279.

251 Così R. SCOGNAMIGLIO, *Dei Contratti in generale*, cit., 455 ss., spec. p. 459. In particolare questo Autore da una parte esclude la possibilità di riconoscere al patto forza positiva, “*nel senso di porre a carico delle parti l'obbligo di osservare un certo contegno negoziale*”, per la ragione che “*il meccanismo delle obbligazioni si rivela praticamente inoperante*” con riguardo al punto “*se il contratto sia da reputarsi concluso o no*” (pp. 456-457); e dall'altra, ritiene impossibile trasferire sul terreno delle valutazioni private l'intera gamma di figure di qualificazione “*che il diritto sancisce con riguardo all'autonomia negoziale*” (p. 459), quali l'inesistenza, l'invalidità e l'inefficacia in senso stretto. Ritiene invece che si debba “*discutere piuttosto del mancato perfezionamento del contratto secondo l'intesa delle parti; e prospettarsi semmai una ipotesi di inesistenza o se si vuole di inefficacia convenzione*”, precisando da un lato “*la oggettiva esistenza, e validità, del contratto medesimo*”, che impedirebbe ai terzi di eccepire e al giudice di rilevare d'ufficio “*la mancata realizzazione della volontà delle parti*”; e dall'altro la sua inefficacia e inesistenza convenzionale, cioè “*nei limiti di rilevanza di un precedente patto (intercorso tra gli stessi stipulanti)*”, che consentirebbe invece a ciascuna

della forma eletta sarebbe in realtà l'accordo a difettare e, in base a questa premessa, argomenta la mancata conclusione del contratto amorfo, colpito da irrilevanza convenzionale<sup>252</sup> o da vera e propria inesistenza<sup>253</sup>. Per altre e più radicali opinioni, infine, la mancanza di forma toglierebbe valore di fattispecie al contratto amorfo<sup>254</sup>, o comunque degraderebbe la dichiarazione a mero fatto storico<sup>255</sup>.

Le dottrine appena riferite vengono criticate sotto diversi aspetti. In termini generali si è osservato che la soluzione contraria all'invalidità, pur essendo “*radicalmente cor-*

---

delle parti di “*eccepire che in effetti il contratto controverso non si è mai concluso*” (p. 459).

252 Così F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla “documentazione”*, cit., spec. 98 ss., precisandosi però che non si tratterebbe “*di una irrilevanza del negozio alla stregua dell'ordinamento obiettivo, ma di irrilevanza alla stregua del patto sulla forma, nel senso che le parti potranno, valendosi del patto, considerare il negozio difforme tamquam non esset*” (pp. 108-109). Secondo questo autore infatti l'accordo sulla forma “*è atto di autoregolamento che risponde a ben individuabili interessi (meritevoli di tutela)*”, subito individuati da questa dottrina “*nell'interesse ad eliminare ogni incertezza circa il carattere (di dichiarazione negoziale conclusiva o invece di mera attività preliminare di “trattativa” degli svariati contegni cui è in astratto attribuibile valore negoziale*” (p. 98). In particolare, la figura esaminata svolgerebbe una funzione apprezzabile su due piani: della conclusione, in relazione alla “*esigenza delle parti di prestabilire se, quando, dove e con quale contenuto concreto il negozio debba reputarsi “per convenzione” concluso*” (p. 99); e dell'interpretazione, giacché la dichiarazione da reputare rilevante in base al pregresso accordo sull'accordo dovrebbe “*fissare il contenuto*” e quindi imporre “*una limitazione nell'interpretazione del negozio medesimo, dappoiché è in tal caso giustificato l'esclusivo riferimento al testo, ossia alle dichiarazioni rese nella forma convenuta*” (pp. 98-99). Ciò in quanto a parere di questa dottrina, da un lato, il termine “forma” sarebbe stato usato dal legislatore nell'art. 1352 c.c. in un significato affatto diverso da quello col quale abitualmente si indica il requisito formale della fattispecie contrattuale (art. 1325 n. 4): non si presenterebbe cioè “*nell'aspetto di requisito della fattispecie negoziale, ma in quello di modalità di esternazione prescelta dalle parti*”, la quale in quanto tale non sarebbe “*distinguibile dall'atto “in sé”, costituendone comunque l'esternazione*” (p. 197). Dall'altro e di conseguenza, il termine “validità” sarebbe stato usato “*in una accezione generalissima*”, la quale non si lascerebbe ricondurre alle ipotesi classiche di invalidità (nullità e annullabilità) pur condividendo con esse “*la comune caratteristica di guardare all'atto in sé*” (p. 108). Sulla stessa linea vedi anche, il quale, ricostruendo l'invalidità in una prospettiva assiologica, e cioè come “*giudizio di disvalore dell'ordinamento rispetto ad un comportamento umano che evidenzia interessi non meritevoli di tutela*” (R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Varese, 1972, 577), sostiene coerentemente che il patto sulla forma non potrebbe “*in nessun modo fruire del regolamento voluto dalla legge in tema di nullità*”: sicché “*o le parti senza la forma pattuita non hanno assunto alcun impegno ed il loro intento pratico non è giunto alla sua compiuta determinazione; o la forma pattuita, come più comunemente avviene, è considerata come uno specifico obbligo, l'inadempimento potrà giustificare la risoluzione o l'esecuzione forzata in forma specifica*” (R. TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 884).

253 La tesi dell'inesistenza è sostenuta dai vari autori con diverse argomentazioni. In particolare si vedano: G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 220, per il quale “*l'atto compiuto in forma diversa è, pertanto, per le parti che hanno stipulato in quella forma, giuridicamente inesistente*”; nonché da V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 317, secondo cui il patto sulla forma servirebbe a segnalare l'irrilevanza di ipotetici accordi i quali sarebbero giù considerati inesistenti sul piano dell'ordinamento, in quanto privi di animus obligandi. In particolare, a mancanza della forma convenuta segnala l'assenza di animus nel contratto amorfo e perciò impedisce all'interprete di ritenere perfezionato il contratto “*per assenza assoluta di qualsiasi decisione*”. L'irrilevanza però non sarebbe da ricollegare direttamente al patto, ma proprio all'ordinamento: dal momento che esso, normalmente, valuta l'esistenza dell'accordo (artt. 1321 e 1325) non solo in base alla coincidenza contenutistica tra dichiarazioni, ma anche alla luce dall'assunzione della decisione concreta di impegnarsi nella sfera psichica del contraenti (*animus obligandi*).

254 M. ALLARA, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 281, nonché, nella stessa linea di pensiero, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., 126-127, dove si accenna all'inesistenza del negozio carente di forma solenne volontaria.

*rettiva dell'enunciato testuale*<sup>256</sup>, non è supportata dalla chiara evidenziazione delle ragioni che imporrebbero di circoscrivere l'invalidità alle ipotesi di inosservanza di requisiti di struttura prescritti dalla legge. La soluzione criticata sarebbe anzi viziata da “*apriorismo interpretativo*”, in quanto “*dalla premessa generale per la quale i privati non possono incidere sulla struttura del contratto*” si pretende di trarre l'errata “*conclusione che essi non possono farlo mai*”<sup>257</sup>.

Più nello specifico si è rilevato, da un lato, che inseguendo il proposito di sottrarre ai privati il potere di disporre dei requisiti di validità si è finito per collegare alla violazione della forma volontaria una conseguenza addirittura più grave dell'invalidità: cioè l'irrelevanza. Essendo infatti la rilevanza la prima soglia di qualificazione del fatto giuridico operata dall'ordinamento<sup>258</sup>, qualificare come (sia pur convenzionalmente) irrilevante il con-

---

255 N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., 40, per il quale “*la dichiarazione che non soddisfa il requisito di forma, esiste come semplice fatto storico*” e “*il negozio, stipulato in gomma diversa da quella pattuita, non ha l'efficacia che, altrimenti (cioè, senza l'accordo), avrebbe*”.

256 U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 636.

257 Così A. RENDA, *Forme convenzionali*, cit., 252-253, il quale ritiene doveroso prendere atto che “*sia la legge stessa a parlare di invalidità*”.

258 Ciò è vero sia se ci si pone nella prospettiva di metodo che, intesa la fattispecie come schema elastico dal quale ricavare sia un modello “assiologico-formale” che uno “assiologico-materiale” di atto, ritiene che debbano ricevere adeguata classificazione le diverse ipotesi di difformità del negozio (vedi in particolare A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Varese, 1965, 456, dove si elabora il “principio di convenienza dell'effetto al fatto”, in virtù del quale l'efficacia dell'atto non deve ritenersi pregiudicata dalla mancanza di alcuno degli elementi formali previsti nel testo della legge, perché non sempre la deviazione dell'atto concreto dalla sua forma evidenzia un problema giuridico nuovo e diverso, al quale cioè occorra dare soluzione con un diverso effetto). Sia (e a maggior ragione) se invece ci si pone dalla opposta prospettiva metodologica che, assumendo la fattispecie come schema di atto “formale” e “rigido”, nega che possa esservi qualsivoglia articolazione nello studio della difformità degli atti, e perciò non avverte l'esigenza di distinguere - sui diversi piani semantico, concettuale e positivo - le qualità dell'atto nullo, irrilevante, e inesistente. Per la prima opinione si vedano: R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, cit., 581, secondo cui la rilevanza costituisce il necessario presupposto logico di ogni successiva qualificazione giuridica ed è attribuita, in funzione della riconducibilità allo schema legale, a qualsivoglia fatto che concretizza i “minimi essenziali” di una fattispecie legale; e perciò si distingue dall'invalidità, che qualificerebbe l'atto in funzione della sua conformità al sistema di valori dell'intero ordinamento giuridico, e nello specifico dalla nullità, che costituisce una qualità, sia pur negativa, di atti giuridicamente rilevanti. Nonché G. FILANTI, *Inesistenza e nullità nel negozio giuridico*, Napoli, 1983, spec. 67 ss., secondo cui il negozio nullo (a differenza di quello inesistente), sebbene difettoso, integra comunque la “*fattispecie minima*” e cioè presenta almeno i suoi elementi essenziali, per cui ha una rilevanza positiva. Per l'opinione opposta invece: B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 69 ss., che nell'aderire alla teoria della “relatività del fatto giuridico” in base alla quale l'ambito di rilevanza di ciascun atto corrisponde perfettamente a quella del tipo, sostiene che l'incompletezza o imperfezione dell'atto determina da parte dell'ordinamento un giudizio puramente negativo (nel senso di non giuridico), e quindi sostiene che l'atto non interamente sussumibile nella norma che lo prevede non è giuridico, ma è solo un *quid facti* avente un'esistenza materiale o di fatto, ma non per il diritto. Nonché N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss., secondo cui attraverso la sussunzione, che è un “*giudizio di carattere classificatorio*”, il fatto storico che “*rientra nel tipo di fatto previsto dalla norma*” perde la propria individualità di fatto della realtà concreta e diventa concetto del fatto (o fatto giuridico) alla stregua di un modello normativo generale (la fattispecie). Ne discende che il fatto irrilevante non esiste per il diritto: esso è un accaduto storico, ma è un nulla per il diritto in quanto, non rientrando nel tipo di fatto previsto



tratto amorfo significherebbe “sostenere ciò che a priori si era negato, e cioè che le parti possono disporre in ordine alla rilevanza giuridica della fattispecie”<sup>259</sup>, o comunque consentire all’autonomia privata di determinare “l’interruzione del nesso tra fatto (in senso lato) ed effetti giuridici” e la “negazione ad opera delle parti della qualità stessa di fatto al contratto”<sup>260</sup>.

Dall’altro lato, si è osservato che la tesi che considera come non concluso il contratto amorfo realizza un’indebita sovrapposizione tra due diversi requisiti del contratto - l’accordo (art. 1325 n. 1) e la forma (art. 1325 n. 4) - e che all’origine di questa confusione vi sarebbero un equivoco dogmatico e una falsa suggestione.

L’equivoco dogmatico consisterebbe nell’intendere la forma *in tutt’uno* con l’accordo, e cioè come pura manifestazione di esso o suo imprescindibile lato estrinseco<sup>261</sup>; laddove essa nei casi prescritti dalla legge è requisito *ulteriore* rispetto all’accordo e soddisfa l’esigenza di disciplina del *modo* della manifestazione, sicché il contratto sarebbe nullo quando l’accordo si raggiunge in violazione della forma-modo “*legale o convenzionale che sia*”<sup>262</sup>. La falsa suggestione deriverebbe poi da una scorretta assimilazione di due ipotesi affatto diverse: la forma volontaria pattizia prevista all’art. 1352 e quella unilateralmente individuata dal proponente ai sensi dell’art. 1326 comma IV<sup>263</sup>. Delle due disposizioni appena menzionate, solo l’ultima avrebbe una reale attinenza col problema della conclusione del contratto (*id est*: della formazione dell’accordo), in quanto la forma prescritta dal proponente per l’accettazione andrebbe a interferire con la regola della conformità nel senso che “*se l’oblato non rispetta la prescrizione di forma, non c’è incontro tra proposta ed ac-*

---

dalla norma, non potrà mai diventare concetto, ossia fatto giuridico.

259 F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, 303.

260A. RENDA, *op. cit.*, 265. Su questa linea vedi anche: F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 155, dove si sottolinea che pur in mancanza della forma il contratto avrebbe comunque “*il minimo dei requisiti per esistere*”, nonché P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., 146, secondo cui “*ancor più incongruo sarebbe discorrere di inesistenza del negozio, giungendo ad applicare una sanzione più grave di quella prevista per la forma legale*”.

261 Alla base dell’equivoco vi sarebbe cioè l’ineliminabile duplicità di significati che la forma assume nella teoria del contratto (vedi *supra* nota 50). In proposito: E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., 126, il quale, dopo aver affermato l’inscindibilità di forma e contenuto nella struttura del negozio giuridico, precisa che “*il diritto può o prescrivere all’autonomia privata il modo dell’atto, considerando irrilevante ogni modo diverso, ovvero lasciarla libera di scegliersi i mezzi più adatti, purché attendibili (per la riferibilità all’auto-re) e idonei a rendere l’atto esteriormente riconoscibile agli altri*”; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio*, cit., 231, dove, premesso che “*il negozio giuridico può assumere qualsiasi forma che sia adeguata alla finalità della sua riconoscibilità oggettiva*”, precisa poi che “*l’ordinamento può sempre fissare, riguardo alle singole fattispecie, il grado minimo, indispensabile cioè, perché ricorra il negozio*”.

262A. RENDA, *op. cit.*, 263.

263A. RENDA, *loc. ult. cit.*

*cettazione quindi il contratto non si conclude*<sup>264</sup>. Mentre l'art. 1352 c.c. andrebbe riferito “*ai requisiti strutturali di un contratto concluso, quindi esistente*”, in quanto “*proposta e accettazione si sono già incontrate ed a venire in rilievo non è la loro difformità (l'accordo c'è), ma la difformità del contratto in quanto tale rispetto al vincolo di forma posto convenzionalmente*”<sup>265</sup>.

A nostro avviso (e salve le precisazioni che si faranno in seguito sulla natura dell'invalidità in questione) colgono nel segno le opinioni appena riferite le quali, nel valorizzare l'autonomia concettuale tra i due requisiti di accordo e di forma, considerano concluso ma invalido il contratto amorfo e perciò paiono senz'altro le più rispettose del significato teorico e della portata pratica della disposizione.

Non può però altrettanto concordarsi con l'ulteriore corollario che da questa sistemazione concettuale del trattamento giuridico del contratto amorfo si ritiene di far derivare: quello cioè in base al quale si nega che il patto sulla forma possa essere considerato espressione di autonomia procedimentale, in quanto “*l'accordo si raggiunge a prescindere dalla forma*” e quest'ultima è “*elemento autonomo del contratto*” rispetto all'accordo<sup>266</sup>. L'adesione a questa opinione, evidentemente limitativa della portata procedimentale dell'autonomia alla sola fase formativa dell'accordo, non consente infatti di inquadrare il ciclo negoziale introdotto dal patto sulla forma in una sequenza procedimentale più ampia rispetto al raggiungimento dell'accordo contrattuale. Infatti, nell'ambito degli studi sulla funzione del formalismo (legale e volontario), la dottrina ha evidenziato che anche l'individuazione della forma è funzionale ai fini dell'autonomia privata<sup>267</sup>. In particolare si è osservato che le esigenze di completamento dell'operazione negoziale legate all'adozione di un requisito formale volontario potrebbero interessare anche gli aspetti sostanziali dell'operazione (e non solo quelli strutturali)<sup>268</sup>.

264A. RENDA, *op. cit.*, 259.

265 A. RENDA, *op. cit.*, 259.

266 Così A. RENDA, *Forme volontarie*, cit., 263, in espressa polemica con A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 347, secondo cui invece i privati, con la pattuizione di forma, “*non intendono aggiungere al contratto un elemento altrimenti assente, ma vogliono stabilire un percorso formativo aggravato da vincoli formali*”.

267P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., 132, secondo cui la forma “*più che rappresentare un limite esterno dell'autonomia ne rappresenta una modalità, una condizione essenziale che attiene al suo stesso fondamento, un presupposto a volte necessario per svolgere lo stesso controllo di utilità sociale e di meritevolezza del contenuto*”.

268 Com'è noto, il problema della funzione della forma legale *ad substantiam* è ancora molto dibattuto perché la legge si limita a stabilire che l'inosservanza del precetto impedisce la valida costituzione del contratto (artt. 1352, n. 4 e 1418 c.c.). La diversità di opinioni formulate dalla dottrina è dovuta al fatto che lo studio della forma legale può essere condotto secondo due differenti procedimenti di ricerca o metodi, a loro volta

Dal punto di vista “teleologico” perciò, la persistenza del vincolo formale non può essere ignorata dall’interprete: magari considerando chiuso il ciclo negoziale con l’invalidità del contratto amorfo, o in alternativa ammettendo la revoca tacita del patto. Infatti è proprio questa persistenza ciò che, determinando l’attesa evolutiva che caratterizza un ciclo negoziale suscettibile di sviluppo ulteriore, consente di qualificare il contratto amorfo come regolamento incompleto di interessi nella prospettiva dell’autonomia privata procedimentale.

### **3.3. “Volere e disvolere”. Il problema della revoca tacita.**

La revoca tacita consentirebbe alle parti, nell’unica sede decisionale costituita dalla stipula del contratto amorfo, di rimuovere il precedente vincolo di forma e nel contempo di

---

fondati su ben individuabili presupposti teorici. Il “metodo strutturale” prende in considerazione l’insieme delle singole ipotesi di forma vincolata assumendole in via generale ed astratta e risolve la forma in un requisito o elemento della “struttura” della fattispecie negoziale. Nell’ambito delle concezioni strutturali alcuni autori tendono ad attribuire alla generalità dei precetti di forma vincolata le caratteristiche della tassatività, eccezionalità e inderogabilità (A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, spec. pp. 30 e 122; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., 944; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 276; B. GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., 434). Questo filone peraltro, non esclude la possibilità di ricavare il fondamento del requisito formale vincolato in astratto, rinvenendolo nel bisogno di dare certezza all’atto, al suo contenuto e ai rapporti giuridici che da questo scaturiscono, oltre che nell’esigenza di responsabilizzare il consenso nei casi di particolare gravità dell’atto (per tutti: C.M. BIANCA, cit., 278). Sempre in una prospettiva strutturalista vedi poi il pensiero di N. IRTI, *Idola libertatis*, 81-82, il quale elimina totalmente dallo studio della forma l’indagine sulla ratio e ritiene che non avrebbe senso interrogarsi sul raggiungimento o meno di uno scopo (esterno) perché ogni struttura avrebbe in sé il suo fondamento e cioè sarebbe “autonoma” e “completa”, né sarebbe scientificamente corretto interpretare le prescrizioni di forma dal lato della funzione perché individuare i fini dovrebbe essere compito esclusivo del legislatore. L’elaborazione di un metodo di studio alternativo a quello strutturale si deve invece a P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., 30 ss., che ha elaborato il “metodo teleologico”, basato sull’esame funzionale delle singole prescrizioni di forma vincolata al fine di individuare il “valore” o l’“interesse” tutelato sottostante. Secondo questa dottrina la forma dell’atto deve essere studiata sia come elemento della struttura che come elemento della funzione (p. 132): il formalismo sarebbe infatti una delle tecniche di cui il legislatore si avvale per tutelare o realizzare interessi meritevoli di tutela, perciò le disposizioni in cui esso si concreta dovrebbero essere studiate alla luce dei valori fondamentali dell’ordinamento (p. 133). In particolare il fondamento della forma, sia essa legale o volontaria, non si esaurisce in un’esigenza puramente rituale (la struttura di cui al n. 4 dell’art. 1325 c.c.) ma è la stessa dell’autonomia e cioè la realizzazione di un interesse meritevole di tutela. Di ciò si troverebbe conferma, a livello teorico, nell’inscindibile “unità di forma e contenuto” che sempre si realizza nell’atto di autonomia; e a livello positivo, proprio nel combinato disposto degli articoli 1322 e 1352 c.c. (pp. 39-40). Non sarebbe corretto quindi studiare la forma separandola dai fini dell’autonomia, oppure concepirla come un “onere” o un “limite” alla realizzazione dei privati interessi. Più corretto sarebbe invece riconoscere che le norme sulla forma incidono tanto sul modo di esercizio dell’autonomia, quanto sul merito degli interessi perseguiti dalle parti (vedi in particolare pp. 151-152, dove si afferma che “scegliere la forma del negozio e regolamentare la forma negoziale sono entrambe espressioni di libertà negoziali; come tali non possono rispondere ad esigenze puramente rituali ma ad interessi, patrimoniali o no, meritevoli e costituzionalmente legittimi”).

porre un assetto di interessi valido e attuale, immediatamente operativo tra le stesse. Sulla questione la dottrina appare divisa, ma nel complesso gli argomenti favorevoli sembrano prevalere.

A sostegno dell'ammissibilità, si è rilevato in primo luogo che la possibilità di rimuovere la forma precedentemente eletta deve ritenersi consentita in forza del disposto di cui all'art. 1372 c.c., dunque l'atto di rimozione dovrebbe essere inquadrato nell'ambito dei negozi revocatori. Sempre alla luce delle acquisizioni dottrinali sulla figura del mutuo dissenso, si è affrontato il problema del requisito formale del negozio revocatorio del patto, concludendosi che la forma dell'atto di revoca è sempre libera: tanto se si sceglie di aderire alla dottrina maggioritaria, per la quale il patto è un atto a forma libera<sup>269</sup>, perché allora sarebbe tale anche un suo eventuale negozio revocatorio; quanto se si condivide la dottrina minoritaria secondo cui la forma scritta sarebbe un requisito essenziale del patto<sup>270</sup> ma non della sua eventuale revoca, la quale opera nel senso di togliere un vincolo all'autonomia e sarebbe quindi *naturaliter* caratterizzata dalla più ampia libertà di forma.

In secondo luogo, l'ammissibilità della revoca tacita si è argomentata in base a un preteso principio cronologico per il quale la volontà remota espressa nel patto deve comunque ritenersi superata dalla volontà prossima del contratto (amorfo)<sup>271</sup>.

Un'opinione che può considerarsi mediana, pur ammettendo la revoca tacita, precisa che al momento della stipula del contratto amorfo deve emergere la consapevolezza delle parti di concludere il contratto in una forma diversa da quella precedentemente eletta<sup>272</sup>.

Per una dottrina contraria ma isolata infine, la revoca tacita non è ammissibile perché il patto abrogativo deve sempre rivestire la stessa forma in precedenza adottata per il patto di elezione: altrimenti quest'ultimo non riuscirebbe a svolgere la funzione di elimina-

---

269 Vedi *supra* nota 227.

270 F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2013, 934, secondo cui il vincolo di forma "comporta un limite all'autonomia privata e alla libertà forma" e perciò "nasce solo se il patto riveste la forma scritta".

271 Così A. GENOVESE, *op. cit.*, 162, nonché F. CARNELUTTI, *Documento e negozio*, *cit.*, 220. Per una critica serrata vedi però F. ADDIS, *Il paradosso*, *cit.*, 7, secondo cui "la plausibilità di un criterio risolutivo meramente cronologico - foggiato a mò dell'abusato latente "lex posterior derogat legi priori" - appare fortemente dubbia, se non gravemente semplicistica".

272 R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, *cit.*, 459-460, dove si rileva che "ci si trova pur sempre di fronte ad una questione di volontà, da risolversi alla stregua e secondo l'interpretazione delle dichiarazioni rese dai contraenti, nel quadro offerto altresì dal loro contegno complessivo (in cui valore significativo può assumere, beninteso, l'esecuzione spontaneamente data del nuovo contratto)".

re “*l’alea delle prove meno qualificate*”<sup>273</sup>. A voler ritenere il contrario, infatti, la prova della volontà abrogativa implicita verrebbe consentita anche attraverso l’esperienza di mezzi meno qualificati, la cui utilizzabilità tuttavia le parti avevano voluto impedire proprio eleggendo un requisito di forma *ad substantiam*.

### **3.4. L’inammissibilità della revoca tacita: un approccio funzionale.**

A nostro avviso l’inammissibilità della revoca tacita deve essere argomentata non tanto (o non solo, come già è stato fatto dalla dottrina contraria appena richiamata) in base a presunti requisiti di forma del patto abrogativo. E’ più proficuo per l’interprete ricercare una sistemazione degli interessi in gioco alla luce della *funzione* del patto e nella cornice della costante dialettica che qualsiasi manifestazione di autonomia privata è destinata a instaurare con l’ordinamento giuridico.

In primo luogo deve rilevarsi che l’ammissione indiscriminata di una revoca tacita non consente di tenere adeguatamente distinte due situazioni affatto diverse: la violazione e la rimozione del patto. Quest’ultima è chiamata a svolgere la precipua funzione pratica di consentire la piena funzionalità del contratto amorfo, eliminando il vincolo al requisito formale la cui mancanza impedirebbe altrimenti il prodursi delle vicende delle situazioni giuridiche soggettive di cui le parti intendono disporre con la stipula del contratto. La prima ha invece come conseguenza proprio quella di impedire la funzionalità a tutela degli interessi che le stesse parti avevano inteso salvaguardare stipulando il patto.

Una distinzione così limpida sul piano giuridico è destinata venir a meno sul piano materiale laddove si ammetta la revoca tacita: perché a livello fattuale l’atto di rimozione verrebbe a coincidere con l’atto di violazione, e in entrambi i casi ad identificarsi con la stipula di un contratto amorfo. Di conseguenza l’interprete non sarebbe in grado di discriminare la natura patologica (violazione) o fisiologica (revoca tacita del patto con contestuale disposizione di un assetto di interessi valido e attuale) del contratto amorfo, e in ultima analisi di valutarne adeguatamente l’effettiva idoneità a modificare le sfere giuridiche delle parti.

---

273 R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 720.

In secondo luogo, consentire alle parti di liberarsi dal vincolo pattizio di forma attraverso la stipula di un contratto amorfo - che l'ordinamento considererebbe valido ed efficace - non solo significa istituire un'inaccettabile commistione tra atti di violazione (qualificati dalla legge come invalidi all'art. 1352 c.c.) e atti di rimozione (consentiti dalla legge in base all'art. 1372 c.c.), ma finisce per privare di qualsivoglia vigore e valore giuridico l'iniziale patto sulla forma, la cui idoneità a vincolare i contraenti del futuro contratto diventerebbe così effimera da scomparire.

Pertanto, un'impostazione corretta del problema della revoca tacita deve consentire nel contempo di salvaguardare "*il valore*" del patto rispetto al contratto amorfo<sup>274</sup>, nonché il "*perché i privati hanno dettato una regola di forma e perché, in un momento successivo, l'hanno disattesa*"<sup>275</sup>.

La salvaguardia del valore della regola privata di forma a nostro avviso sarebbe possibile solo ammettendosi, per un verso, che la stipula di un contratto amorfo - non preceduta dalla volontà espressa di liberarsi dal vincolo pattizio - non integra mai di per sé un fenomeno di rimozione e dunque determina indiscutibilmente l'invalidità del contratto amorfo e la sua inidoneità a produrre trasformazioni nella realtà giuridica; per altro verso, che la rimozione del patto debba essere sempre espressa, oltre che tale da evidenziare le ragioni che inducono le parti a privarsi di un requisito formale eletto in precedenza.

Infatti la necessità di esplicitare le ragioni della rimozione discende, come una conseguenza logica, dalla collocazione del patto nella sua naturale "*dimensione causale*"<sup>276</sup>. L'autoimposizione di una forma volontaria è una decisione assunta nell'esercizio del potere di privata autonomia (art. 1322 c.c.): nei confronti di essa l'ordinamento non rimane indifferente, dovendo procedere alle opportune valutazioni di meritevolezza e liceità degli interessi manifestati nel patto. In particolare l'ordinamento giuridico, prima ancora di interessarsi del contratto amorfo, valuta il patto sulla forma in funzione dei valori dell'intero sistema e su di esso esprime una qualificazione in termini di validità (o invalidità), nella misura in cui l'interesse che spinge le parti all'adozione della forma eletta viene valutato

---

274 Così R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 459.

275 Così F. ADDIS, *Il paradosso*, cit., 8.

276 ID., op. cit., 8-9, dove si sottolinea che "*nello studio del formalismo convenzionale sembra dunque opportuno recuperare una dimensione causale*", e che perciò "*atto e rapporto devono essere attratti in una logica valutativa senza pregiudizi, improntata ad una complessa e avveduta dinamica teleologica, dalla quale sia possibile far affiorare i reali interessi procedimentali perseguiti dalle parti e con ciò procedere all'individuazione di un corretto bilanciamento delle contrapposte esigenze secondo un criterio di meritevolezza adeguato alle circostanze della negoziazione*".

meritevole (o meno) alla luce dei valori dell'ordinamento giuridico, con i quali la prescrizione volontaria di forma viene ad essere integrata.

Per questa ragione, l'originaria valutazione di validità del patto è tale da impedire per il futuro la completa disponibilità della forma volontaria da parte dei paciscenti. Se l'ordinamento ha dapprima valutato come meritevole l'adozione di una forma determinata sulla base degli interessi che le parti hanno collegato ad essa, alla sua mancanza deve corrispondere - per interna coerenza delle valutazioni ordinamentali - un'opposta valutazione in termini di non meritevolezza del contratto amorfo. A seguito di quest'ultima valutazione il successivo contratto amorfo non può che essere invalido, fintanto e a condizione che le parti non manifestino un mutamento di interessi altrettanto meritevole per l'ordinamento.

In altre parole, le parti che volessero validamente concludere un contratto amorfo dovrebbero rimuovere non tanto la forma precedentemente eletta, quanto il giudizio di difformità coi valori del sistema che una sua violazione implica, esplicitando le ragioni per le quali la forma non corrisponde più né ad un interesse degno della considerazione dei paciscenti, né a ragioni meritevolezza fatte proprie dall'ordinamento attraverso l'originaria valutazione di validità del patto sulla forma.

Perciò dovrebbe senz'altro consentirsi la rimozione del patto, in quanto esso è espressione del potere di privata autonomia (art. 1372 c.c.); ma solo in modo espresso, e mai tacitamente né attraverso la mera stipula di un contratto amorfo.

### **3.5. La fenomenologia dell'incompletezza nella dinamica negoziale introdotta dal patto.**

L'assoggettamento del contratto a un vincolo di forma convenzionale espone l'atto di autonomia a valutazioni di meritevolezza collegate al requisito formale volontario, che normalmente non sarebbero necessarie e che, per quanto si è detto in precedenza, impediscono la revoca tacita. D'altra parte, in una prospettiva teleologica della forma, il patto complica il successivo processo negoziale introducendovi interessi che per volontà delle parti non possono dirsi realizzati se non con il rispetto della forma eletta, quantomeno finché quest'ultima non sia rimossa in modo espresso.

Su queste premesse, il fenomeno del formalismo volontario deve essere collocato nell'ambito delle manifestazioni procedimentali dell'autonomia privata. Nella persistenza del vincolo di forma infatti il contratto amorfo non è in grado di realizzare la totalità degli interessi presi in considerazione dai contraenti, e perciò deve essere considerato come regolamento incompleto di interessi, di cui si attende una successiva evoluzione.

La stipula di un contratto amorfo segnala che il processo negoziale è tutt'ora incompleto, cioè soggetto a ulteriore evoluzione, non essendosi ancora realizzati gli interessi che gli stessi contraenti avevano collegato al requisito di forma volontaria.

Per un verso, non dovrebbe stupire che il completamento del regolamento negoziale possa realizzarsi successivamente alla conclusione del contratto: come è stato notato da autorevole dottrina, infatti, *“la posizione della regola privata di forma assume in sé, alterandone essenzialmente il lineare corso naturalistico, la dimensione temporale”*<sup>277</sup>.

Per altro verso, il contratto amorfo non integra mai una revoca tacita e rimane invalido ai sensi dell'art. 1352 c.c. In caso contrario infatti, come si è ampiamente argomentato nel paragrafo precedente, il valore del vincolo creato dal patto sarebbe impercettibile e le valutazioni ordinamentali sugli atti di autonomia privata (nel caso di specie: prima del patto e poi del contratto amorfo) non sarebbero tra loro coerenti.

Per comprendere a fondo le caratteristiche dell'invalidità in questione, occorre tenere a mente che essa si produce in conseguenza della mancanza di un requisito essenziale il quale, appunto perché volontario e quindi non contenuto nello schema normativo, non è tra quelli che necessariamente *“debbono sussistere fin dall'inizio”*<sup>278</sup>. La forma eletta infatti non è propriamente (né prende il posto di) un elemento della fattispecie legale: come dimostra la circostanza che la maggior parte degli autori ritiene che l'individuazione della forma essenziale volontaria è consentita esclusivamente con riferimento ai cosiddetti *“contratti a forma libera”*, o comunque precisa che i privati potrebbero *“aggravare”* il regime formale degli atti ma non semplificarlo attraverso l'individuazione di forme diverse e *“più leggere”*<sup>279</sup>. La forma volontaria è quindi un requisito volontario *ulteriore* (che al limite ripete e amplifica le funzioni di quello legale, ma che soprattutto è) destinato a realizzare in-

---

277 Così ancora F. ADDIS, *loc. ult. cit.* Per l'osservazione di un fenomeno di *“inversione cronologica nell'ordine di formazione della fattispecie”* vedi anche, in precedenza, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., 90, nota 5, dove si fa riferimento ai negozi *per relationem*.

278 Come più volte precisa E. BETTI, *op. ult. cit.*, 477-478.

279 Si vedano in particolare: N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., 23; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., 717.



teressi sostanziali dei contraenti; per questa ragione, essa non deve sussistere fin dall'inizio, potendo pervenire anche dopo la stipula di un contratto amorfo, il quale rimane invalido fino a che la forma volontaria non sia osservata.

Pertanto, anche l'invalidità del contratto amorfo deve essere riguardata alla luce delle attese di completamento della sequenza procedimentale, derivanti dall'attuale persistenza del vincolo di forma: compatibilmente, cioè, con la possibilità di un ulteriore sviluppo della più ampia operazione contrattuale.

Non può trattarsi, allora, di un'invalidità definitiva che chiude il ciclo negoziale, impedendo la realizzazione degli interessi delle parti. A nostro avviso si è di fronte a una specifica ipotesi normativa di "invalidità sospesa"<sup>280</sup>: la quale anche secondo una dottrina recente può aver luogo se "*ulteriori fatti intervengono a completare il ciclo formativo irregolare, in funzione del quale viene utilizzata la parte di fattispecie già venuta ad esistenza*"<sup>281</sup>.

Attraverso l'invalidità sospesa è possibile contemplare l'evoluzione dell'operazione economica in due opposte direzioni: la validità, allorquando la forma volontaria sia osservata, e la definitiva invalidità, qualora pur nella persistenza del vincolo di forma le parti non intendano completare l'operazione adottando la forma eletta. Infatti, in capo ai contraenti non sorge alcun dovere giuridico di completare il processo negoziale con l'adozione del requisito formale: il regolamento incompleto è solo caratterizzato da una ragionevole attesa in ordine al successivo completamento, originata dalla pregressa decisione di realizzare gli interessi negoziali in una sequenza procedimentale configurata nei suoi aspetti formali<sup>282</sup>.

---

280 Sulla quale vedi da ultimo V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., 43-44, secondo cui, "*se nei confronti dello schema normativo proprio il negozio è nullo, non può che esserlo definitivamente, in base al principio che la nullità in linea normale coincide col venire ad esistenza del negozio*", nondimeno sarebbe possibile distinguere da un lato l'ipotesi di ciclo formativo regolare della fattispecie, rispetto al quale la nullità sospesa non sarebbe ammessa; e dall'altro l'ipotesi di ciclo formativo irregolare, che riguarderebbe "*parte della fattispecie venuta ad esistenza*" e si perfezionerebbe "*con l'intervento di ulteriori fatti (ad esempio, art. 590 e 799 c.c.)*". In quest'ultimo caso potrebbe quindi esistere un'incertezza sulla validità dell'atto, poiché esso "*si presenta in via di formazione, in attesa di venire integrato da un ulteriore elemento, che ripete la sua funzione da quello mancante nel ciclo formativo regolare*". Meno di recente si vedano invece: E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 477, dove premesso che "*i negozi la cui efficacia sia subordinata ad un evento futuro ed incerto - sia questa una condizione per essi prevista o un elemento costitutivo di una fattispecie complessa in cui il negozio per sua natura s'inquadra - possono dar luogo al fenomeno dell'invalidità pendente o sospesa*", si precisa poi che "*nell'ipotesi di effetti differiti una invalidità sospesa di produce, anzitutto, 1°, allorché, al momento in cui il negozio si compie, manchi ancora un suo presupposto necessario, il quale peraltro non sia di quelli che debbono sussistere fin dall'inizio*".

281 Così V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., 44.

282 Vedi *supra* § 1.

Mentre però la prima alternativa è facilmente accertabile, poiché legata a una positiva attività dei contraenti che consiste nel rivestire l'autoregolamento della forma convenuta; nel caso opposto si tratta di valutare la definitività di una situazione negativa consistente nel definitivo disattendimento delle esigenze di completamento, quindi nella mancanza della forma volontaria anche per il futuro. Per questo sarà necessaria un'interpretazione complessiva degli atti e dei contegni delle parti: dalla quale far emergere la totalità degli interessi manifestati anche successivamente alla stipula del contratto amorfo (art. 1362 c.c.).

In particolare l'interprete, per discriminare i casi di invalidità sospesa da quelli di invalidità definitiva, dovrebbe indagare il tipo di affidamento riposto dalle parti nel successivo completamento dell'operazione, secondo gli schemi concettuali che caratterizzano a nostro avviso il regolamento incompleto nella prospettiva dell'autonomia privata procedimentale<sup>283</sup>.

Così, sarebbe affetto da mera invalidità sospesa il contratto amorfo sul quale entrambe le parti hanno riposto un affidamento specifico: e cioè hanno realizzato o stanno realizzando una modificazione delle rispettive sfere giuridiche per dar seguito alle esigenze di completamento da loro stessi prefigurate. Vi sarebbe invece una invalidità definitiva quando una o entrambe le parti ripongono sul contratto amorfo un mero affidamento generico: perché non intraprendono nessuna rilevante modificazione delle proprie sfere, e dunque nessuna ragionevole attesa può concretizzarsi in ordine al futuro completamento dell'operazione contrattuale<sup>284</sup>.

#### **4. Rapporti col patto di ripetizione.**

La convenzione sulla forma qui considerata rientra in un'operazione negoziale complessa, suscettibile di completamento anche dopo la stipula di un contratto amorfo; ed è quindi qualcosa di molto diverso rispetto al cosiddetto patto di ripetizione, che mira alla

---

283 Vedi supra Capitolo II §1

284 Ciò che si è finora analizzato è il trattamento giuridico del contratto amorfo. Altro è il problema se sia configurabile una responsabilità (e di che tipo), in capo alla parte che disattende le esigenze di completamento dell'operazione che si siano già concretizzate. Sulla questione si tornerà nel capitolo III, § 5.

documentazione di un contratto già concluso, recante una completa regolamentazione degli interessi e tendenzialmente efficace.

I problemi che l'interprete è chiamato ad affrontare in presenza di un accordo sulla forma<sup>285</sup> sono fondamentalmente due. Da una parte, valutare definitività e completezza del regolamento di interessi recato dal contratto nel quale compare un accordo sulla forma<sup>286</sup>. Dall'altra, indagare la natura dell'accordo sulla forma il quale può assumere due funzioni incompatibili: nell'un caso le parti si vincolano a documentare un contratto che già reca una compiuta regolamentazione degli interessi; nell'altro si impegnano a rivestire di una certa forma il loro futuro contratto, collegando al rispetto della forma volontaria la realizzazione di determinati interessi.

Per l'obiettivo affinità tra le due ipotesi, la presenza di un accordo sulla forma può suscitare problemi di natura interpretativa in ordine alla conclusione del contratto, specie quando i contraenti assumono il vincolo di forma nel corso di trattative complesse. Infatti è stato rilevato che il patto ex art. 1352 c.c. non si esaurisce nella mera elezione della forma di un non meglio precisato futuro contratto: dovendo accompagnarsi - per necessità logica

---

285 R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 449, dove si rammenta che “*le parti possono disporre della forma del negozio, come tale, sia nel corso della sua formazione che, quando esso sia concluso, al fine di rivestirlo di una forma ulteriore*”; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 216, rileva che “*la questione intorno all'interpretazione del patto sulla forma ha rilievo soprattutto quando si controversa se il contratto sia perfetto, benché non rivestito della forma pattuita ovvero si perfezioni soltanto ponendo in essere la forma convenuta; se cioè, raggiuntosi l'accordo ed inserita in esso una clausola che preveda una forma particolare, di solito documentale, debba ritenersi che l'accordo faccia ancora parte delle trattative precontrattuali, perfezionandosi il contratto soltanto con lo scambio dei consensi nella forma determinata dalle parti, ovvero il contratto sia perfetto, restando a carico delle parti l'obbligo di riprodurre a scopo probatorio*”; F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla “documentazione”*, cit., 1988, 91 ss., dove sin dalle prime battute si mette a fuoco il fondamentale “*problema interpretativo di stabilire se si sia in presenza di un vero e proprio accordo relativo alla forma del futuro negozio, ovvero se le parti abbiano essenzialmente inteso vincolarsi alla redazione di un documento (cioè alla confezione di una res, idonea ad essere custodita, conservata, esibita ad altri, trasferita e via seguitando)*” (p. 92).

286 La dottrina che ha affrontato incidentalmente la questione ne fa un problema interpretativo della volontà dei contraenti: così N. IRTI, *La ripetizione*, cit., 40, il quale afferma che “*è problema di interpretazione stabilire se le parti hanno inteso di ripetere un negozio già perfetto; o, invece, di subordinare la validità del negozio all'impiego di una certa forma, degradano gli accordi anteriori a mere trattative*”, precisando poi alla nota 7 che ciò “*non significa che le parti considerano nullo (per mancanza di forma) un negozio già perfetto ... ma che si ritengono, fino dall'origine, libere da vincoli*”. Altre opinioni invece sono più strutturate. Per alcuni, nel dubbio il patto dovrebbe interpretarsi nel senso che stabilisce la minore limitazione per le parti: la forma vincolata avrebbe quindi funzione probatoria e non costitutiva, e il contratto dovrebbe considerarsi già concluso: così A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 59. Per altri invece, poiché il patto sulla forma è essenzialmente strumento tendente al soddisfacimento degli interessi delle parti, l'interprete dovrebbe garantirne il massimo effetto in ossequio al principio di conservazione (art. 1367 c.c.), con la conseguenza che in caso di dubbio si dovrebbe, di preferenza, affermare il valore costitutivo della forma e quindi la mancata conclusione del contratto: così G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 217, per il quale “*deve essere ritenuto che al patto sulla forma va piuttosto attribuito il significato che conservi ad esso la massima utilità per le parti, e cioè l'essenzialità della forma prevista, e non un significato che offra minore tutela agli interessi delle parti stesse, come avverrebbe se si desse alla forma convenuta mero valore probatorio*”.

e pratica - all'indicazione del contenuto identificativo di esso, la cui precisa individuazione è appunto funzionale a consentire (e delimitare) l'operatività del patto<sup>287</sup>. Pertanto, davanti a un regolamento sufficientemente completo cui si accompagni una convenzione di forma, occorrerà capire se i contraenti intendevano: ripetere un contratto già concluso e completo in altra forma; oppure formare una mera puntuazione e procrastinare la conclusione (*id est*: il completamento della più ampia operazione) al momento di adozione della forma eletta, o ancora vincolarsi a un vero e proprio contratto preparatorio, preliminare o pre-preliminare, procrastinando la conclusione del contratto finale (*id est*: il completamento della più ampia operazione) al momento di adozione della forma eletta.

La distinzione tra le due tipologie di accordo sulla forma si presenta molto chiara sul piano teorico e risulta tradizionalmente dall'operare di un criterio di tipo cronologico, suggerito dalla lettera dell'art. 1352 c.c. In base ad esso si è osservato che, contestualmente alla conclusione del contratto, la forma eletta subito si attua e la relativa decisione in ordine alla forma appena adottata viene come obliterata: non potendo essa assumere alcuna rilevanza giuridica autonoma, come accade invece in presenza di uno stacco temporale tra pattuizione di forma e conclusione del contratto<sup>288</sup>.

In quello stesso momento della conclusione (o successivamente) le parti potrebbero però manifestare l'interesse a una forma diversa da quella appena adottata, stipulando appunto un patto di ripetizione<sup>289</sup>. Quest'ultimo quindi sarebbe senz'altro contestuale (o successivo) alla conclusione; anche perché non avrebbe senso vincolarsi a una forma costitutiva, che necessariamente implica "il sacrificio" del differimento della realizzazione degli interessi divisati in contratto, se lo scopo che spinge le parti a pattuire la forma è quello, più limitato, di realizzare l'opponibilità ai terzi del contratto.

---

287 R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 455, dove si precisa che "dallo stesso patto e per la sua applicabilità, debbano risultare, alla luce di una congrua interpretazione, tutti gli elementi necessari per identificare il contratto, o i contratti, da farsi in quella forma". Diversamente vedi però A. RENDA, *Forme volontarie*, cit., 82 e G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., 218.

288 Precisandosi che, nel caso in cui "le parti stabiliscano che una certa forma debba rivestire il contratto che si stipula sul momento" e "provvedano a stipulare senz'altro", non sarebbe neppure possibile "identificare quel patto, e attribuirgli un sicuro valore, nello svolgimento nella pratica correlazione delle intese che conducono alla stipula del contratto": R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, cit., 453-454.

289 Sul quale vedi N. IRTI, *La ripetizione*, cit., 39-40, dove l'Autore, nel delimitare la figura in questione, afferma da un lato che "non si dà ripetizione di semplici trattative o minute", le quali avrebbero mero valore interpretativo del vero e proprio negozio; dall'altro che "non si dà ripetizione, se la forma ... sia richiesta per la validità del negozio" dalla legge o dall'autonomia privata (art. 1352). In quest'ultimo caso infatti non si avrebbero "due negozi successivi, ma un primo ed unico negozio: la dichiarazione che non soddisfa il requisito di forma, esiste come semplice fatto storico".

Deve notarsi però che il vero discrimine tra le due figure non può essere rappresentato dalla conclusione del contratto. Come è emerso in precedenza infatti, nella persistenza del vincolo di forma può concludersi un contratto amorfo: il quale però è inidoneo a realizzare gli interessi che le parti avevano originariamente collegato all'adozione della forma volontaria. Niente impedisce cioè ai privati di concludere un contratto che, alla luce del vincolo di forma in precedenza assunto, presenta intrinseche esigenze di completamento ed è quindi colpito da un'invalidità sospesa, fintantoché la forma divisata non viene osservata.

Deve convenirsi quindi con quella dottrina secondo la quale l'impiego del solo criterio cronologico non sarebbe sufficiente a individuare la fattispecie e in particolare a distinguerla dal patto di ripetizione<sup>290</sup>.

A parere di questa dottrina, solo riguardando l'accordo sulla forma sotto il profilo funzionale potrebbero distinguersi due attività, il dare forma e il documentare, le quali, dal punto di vista ontologico, obiettivo e neutro, sarebbero indistinguibili. Si è rilevato che *“il patto con cui le parti si vincolano a documentare il negozio futuro implicherebbe altresì il vincolo ad effettuare le future dichiarazioni negoziali in una certa forma”*<sup>291</sup>. Con la conseguenza che, quand'anche l'accordo sulla forma si inserisca in un contratto non ancora concluso, non necessariamente esso ricade nella fattispecie regolata all'art. 1352 c.c.: le parti infatti potrebbero essersi limitate a manifestare un mero *“interesse al documento”*<sup>292</sup>, vincolandosi allo svolgimento di un'attività di documentazione.

---

290 F. DI GIOVANNI, op. ult. cit., 118. Questo autore ritiene infatti che *“l'attività del dare forma”*, in cui consiste l'esternazione della dichiarazione negoziale, e *“l'attività del documentare”*, volta a *“dare esistenza al documento perché sia utilizzato dall'altra parte”*, si presentano *“confuse e indistinte finché si consideri la vicenda da un punto di vista obiettivo e neutro”* e sarebbero invece ben distinguibili sul piano funzionale degli interessi. In particolare, da un lato si sostiene che l'attività di documentazione non si risolverebbe in una mera rappresentazione o reiterazione del negozio e che nell'atto del documentare sarebbe invece *“insito e confuso l'atto del dichiarare”* e del dare forma. Dall'altro si afferma che le differenze emergerebbero sol che l'accordo sulla forma venga riguardato nel suo profilo funzionale, poiché nel limitato caso in cui dall'interpretazione emerga un mero interesse al documento, si coglierebbe *“una differenza di efficacia tra accordo sulla forma e accordo caratterizzato dall'interesse al documento”*. Ma ancor prima vedi G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933, 7-8, secondo cui non ogni successione cronologica di dichiarazioni rientra nel fenomeno della riproduzione. Quest'ultimo *“consta di una nuova dichiarazione”* e implica *“un distacco nel tempo fra le due dichiarazioni, quindi una successione cronologica”*, e perciò non ricorre nel caso in cui con riferimento alla dichiarazione si richiede *“(per legge o per accordo delle parti) la forma scritta o altra forma ad substantiam”*, allorquando *“una sola delle dichiarazioni (la prima o la seconda) sia fatta nella forma prescritta (e ciò perché qui una sola delle dichiarazioni è giuridicamente esistente)”*.

291 F. DI GIOVANNI, loc. ult. cit., che si richiama a N. IRTI, *La ripetizione*, cit., 74-75, secondo cui *“le parti, scrivendo, fanno una nuova dichiarazione; e questa soltanto è rappresentata dal documento”*, perciò *“lo scrivere non può rappresentare una dichiarazione già compiuta, poiché esso è il messo tecnico di una dichiarazione attuale”*.

292 F. DI GIOVANNI, op. cit., 118.

Più in particolare, sempre secondo la stessa dottrina, la manifestazione di un mero interesse al documento renderebbe possibile il prodursi dell'effetto obbligatorio con riferimento al patto di ripetizione: il quale si distinguerebbe finalmente dal patto sulla forma costitutiva per il tipo di effetti prodotti (obbligatori), e cioè in base a un criterio funzionale; del resto, un autorevole autore già in precedenza aveva osservato che gli effetti obbligatori sono del tutto incompatibili col patto sulla forma di cui all'art. 1352 c.c.: dal momento che *“l'esigenza che una certa forma sia osservata coinvolge necessariamente il punto se il contratto sia da reputarsi concluso o no; a cui riguardo, e a differenza di quel che avviene per la prestazione del consenso e per la predeterminazione di un certo contenuto, il meccanismo delle obbligazioni si rivela praticamente inoperante”*<sup>293</sup>.

Può dedursi allora, in primo luogo, che l'effetto obbligatorio potrebbe dispiegarsi con riferimento al patto di ripetizione in quanto con esso si manifesta l'interesse al documento: e cioè a una *res* sulla quale possono ben insistere le attività delle parti (creazione, messa a disposizione, consegna) da connotare in termini di obbligatorietà<sup>294</sup>.

In secondo luogo, che dal punto di vista dell'ordinamento non possono essere sovrapposte la prestazione del consenso (art. 2932 c.c.) e il documentare da una parte, e l'adozione di una forma costitutiva del contratto dall'altra (art. 1352 c.c.). In quest'ultimo caso il meccanismo obbligatorio dovrebbe escludersi giacché un'ipotetica obbligazione a porre in essere il requisito formale della fattispecie contrattuale, sia pure volontario, coinvolgerebbe un *quid* di estraneo alla sfera di influenza e di controllo delle parti, qual è la conclusione (o meno) del contratto. In particolare le parti potrebbero porre in essere i comportamenti idonei ad affermare (o escludere) l'avvenuta conclusione; ma non potrebbero fare della conclusione medesima l'oggetto di un'obbligazione.

A nostro avviso, di queste opinioni può condividersi la conclusione di escludere l'operatività del meccanismo obbligatorio con riferimento al patto sulla forma costitutiva; ma non possono altrettanto condividersi le argomentazioni, le quali suppongono un chiaro intendimento della natura giuridica dell'evento conclusivo, che a nostro avviso è ben lontano dall'essere stato indagato.

---

293 R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 457.

294 Vedi per tutti N. IRTI, *La ripetizione*, cit., 98, dove il documento è definito come *“res signata (un oggetto percepibile, recante segni)”*.

## 5. Spunti critici sulla natura giuridica dell'evento conclusivo.

Sulla natura giuridica dell'evento conclusivo la dottrina non ha fatto grande chiarezza, pur trattandosi di un momento di grande rilevanza sistematica<sup>295</sup>, che nel caso specifico è anche servito per tracciare una distinzione funzionale tra patto di ripetizione e patto sulla forma costitutiva. Quest'ultimo sarebbe privo di effetti obbligatori, perché *“l'esigenza che una certa forma sia osservata coinvolge necessariamente il punto se il contratto sia da reputarsi concluso o no”*<sup>296</sup>.

In realtà se per conclusione si intende la formazione dell'accordo contrattuale<sup>297</sup>, allora non si vede la ragione per escludere il meccanismo obbligatorio, dal momento che il nostro ordinamento ammette l'obbligazione di contrarre la quale si riduce appunto nell'obbligarsi a prestare un consenso contrattuale<sup>298</sup>.

Più coerente sarebbe allora affermare, come già è stato fatto, che il patto sulla forma è un contratto preliminare non eseguibile in forma specifica<sup>299</sup>: non tanto perché non si ammette un'obbligazione a concludere in una determinata forma, quanto perché le parti pattuiscono che il contratto definitivo può venire in essere solo attraverso la forma indicata nel patto, la quale è evidentemente diversa dalla (forma della) sentenza costitutiva, che mai potrebbe sostituirsi alla quella volontaria mancante. Quest'ultima opinione non sembra tuttavia condurre sulla giusta strada nella comprensione del fenomeno del formalismo volontario: poiché fa tutt'uno del vincolo di forma con l'obbligazione di contrarre (*id est*: di prestare il consenso contrattuale), e del patto sulla forma con il contratto preliminare.

Anche le definizioni più dettagliate che sono state date del momento conclusivo rimangono ambigue, giacché da una loro lettura non è dato di coglierne chiaramente l'essenza. In particolare, secondo un'autorevole dottrina la conclusione *“è un evento o un fatto, che si realizza in maniera diretta e per forza di legge (evento legale), sotto il presupposto e nel momento della presa di conoscenza dell'avvenuta accettazione, da parte del promittente”*, poi precisandosi che tale evento legale non sarebbe apprezzabile sul piano materiale ma solo in quello *“intellettivo o spirituale”*, risolvendosi nella *“formazione del con-*

---

295 Vedi *supra* Capitolo I, § 1.

296 R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 457.

297 Vedi *supra* Capitolo I.

298 Sulla natura contrattuale del definitivo vedi infatti C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 183-185.

299 Così A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 188, secondo cui il patto può essere considerato un'ipotesi di esclusione volontaria del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. prevista *implicitamente* dal titolo.

sensu”<sup>300</sup>. Sempre da parte di questa dottrina si afferma poi che “*la conclusione del contratto non è un atto giuridico; e che essa non abbisogna di uno specifico impulso delle parti, in aggiunta a quello che le viene, già prima, dalla proposta e poi dall’accettazione; essa è, invece, un evento, o un fatto, che si realizza in maniera diretta e per forza di legge (evento legale)*”<sup>301</sup>.

L’ambiguità della definizione sta in ciò: che l’evento conclusivo non è chiaramente collocato nella sfera del dover essere, ideale o dell’effetto, come farebbe pensare il ripetuto uso dell’espressione “*evento legale*” che si produce “*in maniera diretta e per forza di legge*”; né nella sfera dell’essere, reale o del fatto, come farebbe pensare invece l’affermazione per la quale esso si risolve nella “*formazione del consenso*”, e cioè in un accadimento apprezzabile sul piano della realtà psichica o fisica<sup>302</sup>.

A nostro avviso esiste una differenza tra patto di ripetizione e patto sulla forma, ma non può argomentarsi in base alla (non del tutto chiara) natura dell’evento conclusivo, che impedirebbe di ricollegare al patto sulla forma costitutiva un effetto obbligatorio. Piuttosto, l’interprete dovrebbe guardare alla *totalità* del regolamento di interessi concretamente manifestato dalle parti, anche alla luce dei comportamenti successivi alla stipula del contratto amorfo (art. 1362 c.c.), per verificare se l’accordo sulla forma si integra col regolamento di interessi, esprimendo intrinseche esigenze di completamento di una più complessa operazione economica; oppure solamente vi accede, manifestando un mero interesse al documento in ordine a un regolamento già completo e operante.

Dovrebbe quindi qualificarsi come patto di ripetizione quell’accordo con cui le parti manifestano un mero interesse al documento, nell’ambito di una compiuta regolamentazione dei loro interessi; e come patto sulla forma costitutiva quello con cui le parti costi-

---

300 F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, cit., 868.

301 ID., *Il contratto in genere*, cit., 367. Decisamente più vaghe le espressioni che possono leggersi in L. BIGLIAZZI GERI, F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA, U. NATOLI, *Diritto civile*, cit., 588, secondo cui “*un negozio giuridico può dirsi concluso o perfetto quando è giunta a compimento l’attività, più o meno complessa, attraverso la quale l’iniziativa del soggetto o dei soggetti ha assunto una piena consistenza nel mondo del diritto*” e “*l’iter negoziale può ritenersi concluso, quando il contenuto dell’atto ha infine trovato una sua piena espressione*”.

302 Come autorevolmente chiarito da A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, cit., 18 ss., il quale, posto che l’effetto giuridico è un “*valore giuridico condizionato*”, in quanto ogni norma giuridica “*pone un dover essere che si riferisce al piano dei valori*” (p. 19), indaga il rapporto di condizionalità che si instaura nelle leggi giuridiche tra essere e dover essere, pervenendo a elaborare un concetto di “*condizionamento reale*”, il quale può essere fisico e non fisico, e cioè determinato da “*ogni influsso comunque spiegato da una forza su altre forze, ogni spiegamento reale di energie non fisiche, quindi ogni processo reale di condizionamento sul piano biologico psichico sociale*” (p. 32).



tuiscono un nesso tra forma volontaria e interessi negoziali, impedendo il completarsi dell'operazione economica fintanto che la veste formale non sia rispettata.

## CAPITOLO III

### L'“incompletezza” nella contrattazione immobiliare

SOMMARIO: 1. Il regolamento “incompleto” tra impostazioni dogmatiche e spunti costruttivi. 2.1. La formazione progressiva del contratto. 2.2. Osservazioni critiche e proposte costruttive. 3.1. Il preliminare di preliminare. 3.2. Osservazioni critiche e proposte costruttive. 4. Il *rent to buy*: profili di “incompletezza” relativi alla causa. 5. Spunti conclusivi: “incompletezza” e responsabilità.

#### 1. Il regolamento “incompleto” tra impostazioni dogmatiche e spunti costruttivi.

Nel sistema della circolazione immobiliare vengono in rilievo istituti attraverso i quali l'ordinamento consente ai privati di realizzare la causa della vendita avvalendosi di strutture diverse e più complesse<sup>303</sup>: in cui si manifesta l'interesse alla procedimentalizzazione delle fasi contrattuali e da cui emergono atti e attività che presentano un'indiscussa rilevanza sul piano sostanziale.

In questo contesto, l'interprete si vede costretto ad abbandonare lo schema monolitico del contratto-fattispecie<sup>304</sup> per servirsi di strumenti concettuali più flessibili, quali il procedimento e l'attività<sup>305</sup>. Il cambio di prospettiva, che impone di riguardare l'atto di autonomia nel suo compiersi piuttosto che come precipitato dell'attività formativa, dovrebbe accompagnarsi a un parallelo rinnovamento del sistema delle valutazioni formali<sup>306</sup>.

Già nella prima parte dell'indagine si è rilevato che il vocabolario concettuale del giurista è venuto progressivamente impiezosendosi, cosicché il ricorso allo strumento or-

---

303 Per la “*variabilità delle strutture negoziali*” vedi infatti P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., 554, dove si rileva appunto che una medesima vicenda “*si prospetta realizzabile in astratto mediante strutture negoziali diverse e in concreto mediante la struttura sufficiente al raggiungimento del risultato, superando così una rigida correlazione tra funzione e unica struttura idonea a realizzarla*”.

304 Per una visione complessiva della perdita di centralità della vendita, “*intesa come atto unico su cui fondare e realizzare gli effetti traslativi*”, vedi da ultimo R. LENZI, *La vendita come procedimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 1359 ss., secondo cui ragioni di “*proporzionalità*” e di “*bilanciamento e garanzia*” nell'esercizio dell'autonomia legittimano i privati ad adoperare strutture negoziali “*ove le parti programmano, nell'ambito di un'unica operazione economica prefigurata nell'accordo preparatorio, di modulare la realizzazione degli effetti traslativi alla progressiva esecuzione della controprestazione*”, precisando che la vendita “*continua quindi a sostenere causalmente l'intera operazione economica*”, seppure attuata in forma procedimentale (p. 1367).

305 Vedi supra Capitolo I § 3.

306G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., 2-3.

ganizzativo della fattispecie non costituisce un passaggio imprescindibile nel lavoro di ricostruzione della rilevanza giuridica degli atti di autonomia<sup>307</sup>.

Sempre nella prima parte dell'indagine si è sostenuto che il problema della conclusione del contratto non si esaurisce in quello dell'esistenza dell'accordo, dal momento che nell'ordinamento operano una pluralità di "indici conclusivi" idonei a segnalare l'attuale operatività di un regolamento di interessi tra le parti<sup>308</sup>: uno è appunto quello che guarda al grado di completezza del regolamento di interessi. Si è osservato poi, in senso critico, che il criterio della completezza da un lato ha introdotto un automatismo nel giudizio conclusivo, assumendo una valenza presuntiva dell'esistenza della volontà attuale di vincolarsi; e dall'altro può facilmente generare sospetti di astrattezza, nella misura in cui si presta ad essere valutato con riferimento a regolamenti di interessi astratti anziché ai reali interessi delle parti<sup>309</sup>. Si è ritenuto quindi, nello sviluppo successivo dell'analisi, di considerare il vincolo giuridico nella sua genesi progressiva, e non già come conseguenza di unico atto isolato rispondente alla nozione formale di contratto-fattispecie<sup>310</sup>.

Infatti si è visto che determinate manifestazioni di autonomia delle parti, pur essendo imperfette se riguardate nella ristretta logica della fattispecie, all'interno di una sequenza procedimentale possono essere apprezzate per le attese evolutive che sono in grado di immettere nel successivo sviluppo dell'operazione economica<sup>311</sup>. Di conseguenza, si è scelto di qualificare quelle manifestazioni con il ricorso alla concetto di incompletezza, sul presupposto che quest'ultima occupi un ambito semantico e logico diverso da quello riferibile all'imperfezione: che si è individuato nell'attitudine a descrivere l'andamento evolutivo dell'autonomia privata quando essa non si risolve nello schema organizzativo della fattispecie, né è scandita dall'assunzione di vincoli obbligatori, preparatori e strumentali.

Per ulteriori verifiche concettuali è ora possibile individuare un terreno "di esercizio" e un terreno "di sviluppo".

Il terreno di esercizio è da sempre la "formazione progressiva del contratto": schema formativo atipico, caratterizzato dalla continua documentazione dell'attività di trattativa. La sua analisi preliminare consentirà di far emergere i le basi dogmatiche che impediscono di apprezzare la dimensione sostanziale della scelta organizzativa procedimentale.

---

307 Vedi *supra* capitolo I, § 3.

308 Vedi *supra* capitolo I, § 7 e capitolo II.

309 Vedi *supra* capitolo I, §§ 6 e 7.

310 Vedi *supra* capitolo II.

311 Vedi *supra* Capitolo II § 1.

Ancora adesso, infatti, un'esauriente riflessione sul punto è frenata dall'operare congiunto di "dogmi": il "retropensiero" della fattispecie<sup>312</sup>, in base al quale il vincolo negoziale si produce in conseguenza di un solo e unico atto qualificabile come contratto, di cui si ricercano gli elementi costitutivi (art. 1325 c.c., con particolare riferimento al consenso e al requisito di sufficienza causale); accompagnato da un rigido intendimento del principio di riparto, per cui tradizionalmente si tende a isolare la fase precontrattuale da quella che prende avvio con la conclusione del contratto, applicando alla prima moduli e strumenti concettuali improntati alla massima libertà del contraente.

Il terreno di sviluppo invece è occupato da procedimenti contrattuali emergenti attraverso canali di tipizzazione legale e sociale, e con i quali i contraenti possono definire e realizzare progressivamente gli interessi negoziali.

### **2.1. La formazione progressiva del contratto.**

Nella prassi delle contrattazioni non sempre è possibile un inquadramento tipologico delle dichiarazioni<sup>313</sup>: ciò accade, ad esempio, quando il testo del contratto è elaborato congiuntamente dalle parti. Sarà allora sostanzialmente infruibile lo schema dialogico trat-

---

312 Sul quale vedi *supra* Capitolo I, § 2.

313 Nell'area pre-contrattuale operano istituti dotati di fine definizione teorica, come il contratto preliminare, ma anche fenomeni emergenti dalla prassi la cui natura è tutt'ora oggetto di discussione in dottrina. La conseguenza è che gli studi in materia di formazione sono profondamente influenzati dal metodo casistico. Lo rilevano: R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, 199; R. SACCO, *La conclusione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 619; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 601-602. Deve aggiungersi che le attività preliminari si lasciano sempre meno inquadrare in schemi tipici, giudicati inadeguati dai contraenti perché troppo poco flessibili per negoziazioni complesse in determinati settori d'affari: così ad esempio P. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, 335, per il quale sarebbe emersa un'"*esigenza di distacco dalle tecniche tradizionali inadeguate, avvertita dai protagonisti del traffico contrattuale avanzato*". In particolare, vi sarebbero settori a "*a contrattazione avanzata*" (P. CANEPA, *op. cit.*, 335) caratterizzati dal tentativo di "*elusione della rigidità del sistema giuridico*" perpetrato dalle parti contraenti (R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 214).

teggiato dal legislatore all'art. 1326 c.c.<sup>314</sup>, e l'interprete avrà il problema di elaborare adeguati criteri di imputazione del regolamento contrattuale.

Si parla di “dichiarazione contrattuale comune” allorquando in un unico contesto temporale i contraenti discutono, elaborano e infine concludono il contratto, approvandone il testo<sup>315</sup>. In questa ipotesi più semplice, l'interprete dovrà limitarsi ad adattare le regole tecniche relative al tempo e al luogo del contratto.

Si parla invece di “formazione progressiva del contratto” quando l'affare viene gradualmente definito attraverso un'attività congiunta ma prolungata di discussione tra i

---

314 U. MAJELLO, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 119, dove si smentisce che l'accordo “*consiste essenzialmente nella conformità di distinte dichiarazioni delle parti*”, e si sostiene invece che “*l'accordo è giuridicamente rilevante ogni volta che si è in presenza di un atto o di un procedimento da cui possa desumersi, secondo regole di comune esperienza (presunzione semplice) che vi è consenso reciprocamente compreso dalle parti in ordine ad una causa e ad un oggetto*”; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, II, *Trattato di diritto privato*, XIII, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 237-238; A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, cit., 22; A. ORESTANO, *Schemi alternativi*, in *Formazione*, a cura di C. Granelli, in *Trattato del contratto*, cit., 311; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 137; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 238. In senso contrario però gli esponenti della teoria analitica del contratto: N. IRTI, *Per una teoria analitica del contratto (a proposito di un libro di Giorgio Cian)*, cit., 262, secondo cui, anche quando le parti prestano adesione a un testo comune, “*il testo, materialmente unitario, è scomponibile in due distinte dichiarazioni*” (richiamandosi al pensiero di G. CIAN, *Forma solenne e integrazione del negozio*, cit., 57-61).

315 Come nelle contrattazioni *inter praesentes* e negli accordi telefonici. A queste ipotesi, normalmente, non si ritiene applicabile lo schema dialogico delineato all'art. 1326 c.c. (vedi però, da ultimo, A.M. BENEDETTI, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017, 343 ss., secondo cui “*il contratto concluso per telefono è a tutti gli effetti un contratto a distanza, perché chi emette la dichiarazione si trova in un luogo diverso da quello in cui sta l'altra parte*”, con la conseguenza che ad esso si applica il procedimento di cui all'art. 1326 c.c.). In dottrina infatti si è registrato un certo disagio della giurisprudenza ad accogliere una regola tecnica diversa, manifestatosi con la tendenza a togliere valore vincolante ad accordi precedenti seguiti da forme più solenni (come nei casi in cui all'accordo orale raggiunto per telefono seguano delle dichiarazioni scritte, o all'accordo per scrittura privata segua un atto notarile): così A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, cit., 22 e R. SACCO, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, II, 213, secondo cui, di fronte a un accordo verbale raggiunto per telefono, i giudici arriverebbero a “*sforzare i fatti pur di giudicare di uno scritto anziché di un'intesa orale*”; vi sarebbe quindi una correlazione tra “*forma volontaria, trattativa e conclusione del contratto*”, nel senso che “*se il contratto si conclude oralmente e si documenta per iscritto, e la conclusione informale viene ridotta a mera trattativa, la documentazione viene elevata a conclusione*”, in quanto a seguito di uno scambio di dichiarazioni scritte sarebbe più semplice individuare chi sia il proponente. In proposito vedi anche N. IRTI, *La ripetizione*, cit., 40, secondo cui “*è problema di interpretazione stabilire se le parti hanno inteso ripetere un negozio già perfetto; o, invece, di subordinare la validità del negozio all'impiego di una certa forma, degradando gli accordi anteriori a mere trattative*”. Identici problemi solleva l'atto notarile, in riferimento al quale una parte della giurisprudenza ha ritenuto che il contenuto di una eventuale scrittura privata precedente all'atto notarile perde valore vincolante e può essere utilizzata solo ai fini dell'interpretazione: Cass. 21 maggio 1980, n. 3342, in *Rep. for. it.*, 1980, voce “*Contratto*”, n. 71). In senso contrario vedi però R. SPECIALE, *L'interpretazione del negozio notarile e le scritture antecedenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 632 ss., secondo cui quando la scrittura privata precede un atto notarile opera “*una presunzione assoluta di conformità con la precedente scrittura privata*” (p. 637), per cui la sottoscrizione dell'atto notarile non serve a imputare alle parti il regolamento ma possiede “*il più limitato valore ... di riconoscimento della corrispondenza tra quanto documentato e quanto espresso come propria volontà dispositiva*”; quando invece le parti si avvalgono della sequenza preliminare definitivo, la negozialità del definitivo “*induce a interpretare con particolare accuratezza l'eventualità di interventi modificativi del testo*” (p. 642).

contraenti. Nella maggior parte dei casi, le parti avvertono l'esigenza di abbandonare l'oralità delle trattative per definire i reciproci affidamenti con una continua documentazione dell'attività di negoziazione<sup>316</sup>, contrassegnata dallo scambio di dichiarazioni redatte per iscritto<sup>317</sup> e contenenti intese di vario tipo. In questa ipotesi più complessa l'interprete dovrà affrontare un problema ulteriore (rispetto a quello del luogo e del tempo della conclusione<sup>318</sup>): di inquadramento giuridico delle dichiarazioni precontrattuali dei contraenti - comunemente denominate lettere d'intenti<sup>319</sup> - indagandone natura, funzione ed eventuale vincolatività.

La dottrina non ha faticato ad operare una ricognizione degli scopi del vario materiale giuridico che orbita nella formazione progressiva del contratto<sup>320</sup>. Tendenzialmente, se la complicazione delle contrattazioni dipende da un elemento interno al regolamento di interessi, sul quale i contraenti faticano a trovare un accordo, le intese precontrattuali saranno dirette a registrare lo stato delle trattative<sup>321</sup>, o a fissare i punti del futuro regolamento contrattuale sui quali si è già trovato un accordo, o ancora a rafforzare la buona fede precon-

---

316 La formazione progressiva del contratto trae origine dall'esigenza di formalizzazione delle trattative, alla quale corrisponderebbe una "perdita di centro", nella più ampia vicenda contrattuale, del momento conclusivo del contratto finale: spiega infatti R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 218-219, che in questa figura "tenda ad attenuarsi la cesura fra il momento delle trattative e quello della conclusione degli accordi, in favore di una sorta di continuum, che rende più complesso il compito dell'interprete, abituato a diverse scansioni della fase contrattuale, e alla utilizzazione per ognuna di esse di modelli e strumenti concettuali ad hoc".

317 Sottolineano l'importanza della forma delle intese precontrattuali: R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 265-266, secondo cui lo scritto "lungi dal costituire per le parti unicamente una esigenza pratica, rappresenta anche un segnale del grado di serietà degli accordi, che non può non incidere nella valutazione dell'affidamento che essa può produrre"; P. CANEPA, *op. cit.*, 333, nota 12, dove, pur non escludendosi la rilevanza di "manifestazioni orali di intenzione", si ribadisce la maggiore importanza pratica di quelle scritte; F. REALMONTE, *Introduzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmondo, Milano, 1996, XX, secondo cui sarebbe in atto una tendenza alla "contrattualizzazione delle fasi preliminari" la quale avrebbe l'effetto di "determinare l'esatta ampiezza degli ambiti di tutela che l'art. 1337 presidia".

318 Per un'esposizione del problema della natura contrattuale degli accordi parziali, si rinvia al Capitolo I, § 6.

319 L'espressione "lettera d'intenti" è impiegata per indicare tutti i documenti che le parti si scambiano nel corso della trattativa. Per un inquadramento generale della figura si vedano: R. SPECIALE, *La dichiarazione d'intenti*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, *Giur. sist. dir. civ., e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, I, spec. 434-435; E. CARUSO, *Le dichiarazioni d'intenti*, in *Rapporti giuridici preparatori*, cit., 281 ss.; A.M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, II, 546 ss.; C. RADICIONI, *Le lettere d'intenti*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, I, diretto da F. Galgano, Torino, 1995, 67 ss; F. GALGANO, *Contratti in generale*, cit., 2004, 319.

320 Per una ricognizione degli scopi delle intese precontrattuali si veda, in particolare, R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 216-217, e P. CANEPA, *op. cit.*, 331 ss.

321 I documenti che contengono una mera presa d'atto dell'esistenza di una trattativa sarebbero invece delle "mere dichiarazioni di scienza" (così E. CARUSO, *Le dichiarazioni d'intenti*, cit., 283), del tutto irrilevanti anche sotto il profilo della responsabilità precontrattuale perché inidonei a suscitare affidamenti (in tal senso anche P. CANEPA, *op. cit.*, 343, apostrofandole come "lettere d'intenti deboli"), ai quali la dottrina riconosce una funzione per lo più partecipativa ed estrinseca allorquando sono parti della trattativa dei soggetti strutturati (come associazioni o società): così R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 434.

trattuale con l'imposizione di espliciti doveri di comportamento. Se la complicazione dipende invece da un fattore esterno (pur strettamente legato alla valutazione soggettiva di convenienza dell'affare), del quale si attende l'avveramento o il semplice riscontro prima di concludere positivamente l'*iter* formativo, le intese precontrattuali conterranno delle vere e proprie riserve<sup>322</sup> in ordine alla manifestazione del consenso definitivo.

La riconduzione delle figure della formazione progressiva del contratto alla fase precontrattuale rende invece particolarmente difficile l'indagine della loro vincolatività. L'analisi infatti è profondamente influenzata dal "principio di riparto"<sup>323</sup>: in base al quale, si è detto, tradizionalmente si tende a isolare la fase precontrattuale da quella segnata dall'esistenza del contratto, applicando alla prima moduli e strumenti concettuali improntati alla massima libertà della parte (di concludere o di abbandonare le trattative) e soprattutto alla limitazione della (eventuale) tutela risarcitoria al solo interesse negativo.

La considerazione del materiale precontrattuale oscilla dunque tra due opposti: da una parte, si tende a negare vincolatività ad ogni dichiarazione che precede il momento individuato come quello della conclusione<sup>324</sup>. Dall'altra, si tenta di ricondurre qualsivoglia intesa preliminare sufficientemente completa nell'ambito tipologico del contratto preliminare<sup>325</sup>.

---

322 In proposito F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 1990, 241, dove si rileva che l'intesa potrebbe essere stata raggiunta da soggetti non investiti del potere di rappresentare le future parti contraenti. L'intesa accompagnata da riserva deve essere tenuta distinta dalla conclusione di un contratto condizionato (anche se in dottrina si segnala che il dubbio interpretativo potrebbe essere difficile da sciogliere: così A. M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo*, cit., 551). Solo nella prima ipotesi, infatti, le parti prevedono espressamente una ripetizione del consenso, cioè una nuova manifestazione di volontà. Tuttavia P. CANEPA, op. cit., 345-346, puntualizza che "il mancato perfezionarsi dell'evento dedotto in condizione provoca le stesse conseguenze dell'esito infruttuoso della trattativa", per cui la disciplina della condizione potrebbe in parte applicarsi.

323 Sul principio di riparto vedi, ad esempio, F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 603, secondo cui "la conclusione del contratto può essere, e spesso è, frutto di una formazione progressiva ossia di un procedimento, i cui stadi, però, sono ben nettamente divisi e tali debbono restare, pena, come detto, il rischio di confusioni disciplinari oltre che terminologiche". In senso critico invece: G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, 1071 ss., spec. p. 1073.

324 Lo rileva, tra gli altri, P. CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, op. cit., 331.

325 Così R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 210, secondo cui gli studi sul preliminare hanno contribuito "a limitare il concetto di accordo preliminare al solo contratto preliminare, e in particolare a quel tipo di esso che prevede, come sviluppo necessario del suo inadempimento, la esecuzione in forma specifica"; P. CANEPA, op. cit., 336, dove si evidenzia che il progressivo appiattimento della figura del contratto preliminare sulla sua variante "chiusa", cioè caratterizzata dalla definizione "di tutti i particolari del futuro regolamento definitivo" e perciò "più a somiglianza del contratto definitivo, che per mezzo di esso, le parti si propongono di concludere", avrebbe determinato lo smarrimento delle esigenze della prassi, privata di uno strumento flessibile il quale, pur fissando il nucleo duro dell'affare, si inserisce in una fase di negoziazione; Sulla stessa linea vedi poi: C. RADICIONI, op. cit., 90, e in modo critico, F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 603, per il quale vi sarebbe un "rischio reale" "di assegnare al preliminare un'area di competenza che in realtà non gli appartiene".

Sulla scorta di un rigido intendimento del principio di riparto, i contraenti rimarrebbero liberi di esprimersi ed eventualmente di ritrattare le proprie dichiarazioni nel corso della trattativa, salva la responsabilità ex art. 1337 e 1338 c.c..

In virtù di ciò, un orientamento di pensiero attribuisce agli atti che documentano progressioni, intenzioni e reciproci doveri di comportamento in vista della futura conclusione del contratto una apprezzabile - ma comunque limitata - funzione di “governo” degli effetti dell’esercizio del potere di autonomia privata nella fase prenegoziale. I documenti precontrattuali sarebbero cioè delle semplici intese non vincolanti, interlocutorie, recanti una regolamentazione provvisoria degli interessi, predisposte al solo scopo di documentare lo stato delle trattative, di accelerarne la conclusione e di rendere più agevole la prova di un’eventuale responsabilità precontrattuale (cosiddette “minute di contratto” o “puntuazioni deboli”, “non vincolanti”)<sup>326</sup>. Sullo sfondo vi è l’obiettivo di preservare la libertà di non concludere il contratto.

Un altro orientamento è invece propenso ad ammettere che dall’intesa possano sorgere vincoli e obblighi per i contraenti<sup>327</sup>, nonostante l’indiscussa collocazione precontrattuale.

---

326 C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 230, dove si ribadisce il carattere non vincolante della minuta anche quando essa contiene un “progetto contrattuale”, cioè quando le parti “*elaborano un testo completo ma si riservano di deciderne l’accettazione*”; Distingue i documenti sottoscritti dalle parti nell’ambito della formazione progressiva del contratto dalla minuta A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, cit., 75 ss., per il fatto che mentre quest’ultima si identifica con “*la documentazione scritta delle già avvenute trattative*”, cioè un documento che contiene i “*risultati*” delle trattative, con “*natura ricognitiva*” e “*funzione mnemonica*”, nel quale non è ravvisabile un vero e proprio accordo delle parti ma una mera “*corrispondenza di idee*”; i primi sarebbero sottoscritti dalle parti contraenti “*nel corso delle trattative*”, e non sarebbero vincolanti “*se non al momento della conclusione del contratto; cioè, quando tutti i punti dei quali il contratto stesso avrebbe dovuto constare, abbiano formato oggetto di approvazione*”; P. VITUCCI, *I profili della conclusione*, cit., 203 ss., spec. p. 217, dove si rileva che in seguito ad un accordo parziale “*il contratto non si conclude*”, ma “*non per difetto quantitativo del contenuto, bensì perché manca la consapevolezza del valore impegnativo dell’accordo*”; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 83, dove si parla della minuta come di un “*documenti, che può sembrare un fatto di per sé significativo*”, contenente “*l’accordo raggiunto su un certo e pur ridotto contenuto contrattuale*”; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 51, che li considera “*accordi non vincolanti, e quindi non negoziali, sottoposti alla condizione potestativa della conclusione del contratto*”, e “*che acquistano rilievo come circostanze di fatto*”; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 299; C. RADICIONI, op. cit., 90-91. In giurisprudenza invece: Cass., 4 agosto 1990, n. 7871, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 229; Cass., 5 aprile 1982, n. 2092, in *Foro it. Rep.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 124.

327 Per questa considerazione si vedano in particolare: R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 256, secondo cui dovrebbe apprezzarsi “*la possibile autonomia di accordi parziali all’interno di un più vasto progetto complessivo, anche qualora non venga più realizzato tra le parti*”; F. REALMONTE, *L’accordo contrattuale*, in *Il contratto in generale*, II, cit., 22; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 141, dove si sottolinea che “*se le lettere d’intenti non concludono il contratto cui si riferiscono, nondimeno possono creare fra le parti qualche diverso vincolo di natura contrattuale*”.



Anzitutto avrebbero carattere vincolate le intese dirette a dettagliare il generico obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., stabilendo precisi obblighi di comportamento, relativi a tempi e modalità della trattativa, la violazione dei quali farebbe sorgere una responsabilità di tipo contrattuale<sup>328</sup>. Con riguardo a questo tipo di accordi non si porrebbero infatti problemi di sufficienza causale: trovando essi “*idonea giustificazione nell'interesse perseguito a mezzo di esse, che è quello di facilitare la conclusione degli accordi*”<sup>329</sup>.

Inoltre, le semplici minute (o punteggiature non vincolanti) andrebbero distinte da altri documenti, normalmente denominati punteggiature “forti” o “vincolanti”, con cui le parti definiscono alcune porzioni del futuro regolamento contrattuale impegnandosi a non rimetterle in discussione. Secondo una parte della dottrina, essi avrebbero una vincolatività del tutto peculiare e qualitativamente ben differenziata rispetto al vincolo nascente dal contratto finale. In particolare: non determinerebbero nell'immediato le modificazioni patrimoniali relative al regolamento di interessi finale ma neanche avrebbero un semplice valore probatorio dello stato di avanzamento delle trattative. Sarebbero, invece, atti a carattere normativo<sup>330</sup>: idonei a determinare un automatico inserimento dei punti prefissati nel con-

---

328 Si tratterebbe di veri e propri accordi di natura contrattuale, sebbene con funzioni preparatorie e strumentali, anche denominati con l'espressione “programma di contratto”. Sul punto si vadano: P. CANAPA, *op. cit.*, 331 ss., dove, premesso che “*appare arduo delimitare le conseguenze della delusione degli affidamenti suscitati applicando i principi generali della culpa in contraendo o dell'illecito contrattuale*” (p. 331), collega a questo tipo di “*accordi di comportamento*” “*l'insorgere di obblighi di natura contrattuale*” (p. 343-344); F. GALGANO, *Contratti in generale*, cit., 321, dove compare la terminologica “*programma di contratto*”; F. REALMONTE, *Introduzione*, cit., XXI, dove si afferma che carattere tipico dei rapporti giuridici preparatori sarebbe la funzione specificativa, “*sostituire cioè ai generici obblighi legali, nascenti dal principio di buona fede, una serie di obblighi che l'intervento della manifestazione di volontà delle parti consente di individuare*”; E. CARUSO, *La dichiarazione d'intenti*, cit., 284, secondo cui l'assunzione convenzione di un dovere di buona fede attrae “*inesorabilmente nell'area contrattuale la disciplina dei rapporti tra le parti durante la trattativa*”.

329 P. CANAPA, *op. cit.*, 344.

330 Sul carattere normativo delle punteggiature si vadano: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 139; C. A. NIGRO, “*Minuta*” e “*punteggiatura*” nel contesto della formazione progressiva del contratto, in *I contratti*, 2010, 841 ss., secondo cui la punteggiatura presenta degli “*elementi distintivi*” rispetto alla minuta (p. 844) in quanto contiene un accordo parziale che, per quando inidoneo ad incidere sulle situazioni giuridiche finali, presenta però “*efficacia normativa*” e “*funzione conformante*”: perché idoneo a “*vincolare le parti del futuro, eventuale rapporto in sede di conformazione del contenuto di una o più regole contrattuali*” (p. 846); A.M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo*, cit., 554-555, secondo cui le intese dirette a fissare una porzione del contenuto del futuro contratto sono contratti normativi bilaterali, che realizzano una “*limitazione convenzionale della libertà di determinare il contenuto dei contratti finali fissata dall'art. 1322, comma 1, c.c.*” e obbligano quindi ciascuna parte “*a rispettare il contenuto prestabilito, cioè il regolamento giuridico posto in essere con le pattuizioni a contenuto normativo*”; A. NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, cit., 451, dove la punteggiatura è descritta come “*negozio normativo, per quanto limitato ad una fattispecie isolata*”. A. ORESTANO, *Intese prenegoziali a struttura “normativa” e profili di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 55 ss., spec. p. 95, secondo cui le parti “*con l'elaborazione dell'intesa normativa ... hanno inteso reciprocamente rinunciare, almeno entro certi limiti, alla libertà di determinare il contenuto dei successivi contratti*”. Tra le opinioni non riconducibili al filone normativo vedi però: A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti*, Milano, 2003, 103, che parla di “*negozio giuridico dal quale dipendono due effetti*

tratto finale, qualora in seguito venisse concluso. L'automatismo si apprezzerebbe in ciò: che il contenuto della puntuazione entra a far parte del contratto finale pur non essendovi esplicitamente richiamato<sup>331</sup>. Non sorgerebbe dunque un obbligo di concludere il contratto (art. 2932 c.c.)<sup>332</sup> né di proseguire la trattativa (c.d. obbligazione di contrattare), ed in caso di rottura del negoziato prima della conclusione del contratto finale si porrà un problema di accertamento della responsabilità precontrattuale<sup>333</sup>.

Infine, tipologie più avanzate e complesse di puntuazione, caratterizzate da un'apprrezzabile completezza e autosufficienza di contenuto, sono riconosciute dalla giurisprudenza secondo cui la "puntuazione completa di clausole" è idonea a determinare l'immediata operatività del regolamento di interessi sostanziale e quindi dà luogo a una vera e propria presunzione relativa di perfezionamento del contratto finale<sup>334</sup>.

---

*specifici: gli impegni assunti non potranno essere revocati unilateralmente; ciascuna parte non potrà rifiutare di continuare le trattative nel rispetto degli accordi intercorsi, salvo ad interromperle in ragione di un reale conflitto di interessi"; A DI MAJO, Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto, in AA.VV., Istituzioni di diritto privato, a cura di M. Bessone, Torino, 2004, 538, che a proposito degli atti riconducibili alla puntuazione preferisce parlare di "accordi preparatori", riservando la qualifica di negozi normativi solo alle intese che predeterminano il contenuto di futuri ed eventuali contratti. In particolare, per una parte della giurisprudenza le puntuazioni sarebbero dei "contratti preparatori in senso stretto" (così Cass., 6 aprile 1981, n. 1944, in Giust. Civ., 1981, 2272, Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, in Rep. Foro. it., 1994, voce Contratto in genere, n. 284, e più di recente Cass. 18 gennaio 2005, n. 910, in Giust. civ. Mass., 1; contra, e quindi per la tesi della loro irrilevanza, vedi invece Cass., 14 gennaio 1987, n. 176, Gius. Civ. Mass., 1987, 1). La terminologia usata dai giudici è giudicata però ambigua ed equivoca dalla dottrina: così R. SPECIALE, Contratti preliminari, cit., 250.*

331 Non completamente allineata è invece l'opinione di G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., 181 ss., secondo cui gli accordi provvisori si sostanziano "in rinunce convenzionali al potere di revoca spettante alle parti nel corso normale delle trattative in ordine a determinati punti o clausole o a determinate parti del contenuto contrattuale", sicché il loro contenuto entrerebbe nel contratto finale non solo in assenza di una conforme manifestazione di volontà, ma eventualmente anche contro una difforme volontà manifestata dalle parti (p. 186).

332 Sul problema interpretativo della distinzione tra puntuazioni e contratto preliminare vedi F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 606-607, secondo cui decisivo è valutare se "il termine di riferimento per l'accordo sugli altri punti è un contratto definitivo e non un contratto tout court", precisando anche che "solo una sorta di protestatio, costituita da una difforme dichiarazione espressa di volontà circa il carattere condizionante dei punti, riservati al definitivo, sarebbe in grado di impedire la nascita del vincolo".

333 Oltre agli autori citati nella nota 327, si veda P. CANEPA, op. cit., 345. *Contra*, quindi a favore di una responsabilità ex art. 1218 c.c., vedi però L. RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in Giust. civ., 1961, I, 1668 ss., dove si precisa che "dalla minuta non potrà mai derivare l'obbligo specifico di concludere il contratto", ma "dalla violazione delle obbligazioni che essa produce, potrà derivare soltanto una responsabilità contrattuale per inadempimento (art. 1218 c.c.)".

334 Si vedano, tra le pronunce più risalenti: Cass. 30 marzo 1994, n. 3158, in *Foro it.*, 1994, I, 2719; Cass., 22 agosto 1997, n. 7857 in *Foro it.*, 1998, I, 878; Cass. 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2272; e da ultimo Cass., 16 luglio 2002, n. 10276, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1229. Per un'analisi della ripercussione di questo orientamento sul giudizio conclusivo, si rinvia al Capitolo I.

## 2.2. Osservazioni critiche e proposte costruttive.

Le sistemazioni della materia che si sono appena riportate apportano forse risultati dogmaticamente rassicuranti, ma a costo di trascurare il punto che, in contrattazioni siffatte, non è possibile individuare una vera cesura tra rapporto precontrattuale e contratto, segnata dall'espressione di un consenso contrattuale<sup>335</sup>.

In senso critico deve osservarsi che la generalizzazione indiscriminata della funzione probatoria delle intese precontrattuali è riduttiva rispetto all'affidamento che normalmente i contraenti ripongono in quei documenti. Diversamente opinando non sarebbe spiegabile, se non come pretestuosa, la genesi dei conflitti che solitamente vedono contrapposte la due parti coinvolte nelle contrattazioni: l'una attribuisce valore vincolante all'intesa, e l'altra invece la nega.

Non può neanche condividersi la soluzione giurisprudenziale di istituire un automatismo conclusivo, innescato dall'elevato grado di completezza dell'intesa e formulato in termini di una presunzione di contrattualità della stessa. Se da un lato essa dovrebbe far riflettere, perché finisce per porre sullo stesso piano, ai fini del perfezionamento del contratto, il contenuto e l'accordo; dall'altro lato, presenta il difetto dell'ipocrisia di chi si allinea solo formalmente alla necessità di individuazione del consenso contrattuale, e senza ricercarlo direttamente fa ricorso al meccanismo presuntivo.

D'altra parte, non convincono nemmeno le soluzioni che attribuiscono alla punteggiatura un effetto vincolante, seppure non dispositivo ma strumentale, che si traducono in proposte di qualificazione che fanno riferimento alle figure del contratto normativo o preparatorio. Queste proposte ci sembrano infatti troppo ancorate al "retropensiero della fattispecie", che nella letteratura in materia di formazione si manifesta attraverso due diversi argomenti, utilizzati per ribadire la necessità di mantenere una cesura tra fase precontrattuale e fase contrattuale.

---

335 Lo avvertono: A.M. PERRINO, *Intese e procedimento formativo*, cit., 559, dove si rileva che "può accadere che molti scambi avvengano senza un vero consenso, almeno nell'accezione tradizionalmente accolta"; P. CANEPA, *op. cit.*, 335, per il quale il significato del consenso contrattuale deve essere ridimensionato: per un verso, nel settore della contrattazione standardizzata il momento del consenso assurge "a semplice presupposto dell'entrata in vigore del regolamento predisposto, senza che i profili dell'identità, della completezza e della perfetta coincidenza del volere dispieghino una effettiva incidenza pratica sul sorgere ed il permanere del vincolo"; per altro verso, nel settore della contrattazione avanzata "molti scambi e trasferimenti di ricchezza avvengono senza un vero consenso, almeno nel senso in cui ad esso - secondo la tradizionale impostazione - si assegna rilevanza giuridica (accordo su tutti gli elementi, principali e secondari, dell'operazione)".

In primo luogo si afferma che la fattispecie sarebbe lo schema organizzativo più razionale ed efficiente nel caso in cui sia necessario risolvere un conflitto tra le parti, e che quindi “*l’esercizio dell’autonomia privata deve rispondere a regole organizzative ispirate a razionalità e semplificazione e di ciò è testimonianza la sua assunzione a (forma di) fattispecie, così come descritta dall’art. 1325 c.c.*”<sup>336</sup>. In base a questo argomento, il mantenimento di una cesura tra fasi risponderebbe a una necessità logico-organizzativa, ispirata a favorire una maggiore capacità di decisione dei conflitti.

In secondo luogo si tengono distinti contenuto e accordo, precisando che quest’ultimo elemento consente il perfezionamento della fattispecie contrattuale<sup>337</sup>. In base a questo argomento, da un lato si è affermato che “*il requisito per l’affidamento nella conclusione e il requisito per la conclusione del contratto coincidono*”, con la conseguenza che un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto non potrebbe sorgere finché le parti non prestano un consenso contrattuale attuale<sup>338</sup>. Dall’altro lato si è precisato che le ipotesi di formazione progressiva del contenuto del contratto (quale sarebbe quella in esame) non eliminerebbero la linea di confine tra fase precontrattuale e fase contrattuale: quest’ultima essendo segnata dall’espressione del consenso contrattuale, perfezionativo della fattispecie. Con la conseguenza che, se i due elementi non venissero distinti, verrebbero a confondersi in modo inaccettabile “*problemi di formazione progressiva del contenuto contrattuale, con problemi che attengono alla formazione progressiva della fattispecie*”<sup>339</sup>.

A nostro avviso, le impostazioni dogmatiche che impediscono di vedere nella formazione progressiva del contratto un’ipotesi di costruzione continuata del regolamento di interessi, non scandita da fasi e vincoli preparatori, non sono insuperabili. Al contrario, i problemi teorici e pratici che gravitano, rispettivamente, attorno alla natura delle intese preliminari e alla misura della tutela risarcitoria delle reciproche posizioni delle parti nella

---

336 Sono le recenti parole di A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, 1070.

337 Così G. B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione*, cit., 206 sulla cui opinione vedi ampiamente Capitolo I, § 5.

338 E’ l’opinione di R. SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 237, secondo cui “*l’affidamento nella conclusione del contratto è infatti prematuro se la controparte non ha prestato il consenso*”. Con questa dottrina però polemizza A. NATUCCI, *Vicende preclusive*, cit., 454, secondo cui invece “*il comportamento delle parti, in relazione alle circostanze che qualificano le trattative*”, quindi “*la durata delle trattative, l’accordo raggiunto sulla maggior parte, o sui più rilevanti punti in discussione, creano indubbiamente un affidamento delle parti: un affidamento tanto sulla conclusione del contratto, quanto, e ancor più, sulla continuazione delle trattative*”.

339 Così F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 604, e G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 7-8.

formazione progressiva del contratto, dovrebbero essere affrontati di preferenza prescindendo dalla rigida alternativa “contratto/non contratto”<sup>340</sup>.

Già una dottrina, del resto, ha sostenuto che nella formazione progressiva del contratto il vincolo non nasce in seguito a un vero e proprio consenso contrattuale, cristallizzato nella conclusione, che “segnerebbe solamente il punto finale e nel contempo assumerebbe il significato di un atto formale”<sup>341</sup>. Specie quando l’attività formativa si articola in una continua documentazione delle intese precontrattuali, il vincolo sorgerebbe invece dal sommarsi di una serie di “reciproche autolimitazioni”, e cioè comportamenti che progressivamente auto-limitano lo spazio di trattativa delle parti, in modo tale da “doversi ritenere ormai impegnate a portare a compimento al progettata operazione economica”<sup>342</sup>.

In senso contrario non ci sembra risolutivo affermare che “la fondata attesa originata dagli accordi preliminari non è una vera e propria situazione soggettiva, non riceve una protezione intensa”<sup>343</sup>. Non è detto, infatti, che debba individuarsi una situazione soggettiva in ordine alla progressiva introduzione dell’assetto di interessi laddove per volontà delle parti l’operazione negoziale è destinata a realizzarsi in una sequenza procedimentale. Perciò a suo tempo si è precisato che l’attesa evolutiva che caratterizza il regolamento incompleto non integra un vincolo strumentale, sotto forma di obbligo di contrarre o di diritto al contratto<sup>344</sup>. Da queste figure si è anzi preferito prescindere ipotizzando che, quando l’autonomia privata si manifesta in forma procedimentale, la genesi progressiva del vincolo può apprezzarsi in ragione dell’affidamento specifico riposto da ciascuno dei contraenti nella completa realizzazione del regolamento di interessi. Le parti del regolamento sarebbero vincolate a sopportare le modificazioni patrimoniali connesse all’operazione economica divisata in ragione, rispettivamente: del vincolo che le lega a sopportare le conse-

---

340 Per questa affermazione si vedano P. CANEPA, op. cit., 351; Identiche considerazioni in U. MORELLO, *Culpa in contraendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1986, II, 137, che rileva come secondo l’approccio tradizionale “tra trattative e contratto preliminare chiuso esiste una terra di nessuno dove (nonostante corposi affidamenti e plateali scorrettezze) tutto praticamente lecito”. L’affermazione di principio risale a R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 261, secondo cui “occorrerebbe abbandonare una impostazione della tematica relativa alla formazione degli accordi preliminari eccessivamente condizionata dalla rigida alternativa “contratto/non contratto”, per accedere ad una visione più articolata del fenomeno”. Anche F. REALMONTE, *Introduzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, cit., XX, si dice espressamente contrario “alle rigide contrapposizioni tradizionali (precontrattuale-contrattuale; negoziale-non negoziale)” e invece favorevole a “un passaggio progressivo tra diverse fattispecie, caratterizzate da un maggiore grado di intensità del vincolo e della sua tutela, ma comunque soggette a una medesima disciplina di fondo”.

341 R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 283.

342 R. SPECIALE, *loc. ult. cit.*

343 G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 8.

344 Vedi *supra* Capitolo II.

guenze delle relative dichiarazioni<sup>345</sup>, e dell'affidamento specifico riposto da ciascuna di esse nella dichiarazione dell'altra, che si manifesta in una serie di atti di modificazione della propria sfera patrimoniale, anche non propriamente realizzativi, ma coerenti col completamento dell'intera operazione economica<sup>346</sup>.

### 3.1 Il preliminare di preliminare.

Il terreno “di sviluppo” del concetto di incompletezza è costituito dal cosiddetto “contratto preliminare di preliminare”: figura ancora controversa, emersa nell'ambito della contrattazione immobiliare e derivante dalla scissione in due tempi della fase di contrattazione a effetti obbligatori, tradizionalmente dominata dal solo contratto preliminare<sup>347</sup>.

345 Per questa concezione dell'autoresponsabilità vedi infatti E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 109; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 21, secondo cui la spiegazione del principio “*deve essere ricercata nell'esigenza di tutela dell'affidamento del destinatario*”. Per una ricostruzione dell'autoresponsabilità quale meccanismo tecnico con il quale l'ordinamento realizza la tutela dell'affidamento vedi invece V. CAREDDA, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, 81 e 127, secondo la quale “*in termini di meccanismi giuridici, dunque, l'autoresponsabilità è ciò che giustifica e consente la realizzazione della tutela dell'affidamento*”.

346 Quali ad esempio: l'assunzione di impegni, anche con terzi soggetti, diretti a realizzare l'interesse economico della controparte (la stipula di un mutuo per entrare in possesso delle somme necessarie a pagare il prezzo di vendita); l'assunzione di impegni di spesa necessari a portare a termine l'operazione (l'attribuzione di incarichi tecnici funzionali a documentare le caratteristiche del bene); o ancora gli interventi di modificazione delle caratteristiche fisiche o giuridiche del bene in relazione al quale si intende realizzare un trasferimento (la modificazione di destinazione d'uso del bene, effettuata dal proprietario in vista del trasferimento).

347 Per l'importanza che assume in ordine alla circolazione immobiliare, il contratto preliminare ha rappresentato il punto di convergenza di numerosi interventi normativi. Per un esame delle distinte fasi relative alla regolamentazione dell'istituto si rimanda a G. DI ROSA, *Circolazione immobiliare e contrattazione preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2011, spec. 110 ss., che individua il filo rosso dei vari interventi nell'esigenza di tutelare gli “*interessi della parte promittente acquirente rispetto alla posizione della parte promittente alienante*”. Sotto il profilo strutturale e funzionale, secondo la configurazione accolta dalla dottrina maggioritaria, il preliminare “classico” è il contratto con il quale le parti si obbligano a concludere un successivo contratto, detto definitivo, individuandone gli elementi essenziali. Alla base della sequenza preliminare-definitivo vi sarebbe, in particolare, un “interesse al differimento” dell'entrata in vigore del regolamento di interessi sostanziale, per consentire il controllo delle sopravvenienze “*che, per legge, avrebbero inciso sull'efficacia dello stesso regolamento di interessi, qualora fosse stato immediatamente introdotto in via definitiva*” (così G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 137 ss.; ma vedi anche ID., *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., 30, dove, nel delineare le diverse esigenze che stanno alla base dell'opzione, chiarisce che “*il contratto preliminare è lo strumento prescelto da chi ha già valutato positivamente la convenienza dell'introduzione differita di un certo regolamento d'interessi, salvo l'esito di una limitata verifica da compiere al momento della stessa introduzione*”). Altre opinioni ricostruiscono il preliminare alla stregua di un rimedio ai danni provocati dall'ideologia del consensualismo, sotto forma del consenso traslativo (art. 1376 c.c.): in particolare, secondo F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 576, “*lo strumento del preliminare di vendita è utilizzabile proprio in funzione di ricreare quella scissione tra titulus e modus acquirendi che l'art. 1376 ha rifiutato*”; in senso critico vedi però le recenti osservazioni di G. PALERMO, *Contratto preliminare e “interesse al differimento”*. *Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione*, in *La contrattazione preliminare. Dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017, secondo cui l'obbligazione di dare “*risulta peraltro tale da vanificare quell'interesse al differimento dell'assunzione della regola in forma contrattuale rispetto alla formazione dell'atto volto a fissarne il contenuto, che costituisce, sotto il profilo logico, prima ancora che sotto quello giuridico, l'elemento caratterizzante la*

La sua genesi è legata al fenomeno dell'intervento di soggetti terzi nelle trattative<sup>348</sup>: agenti immobiliari i quali svolgono professionalmente l'attività di favorire la conclusione di contratti. In dottrina si è rilevata l'esistenza di un interesse di questi ultimi ad anticipare il momento della conclusione dell'affare, a cui è collegato il diritto al compenso a norma dell'art. 1755 c.c. Per questa ragione, gli impegni assunti nel corso di una trattativa condotta per il tramite di un agente non si inquadrano più tanto facilmente tra gli strumenti della formazione progressiva del contratto. Qui entrambe le parti discutono e progressivamente fissano i punti del regolamento contrattuale, registrando i passaggi della loro trattativa in documenti che, come si è visto, possono assumere valore assai diversificato; lì invece l'intesa raggiunta nella primissima fase della trattativa, spesso in un momento in cui nessun contatto diretto è ancora intercorso tra le parti, è affidata ad un modulo standard predisposto dallo stesso agente.

I moduli standard, denominati "proposte d'acquisto", sono portati alla sottoscrizione dell'aspirante compratore al momento della primissima maturazione di un suo interesse all'acquisto: costui propone un prezzo e, di norma contestualmente alla sottoscrizione, consegna all'agente una somma di denaro (spesso irrisoria rispetto all'importo del prezzo offerto), "*a garanzia dell'obbligo di non revocare la proposta*"<sup>349</sup>. In seguito ed eventualmente, la proposta è sottoscritta dall'aspirante venditore.

L'intesa contiene dunque una compiuta benché sintetica menzione del contenuto minimo di un contratto di vendita: di cui si individuano le parti, il bene, il prezzo e la causa (*fase 1*). Nel contempo, essa è inserita in una più ampia sequenza procedimentale traslativa che si sviluppa in ulteriori due fasi: un fase obbligatoria mediana, nella quale entrambe assumono un vero e proprio obbligo di contrarre ai sensi dell'art. 2932 c.c. (*fase 2*), e una fase terminale segnata dall'espressione di un consenso definitivo in forma pubblica (*fase 3*). Dell'articolazione procedimentale è fatta espressa previsione all'interno della stessa

---

contrattazione preliminare".

348 Come li definisce P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale*, cit., 151, si tratta di "soggetti astrattamente non indispensabili nel procedimento ed anzi estranei alle previsioni del legislatore del codice". Di "fattispecie anomala" parla A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare*, cit., 107, con riferimento al contratto "per la conclusione del quale le trattative sono state per intero svolte da un terzo che non può sicuramente essere qualificato come rappresentante né dell'una né dell'altra parte".

349 G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale*, cit., 132.

“proposta”: che a questo scopo contiene uno spazio bianco, normalmente riempito secondo le intenzioni e i programmi di chi la sottoscrive per primo, cioè l’aspirante acquirente.

L’interesse di dottrina e giurisprudenza per la “proposta d’acquisto accettata” deriva, sul piano pratico, dal ripetersi di un classico tipo di conflitto tra le parti: una delle quali ritenga legittimo ritornare sulle proprie decisioni, non considerandosi vincolata al proseguimento di quella che sembra essere ancora una mera trattativa, seppure in fase avanzata. Sul piano dogmatico invece, il problema riguarda la contrattualità o meno del cosiddetto “preliminare di preliminare” e la sua idoneità a scomporre in due fasi il segmento obbligatorio della sequenza traslativa.

Le questioni sono state affrontate nella cornice di una produzione dottrinale multiforme, accompagnata nel corso degli anni da sentenze contrastanti, fino al recente pronunciamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. E’ del tutto evidente infatti che non può essere risolutivo il solo criterio letterale quando la volontà delle parti è filtrata da un modulo standard predisposto dall’agente: le contrattazioni immobiliari restano individuali, troppo complesse per essere ricomprese nel fenomeno della contrattazione di massa regolato agli artt. 1341 e 1342 c.c., pensato per velocizzare l’accesso a beni in serie<sup>350</sup>.

---

350 Lo rileva, da ultimo, G. D’AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *Contratti*, 2017, 87 ss., dove l’autore riferisce la circostanza che “*mentre in passato la vendita di immobili si presentava quasi sempre come una vendita realizzata attraverso contratti “individuali” (intendendo con tale espressione indicare contratti che siano il frutto di trattative specifiche tra le parti), oggi il mercato immobiliare attesta sempre più la presenza (in veste di acquirenti e/o di venditori) di grandi società immobiliari (o di agenzie di mediazione immobiliare), che operano come “professionisti” del settore, e che fanno sempre più ricorso a moduli contrattuali standardizzati*”. Per ulteriori spunti si vedano poi: U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 2010, 48 ss., che condivisibilmente ritiene che “*l’operazione ermeneutica, superando la lettera della modulistica, peraltro prestampata, coglie la reale intenzione delle parti, che, in questa fase delle trattative, paiono essere lontane dalla volontà di assumere un impegno contrattuale definitivo sebbene obbligatorio*” (p. 53); nonché, in generale, A. NATUCCI, *Vicende preclusive*, cit., 441-442, il quale osserva come “*non si acquista certamente un appartamento o una villa senza che le parti discutano una serie di punti, sul complesso dei quali dovrà poi vertere l’accordo finale*”.



Alcune opinioni negative, dottrinali<sup>351</sup> e giurisprudenziali<sup>352</sup>, mettono in evidenza che in un ipotetico procedimento traslativo trifasico il primo atto del segmento obbligatorio costituirebbe un doppione inutile del secondo e sarebbe nullo per mancanza di causa. Con il pre-preliminare infatti le parti non farebbero che vincolarsi alla stipula di un altro contratto preliminare<sup>353</sup> del tutto identico, determinando una finta progressione del procedimento. Il pre-preliminare quindi sarebbe già un contratto preliminare, che vincola le parti a concludere il definitivo, da ripetere eventualmente in una forma idonea alla trascrizione<sup>354</sup>; oppure sarebbe una puntuazione riconducibile alla fase avanzata della trattative, idonea a favorirne la prosecuzione e presidiata dalla sola responsabilità precontrattuale<sup>355</sup>.

A queste ricostruzioni si è obiettato che la valutazione di utilità di uno strumento giuridico è implicita nella scelta dei privati di utilizzarlo per il perseguimento dei loro interessi<sup>356</sup>.

---

351 Oltre agli autori che saranno citati in seguito, si vedano: E. PEREGO, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, 125, dove si rileva che “l’inutilità della figura “che appare evidente quando le fattispecie preliminari che si dovrebbero seguire sono dello stesso tipo, è stata contestata allorché le fattispecie preliminari sono di tipo diverso”; R. RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967, 174, nota 11, per il quale “l’obbligo di contrarre si evolverebbe non nella creazione di un’obbligazione finale ma in un nuovo rapporto strumentale eguale al precedente”.

352 Tra le più recenti si veda in particolare: Cass., Sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038, in *Notariato*, 2010, 40 ss., secondo cui ammettere come possibile funzione del contratto preliminare “anche quella di obbligarsi...ad obbligarsi a ottenere quell’effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, ben potendo l’impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratici promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito”. Tra le più risalenti si vedano invece: Cass., 18 dicembre 1956, n. 4452, in *Foro it.*, 1957, I, 11; Trib. Salerno, 23 luglio 1948, in *Dir. e giur.*, 1949, I, 101; Trib. Napoli, 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 283; Trib. Napoli, 21 febbraio 1985, in *Dir. e giur.*, 1986, I, 725.

353 Vedi in proposito le considerazioni di P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, cit., 149, secondo cui l’obbligazione di un contrarre un preliminare, eseguibile in forma specifica ai sensi dell’art. 2932, può suscitare problemi dal punto di vista logico, ma non da un punto di vista strettamente positivo.

354 In dottrina: G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell’intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, cit., 123 ss., secondo cui “il contratto preliminare la cui conclusione costituisce adempimento dell’obbligo assunto dalle parti con sottoscrizione del modulo a mani dell’intermediario è, in realtà, un preliminare improprio, che ha natura di scambio dei consensi definitivi” (p. 137-138);. Ma vedi anche, più di recente, V. VITALONE, *Il contratto preliminare*, Torino, 2005, 14; nonché G. Buset., *Le sezioni unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 609 ss.. In giurisprudenza: Cass., 14 luglio 2004, n. 13067, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2576; App. Firenze, Sez. II, 12 maggio 2009, in *Contratti*, 2009, 988 ss.

355 Così ad esempio U. LA PORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, cit., 53, secondo cui si tratterebbe di “atti diretti, innanzitutto, a segnare - ove non preceduti da lettere di intenti - l’inizio formale della trattativa, facendo decorrere con certezza il dies a qui per l’applicazione della disciplina dettata dagli artt. 1337 e 1338 c.c. e, quindi, a fissare alcuni punti centrali della trattativa medesima (come il prezzo di acquisto proposto), in piena coerenza con la struttura ed il contenuto della puntuazione”. In giurisprudenza invece: Cass., Sez. II, 2 aprile 2009, n. 8038, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, IV, 571; Trib. Venezia, 30 agosto 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3469.

356 R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 275, che in proposito si scaglia contro “i consueti interpreti, maldisposti verso l’autonomia creatrice”; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 656, secondo cui “il giudizio di utilità dello strumento dovrebbe essere lasciato alle parti”; R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 110, che giudica la conseguenza della nullità come poco rispettosa “della volontà delle parti e degli interessi sottesi agli

Altre opinioni dottrinali, sempre negative e ancor più radicali, pervengono a un giudizio di inammissibilità del pre-preliminare argomentando che la figura non avrebbe i crismi della fattispecie contrattuale: difetterebbe, in particolare, “*la funzione economica a livello tipologico, cioè la possibilità di ravvisare l’interesse meritevole ad una stregua sociale, che dovrebbe giustificare la giuridicizzazione dell’operazione*”<sup>357</sup>. Sempre su questa linea, è stato di recente affermato che estendere la qualifica contrattuale all’intesa pre-preliminare “*significherebbe sottovalutare come l’esercizio dell’autonomia privata deve rispondere a regole organizzative ispirate a razionalità e semplificazione di ciò è testimonianza la sua assunzione (a forma di) fattispecie, così come descritta dall’art. 1325 c.c.*”<sup>358</sup>.

A queste ricostruzioni deve rimproverarsi invece, come chiariremo meglio in seguito, di aver fatto ricorso allo schema organizzativo della fattispecie in un contesto in cui, invece, l’autonomia privata prende le forme di una sequenza procedimentale e l’operazione economica si realizza gradualmente, non già in coincidenza del contratto finale.

Anche nell’ambito di un riconoscimento dell’autonomia procedimentale, però, non tutti gli autori riconoscono al vincolo nascente da pre-preliminare la medesima intensità: taluno ha proposto una qualificazione in termini di *pactum de tractando*, produttivo cioè di un’obbligazione convenzionale di trattare<sup>359</sup>; altri vi hanno visto un preliminare aperto,

---

*accordi conclusi con tali modalità*”. In giurisprudenza vedi invece: App. Napoli, 11 ottobre 1967, in *Dir. e giur.*, 1968, I, 550; Trib. Napoli, 11 gennaio 1994, in *Dir. e giur.*, 1996, 501; Trib. Napoli, 28 febbraio 1995, n. 2039, in *Dir. e giur.*, 1995, 463.

357 F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 611-612. Più nel dettaglio questa dottrina, chiarito che “*due preliminari successivi l’uno all’altro possono quindi concepirsi solo a condizione di differenziarli*”, ammette una differenziazione sul piano formale, ricadendosi allora in un fenomeno di ripetizione; ma non la concepisce sul piano sostanziale, perché “*il contratto preliminare non può che obbligare a concludere un successivo contratto di identico contenuto*”, ricadendosi allora in un fenomeno integrativo. Vedi però l’accusa di contraddittorietà formulata da A. CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, in *Notariato*, 2010, 42 ss., secondo cui, se si condivide che il preliminare di vendita è in realtà una vendita obbligatoria produttiva di un’obbligazione di dare in senso tecnico (così infatti F. GAZZONI, op. cit., 577-578), deve riconoscersi anche l’utilità del preliminare di preliminare: “*la prima fase di contrattazione, svolta sui moduli degli intermediari ... va qualificata come contratto preliminare, che è fonte dell’obbligo a contrarre, e impegna le parti a stipulare una vendita con effetti obbligatori; il successivo preliminare (eventualmente in forma autentica e trascritto) consiste nella vendita obbligatoria; il contratto definitivo è l’atto traslativo solutorio, ritardato sino all’integrale pagamento del prezzo*” (p. 46).

358 A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, cit., 1070.

359 Si vedano: RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, cit., 153-154, il quale, premesso che “*ciascuna manifestazione dell’autonomia negoziale si traduce in un atto utile e rilevante (nei limiti della compatibilità), quando si compia la globale valutazione dell’iter lungo il quale la volontà si è progressivamente formata*”, ipotizza l’esistenza di un obbligo di trattare alla cui violazione si collegano “*sanzioni e rimedi di indole risarcitoria*”. F. TASSINARI, *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale*, cit., 31-32, secondo cui il pre-preliminare sarebbe un preliminare aperto non eseguibile in forma specifica, con cui le parti “*abbiano implicitamente assunto un’obbligazione di contrarre in merito a ciascuno dei punti non espressamente disciplinati*”.

produttivo di un obbligo di contrarre un preliminare vero e proprio (art. 2932 c.c.) in funzione del completamento dei contenuti negoziali<sup>360</sup>. Solo una parte isolata della dottrina ha rilevato che può corrispondere a un effettivo interesse delle parti realizzare “una *progressione verso una maggiore vincolatività del consenso*”, lungo una sequenza trifasica che “*si arricchisce sia sul piano dei contenuti negoziali, che dell’esecuzione delle prestazioni*”<sup>361</sup>.

Da ultimo, l’arresto delle Sezioni Unite non ha disconosciuto utilità e meritevolezza della figura, superando alcuni ostacoli concettuali al suo riconoscimento, pur deludendo sotto altri aspetti le attese qualificatorie di una parte della dottrina.

Il contributo più importante è stato senz’altro l’utilizzo della teoria della causa in concreto<sup>362</sup> al fine di allontanare i sospetti di inutilità e immeritevolezza della figura, che si sintetizzavano nell’accusa di insufficienza causale<sup>363</sup>. La Corte però non si è limitata a evi-

denziare la diffusione pratica dell’intesa in questione. Ha indicato invece, e in modo più in-

360 La soluzione della diversità contenutistica poteva già leggersi, prima dell’intervento delle S.U., in: M. D’AMBROSIO, *Contratto preliminare e contratto definitivo, contratto preparatorio e preliminare di preliminare*, in *Riv. not.*, 1980, 1546 ss., dove si immagina una “*ipotesi di formazione progressiva di fattispecie preliminari dello stesso tipo, ma non dello stesso valore, e non dello stesso identico contenuto*”; V. DE CASAMASSIMI, *Contrattazione immobiliare e “preliminare di preliminare”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 248 ss., secondo cui il pre-preliminare sarebbe un vero e proprio contratto preliminare “aperto”, il quale obbliga a stipulare il compromesso ma nel contempo, contenendo una clausola di inoperatività del meccanismo integrativo di cui all’art. 1374 c.c., produce anche un’obbligazione di contrattare. *Contra* però G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, cit., 135, che osserva come, nella seconda fase della contrattazione preliminare (che per questa dottrina contiene già un consenso definitivo), le parti possono raggiungere “*un regolamento deviante*” da quello che risulterebbe dall’applicazione dell’art. 1374, se vi è un accordo in tal senso; ma non potrebbero anche pretenderlo e quindi a cagione del disaccordo rifiutare il consenso definitivo. Per la soluzione della diversità contenutistica, ma dopo l’intervento delle S.U. vedi invece: V. CARBONE, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015, 614 ss., secondo cui “*i due contratti preliminari hanno funzione e contenuto diverso*” (p. 622); nonché F. FESTI, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015, 626 ss., per il quale, peraltro, neanche il secondo preliminare totalmente riproduttivo del primo sarebbe inutile; U. STEFINI, *Il “preliminare di preliminare” e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1230 ss., che sottolinea come “*non vi è ragione di escludere che l’autonomia privata possa creare preliminari per così dire “atipici”, che, per esempio, obblighino a concludere successivi accordi più dettagliati e completi nell’ambito di un procedimento negoziale, e per i quali la disciplina “tipica” dovrà essere necessariamente adattata*” (p. 1244); G. E. NAPOLI, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1253 ss., secondo cui con il pre-preliminare “*le parti rinviando l’applicazione dell’art. 1374 c.c., spostando in avanti nel tempo l’operatività delle norme suppletive, le quali opereranno per il caso di mancanza di una successiva stipulazione, quindi ove perduri l’assenza delle clausole che specificano le modalità accessorie volte a regole il rapporto*” (p. 1275); A. M. BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 384, secondo cui l’interesse alla procedimentalizzazione delle fasi contrattuali “*può anche tradursi in atti di autonomia “atipici” a doppia valenza: una procedimentale (perché definiscono, configurano, regolano il procedimento di formazione del contratto) e una sostanziale (perché contribuiscono, ciascuno con un proprio livello di progressiva intensità, a determinare i contenuti del contratto definitivo)*”.

361 In questi termini: F. TOSCHI VESPASIANI, *Il “preliminare di preliminare” e la “proposta di acquisto accettata”*, in *Contratti*, 2009, 996; dello stesso autore vedi anche ID., *Il “preliminare di preliminare” stipulato nelle agenzie immobiliari*, in *Contratti*, 2005, 927. Ma vedi anche gli autori citati alla nota precedente.

362 Per uno spunto in questo senso, vedi le osservazioni di V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 971-972, e di C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 261.

cisivo, lo specifico “scopo pratico”: ipotizzando che la scissione in due tempi della fase preliminare trovi giustificazione nell’esigenza di vincolarsi a porre in essere un’operazione economica di cui finora si condividono i soli elementi essenziali<sup>364</sup>, con la previsione di un completamento della stessa nelle successive tappe procedurali e, perciò, con la momentanea esclusione dell’operatività dell’integrazione suppletiva ai sensi dell’art. 1374 c.c. A questa stregua, la manifestazione di un interesse alla “procedimentalizzazione delle fasi contrattuali” diventa necessaria per apprezzare la differenza qualitativa tra intesa pre-preliminare e preliminare vero e proprio. Il pre-preliminare dovrebbe contenere un’intesa sugli elementi essenziali dell’affare e la previsione di un secondo preliminare (art. 2932 c.c.) eseguibile in forma specifica, cui affidare il completo regolamento degli interessi. Conseguentemente, una nullità per mancanza di causa potrebbe colpire l’ultimo atto del segmento obbligatorio di una più ampia sequenza traslativa, nelle sole ipotesi in cui le parti, concludendo due fattispecie preliminari di identico contenuto, realizzano un “*bis in idem*”: quindi un’operazione da considerarsi priva di razionalità ed efficienza, data la sua mancanza di “*idoneità ad espletare la una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti*”.

Questa ricostruzione, prospettata in precedenza anche da una parte della dottrina<sup>365</sup>, non è andata immune dalle critiche di chi vi ha visto un “*ritorno alle origini*”<sup>366</sup> del preliminare il quale, in effetti, inizialmente fu inquadrato come contratto dal vincolo meno in-

---

363 Per una critica recente all’approccio causale vedi però A. M. BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, cit., 379 ss., secondo cui il preliminare di preliminare solleva invece un problema tipologico: imponendo all’interprete di “*valutare, in una prospettiva assiologia riferibile all’ordinamento giuridico, se le parti sono abilitate a perseguire (contrattualmente) un interesse a disciplinare il procedimento di formazione del contratto scegliendo, e regolando, modalità diverse da quelle legislativamente tipizzate*” (p. 393).

364 Con questa precisazione la Corte ha inteso evidenziare la differenza qualitativa tra puntuazione e intesa pre-preliminare: la prima infatti è ancora un’intesa povera di contenuto, pur avendo la funzione di escludere che sui punti di esso già fissati si torni a discutere.

365 A. RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli*, cit., 112 ss., secondo cui il pre-preliminare è una figura atipica di preliminare, ammissibile ed eseguibile in forma specifica, ma che può essere distinta nella funzione e nei contenuti dal preliminare tipico. In particolare, secondo questa dottrina, l’utilità della pre-preliminare si apprezza nella contrattazione immobiliare intermediata se si tiene presente che, nelle intenzioni delle parti, per un verso deve assicurarsi che “*il trasferimento del diritto non sia mai previsto senza un contemporaneo pagamento del prezzo*”, e per altro verso la stipula di un secondo preliminare serve per rimpiazzare il primo, la cui natura standardizzata impediva di regolare importanti profili di disciplina del regolamento contrattuale.

366 A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, cit., 1069, dove tra l’altro si afferma che sarebbe “*un interesse “di mero fatto”, ma privo di vestimentum giuridico*”, quello a predisporre gradualmente il contenuto del contratto, con la conseguenza che le parti potrebbero ritenersi giuridicamente vincolate alle sole “*condizioni (essenziali) recate dall’accordo, così come fissate dall’art. 1325 c.c., anche se nella forma dell’obbligo a contrarre*” (p. 1070).

tenso<sup>367</sup>. In senso contrario infatti si era già obiettato che la diversità contenutistica tra preliminare e definitivo (e ora tra pre-preliminare e preliminare vero e proprio) altro non indica che l'esistenza di una riserva su alcuni punti dell'accordo, che secondo alcuni avrebbe impedito la conclusione dello stesso contratto preliminare<sup>368</sup>.

Anche per queste ragioni un'autorevole dottrina ha preferito impostare i rapporti tra i due atti sotto il profilo della diversità di tutele<sup>369</sup>. Si è osservato infatti che l'incompletezza contenutistica del regolamento implica la necessità di continuare la trattativa, quindi

---

367 C. A. NICOLETTI, *Significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 396 ss., spec. p. 401, dove si afferma che "il contratto preliminare può spiegarsi come un contratto caratterizzato da una riserva - tipica - di completamento del contratto".

368 Sul valore della riserva sono state formulate diverse opinioni in dottrina. Secondo una tesi estrema, la decisione di rinviare al contratto definitivo la precisazione di alcuni punti del regolamento impedirebbe di considerare concluso un preliminare, perché in essa sarebbe "implicita una valutazione comune dell'insufficienza degli accordi raggiunti, fissati nel preliminare": così G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., 63. Altri autori invece ritengono che l'interprete debba valutare l'essenzialità o meno dei punti riservati, il giudizio conclusivo del contratto preliminare non potendo essere impedito a fronte del mancato accordo su punti di importanza secondaria, suscettibili di essere riempiti col ricorso all'integrazione ai sensi dell'art. 1374: così G. OSTI, voce *Contratto*, cit., 513. Altri autori invece ritengono che la volontà di non vincolarsi debba risultare in modo espresso: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 205, secondo cui "la riserva di accordo su punti secondari non impedisce il perfezionamento del contratto, a meno che ad essa non sia stata espressamente attribuita un'efficacia condizionante"; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 607, che ritiene necessaria una "protestatio".

369 La tesi della diversità di tutele (che noi abbiamo inserito, nel Capitolo I, § 7, tra i meccanismi diretti a contrastare le rigidità dei criteri di cui la giurisprudenza si serve per valutare la conclusione del contratto) è stata riproposta da G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., spec. pp. 50 ss. Secondo questa dottrina, le S.U. avrebbero optato per la tesi della diversità contenutistica "probabilmente perché esse considerano una sola forma di tutela che (normalmente) assiste il preliminare, ossia l'eseguibilità in forma specifica ex art. 2932 c.c.", dimenticando però che detta esclusione, che nel caso del pre-preliminare costituisce la normalità ("l'esclusione c'è sempre"), nel caso del preliminare "è (a rigore) solo compatibile con la figura" (p. 50-51). In realtà, le verifiche che le parti si riservano di compiere prima della stipula del preliminare vero e proprio non sarebbero necessariamente legate all'esigenza di completare il regolamento: normalmente anzi, mancherebbe "la volontà di vincolarsi definitivamente (non tanto perché abbiano la necessità, o anche semplicemente l'intenzione, di integrare il contenuto del regolamento negoziale già definito, bensì) perché hanno necessità di verificare alcune situazioni (soggettive e/o oggettive) "esterne" al contratto, e non suscettibili di essere dedotte in condizione". Il pre-preliminare sarebbe quindi un contratto produttivo di un obbligo a contrarre il preliminare, "giuridicamente incondizionato, ma defettibile, in quanto la sua inosservanza (che sopravvenga all'esito, evidentemente negativo, delle verifiche esterne che il contraente abbia compiuto) è menzionata soltanto con il risarcimento del danno, e non può giammai portare alla realizzazione coattiva dell'effetto del contratto" (p.61). Sulla possibilità di scindere la fase obbligatoria in due atti recanti un diverso apparato sanzionatorio vedi però le perplessità già espresse da: F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., 613, per il quale "il rapporto tra i preliminari va valutato inn termini di contenuto dispositivo e non già di sanzioni, tanto più in quanto il passaggio dalla tutela risarcitoria a quella specifica sia il frutto di un atto dovuto, puramente riproduttivo"; e da G. GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi*, cit., 136, dove si rileva che la clausola di esclusione dell'esecuzione in forma specifica dovrebbe essere esplicita. Più articolata è invece la visione di R. DE MATTEIS, *La sequenza preliminare-definitivo e la modularità del vincolo nelle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre*, in *La contrattazione preliminare. Dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, cit., spec. 28 ss., la quale osserva che non esiste un'unica ragione concreta che spinge gli stipulanti a scegliere la sequenza introdotta dal pre-preliminare: essendovi "esemplificazioni nelle quali la causa concreta, che sorregge la sequenza procedimentale, non è rintracciabile certo nella riserva di integrazione del regolamento, quanto invece, nel combinarsi di determinate clausole con un preliminare, in cui le parti si vincolano ad un contrarre "non eseguibile in forma specifica"" (p.

l'esistenza di un'obbligazione di contrattare: con conseguente condanna alla rilevanza in termini meramente procedurali del pre-preliminare, il quale per queste ragioni non potrebbe aspirare alla qualificazione contrattuale<sup>370</sup>.

Su questo punto, non può negarsi la scarsità di chiarezza e coerenza con cui i giudici di legittimità hanno finito per tratteggiare le linee essenziali della figura, quanto ad effetti e natura giuridica. Da un lato, si è sostenuto che la sua violazione darebbe luogo a una conseguenza risarcitoria, per responsabilità contrattuale “*da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto*”; dall'altro, si è negata la qualifica contrattuale, inquadrando l'intesa tra le fattispecie idonee a produrre obbligazioni secondo l'ordinamento giuridico (art. 1173 c.c.).

A nostro avviso però, la negazione della contrattualità dell'intesa preliminare non deve necessariamente essere vista come una *deminutio* del valore dell'atto, ove esso sia consapevolmente collocato all'interno di una sequenza procedimentale qualificata dall'incompletezza, quindi suscettibile di proseguire verso la realizzazione dell'operazione economica.

La collocazione sistematica incerta, e non del tutto coerente con le premesse di meritevolezza della causa, autorizza l'interprete a sviluppare l'indagine verso altre forme di qualificazione<sup>371</sup>.

### **3.2. Osservazioni critiche e proposte costruttive.**

Una riflessione ulteriore deve essere condotta all'interno del recinto argomentativo delimitato dalla statuizione di ammissibilità della figura, in cui gli unici due dati da considerare acquisiti sono la meritevolezza del “procedimento contrattuale graduale” e la negazione della contrattualità dell'intesa pre-preliminare.

Per un verso, la chiarezza con cui si è pervenuti a stabilire la meritevolezza dei “procedimenti contrattuali graduati” non fa che confermare quanto affermato in precedenza: cioè che l'autonomia privata può esprimersi nella forma del procedimento, inteso quale

---

32).

370 G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit.,

371 Di “natura interlocutoria” della pronuncia parla infatti G.F. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione*, cit., 1074.

schema organizzativo alternativo alla fattispecie, in cui si determina la realizzazione graduale di un'operazione economica, alla imprescindibile condizione che risulti immediatamente determinata la sua causa in funzione del necessario controllo ordinamentale<sup>372</sup>.

Per questa ragione non può condividersi la posizione di chi scorge, nell'incompletezza contenutistica del pre-preliminare, l'esistenza di una riserva di volontà<sup>373</sup>. Infatti non ha senso ed è contraddittorio che si ammetta, da una parte, la graduabilità dei vincoli giuridici nel corso di una sequenza procedimentale che gli stessi contraenti hanno voluto si svolgesse per gradi; e si presuma, dall'altra, che tale incompletezza di contenuti significhi allo stesso tempo volontà di non vincolarsi, proprio come se il vincolo dovesse nascere in corrispondenza di un unico atto, corrispondente alla nozione formale di contratto-fattispecie.

Per altro verso, la negazione di contrattualità dell'intesa pre-preliminare è opportuna e corretta, ma non altrettanto può aggettivarsi la pretesa di collocarla in una "fase pre-contrattuale". In un'ottica procedimentale è inappropriata la logica del riparto, poiché il regolamento negoziale si realizza gradatamente e per sviluppi successivi, cioè in una costante integrazione delle fasi<sup>374</sup>. Seguendo quella logica, peraltro, si è finito per vedere come un problema quasi insormontabile quello dell'individuazione della fonte del vincolo, definito come "precontrattuale", liquidato in modo vago col richiamo alla formula di chiusura dell'art. 1173 c.c. Le difficoltà qualificatorie infatti nascono, e si possono spiegare ragionevolmente, solo in un contesto in cui, avendo la Corte ribadito in più punti che il preliminare di preliminare si inserisce in una fase che è ancora "precontrattuale"<sup>375</sup>, occorre poi giustificare, sotto il profilo eziologico, "un'obbligazione *specificata*" (e per ciò non riconducibile alla *generica* clausola di cui all'art. 1337 c.c.) "di fonte non contrattuale"<sup>376</sup>. Laddove, a

---

372 Della determinatezza della causa si è parlato *supra* Capitolo II, § 3.1.

373 Da ultimo, lo ribadisce F. DELFINI, *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 187 ss., spec. p. 197, dove si prende in considerazione "la centralità del c.d. preliminare, quale fonte di intera ed esaustiva regolamentazione del rapporto contrattuale".

374 Vedi *supra* Capitolo § 3.

375 In una parte cruciale della sentenza (punto 6.2) si chiarisce infatti che l'intesa pre-preliminare è riconducibile a "una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento", e che la sua violazione "dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione *specificata* sorta nel corso della formazione del contratto", e non già dalla generica violazione della clausola di buona fede (art. 1337). Trattandosi appunto di obbligazione "specificata", non si può allora concordare con G. Buset, op. cit., 617, il quale, in uno dei primi commenti alle S.U., in chiave critica ha affermato che "se di obbligazione non convenzionale deve trattarsi, tale atto o fatto vada rinvenuto semmai proprio nella direttiva di buona fede di cui all'art. 1337 c.c."

376 Si veda in proposito la decisiva osservazione critica di G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015, 1071 ss., per il quale "la supposizione che l'irrevocabilità dell'accordo, elevata a tratto essenziale, non derivi dall'essere l'accordo stesso "già centro motore del contratto"

nostro avviso, è del tutto evidente che è la stessa collocazione dell'intesa pre-preliminare all'interno di un "procedimento contrattuale a gradi" a giustificare, sotto il profilo eziologico, la presenza di un vincolo limitato a una parte di regolamento, quello cioè che *dispone* sugli elementi essenziali dell'operazione economica, rendendo del tutto superfluo il richiamo all'art. 1173 c.c.

La statuizione di ammissibilità del pre-preliminare deve essere intesa come un primordiale tentativo di dismissione del concetto formale di contratto, inteso come fattispecie, a favore di una valorizzazione delle tecniche procedimentali nelle quali l'operazione economica si realizza gradatamente. Sono i "procedimenti contrattuali gradualisti": i quali rientrano tra le fonti contrattuali dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c. (e non tra le *variae causarum figurae*) e costituiscono altrettante strutture giuridiche da sole sufficienti a spiegare l'esistenza di vincoli *di natura sostanziale* tra le parti contraenti, anche in una fase in cui il regolamento di interessi è ancora incompleto rispetto all'ampiezza di contenuti con cui le parti prevedono di caratterizzare in seguito la complessiva operazione economica.

Non serve, quindi, supporre l'esistenza di vincoli strumentali, quali l'obbligazione di contrattare: figura che si colloca nella fase precontrattuale, con la funzione di favorire la (futura) nascita di un vincolo di natura sostanziale, e che, pertanto, riporta l'interprete alla dicotomia contratto/non contratto in una logica di riparto. Come spiegheremo meglio tra un attimo, nel diverso contesto del "procedimento contrattuale graduale" un vincolo di natura sostanziale deve ritenersi già sorto in coincidenza del primo atto della sequenza traslativa, nella quale devono prendere forma e realizzarsi *tutti* gli interessi (procedimentali e non) in vario modo connessi all'operazione economica. Quest'ultima però non evolve, per così dire, *motu proprio*. Ciò che deve essere meglio chiarito, allora, è "come e perché" la sequenza si sviluppi fino alla completa realizzazione degli interessi delle parti, quindi anche in assenza di un eventuale passaggio intermedio in cui le parti, stipulando un preliminare vero e proprio, si obbligano a contrarre il definitivo (art. 2932 c.c.).

In proposito, una parte della dottrina ha ritenuto che nel pre-preliminare vi sia una commistione di elementi a carattere obbligatorio, atti a vincolare le parti al successivo svolgersi della sequenza, ed elementi a carattere normativo-configuratorio, ai quali dovrebbe farsi riferimento per preservare l'unitarietà della causa pur nella diversità strutturale dei

---

*e che, a dare conto di una efficacia impegnativa dell'accordo, lo si debba collocare fra le vie "causarum figurae", contemplate in modo residuale dall'art. 1173 c.c., risulta a sua volta un elemento di natura distortiva".*



successivi atti in cui si scompone l'operazione economica, precisando che queste ultime componenti non verrebbero meno *“per il semplice fatto che alla determinazione delle linee di svolgimento dei futuri rapporti negoziali si accompagna la previsione di obblighi immediatamente vincolanti”*<sup>377</sup>, con particolare riferimento all'obbligo di stipulare i futuri contratti. Questa opinione, seppure ha il pregio di sollevare l'attenzione su un problema serio, che impone di indagare il peculiare tipo di dispositività dell'effetto configurativo, non ci sembra da condividere. In senso contrario infatti, può osservarsi che l'atto configurativo, il quale spiega la doppia funzione di recare la giustificazione causale e insieme di approntare lo schema strutturale dell'operazione<sup>378</sup>, ha come imprescindibile carattere tipologico *“la libera attuazione dell'assetto di interessi previsto dalle parti”*<sup>379</sup>.

Per questa ragione ci sembra più condivisibile la ricostruzione secondo cui il *“procedimento contrattuale graduale”* prende avvio, inizialmente, in virtù dell'effetto configurativo riconducibile al pre-preliminare, *“intorno al quale possa essere ordinata l'intera serie dei comportamenti destinati, in ragione del loro carattere dispositivo (ben avvertito nella sentenza) a produrre la realizzazione del perseguito assetto di interessi”*<sup>380</sup>; e si sviluppa, successivamente, *“in senso adempitivo”*<sup>381</sup> e cioè con la graduale realizzazione degli interessi delle parti. In questo modo, il procedimento contrattuale viene ad essere collocato nell'orbita della *“contrattazione reale”*<sup>382</sup>: intesa come specifica tecnica di contrattazione introdotta da *“un accordo avente natura contrattuale ma privo di efficacia obbligatoria, ancorché impegnativo tra le parti sotto il profilo della qualificazione”* dell'attività negoziale successiva, nel quale il *“mezzo propulsivo”* della sequenza è costituito esclusivamente dalla *“effettuazione delle prestazioni”*, *“come tipicamente avviene nella contrattazione reale”*<sup>383</sup>.

---

377R. LENZI, *La vendita come procedimento*, cit., 1375.

378 G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., 115.

379 ID., *op. cit.*, 110.

380G. F. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti*, cit., 1073.

381 ID., *Contratto preliminare e “interesse al differimento”*. *Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione*, cit., 54.

382 Per la complessiva elaborazione della tecnica della contrattazione reale a fasi progressive si vedano: G.F. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., 41 ss.; ID., *Contratto preliminare*, cit., 70 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, 529 ss., spec. p. 550, dove si richiama però il concetto di fattispecie a formazione progressiva. Per un riesame delle basi dogmatiche della figura si rinvia al Capitolo I, § 4

383 Per questa le citazioni riportate nel testo si rimanda al recente contributo, in materia di pre-preliminare, di G.F. PALERMO, *Contratto preliminare e “interesse al differimento”*, cit., 53-54, dove peraltro si individua nel disposto dell'art. 2932 c.c. lo specifico fondamento normativo della tecnica di contrattazione in questione. Questa norma, infatti, da un lato esclude che il giudice possa esercitare legittimamente il potere dispositivo, sicché *“non può non apparire evidente come l'esecuzione in forma specifica dell' “obbligo”, alla quale il*

Proprio alla luce di quest'ultima opinione (e salva una precisazione necessaria sul peculiare carattere dispositivo dell'effetto configurativo) il pre-preliminare può essere qualificato come regolamento incompleto di interessi: caratterizzato da una fondata attesa evolutiva nell'ambito di un'operazione negoziale destinata, per volontà dei contraenti, a svolgersi in sequenza procedimentale. In particolare, secondo gli strumenti concettuali utilizzati già in precedenza<sup>384</sup>, "la ragione" dell'incedere della sequenza deve essere individuata in una decisione organizzativa originaria delle parti, cioè l'accordo pre-preliminare nel quale esse manifestano l'interesse alla "procedimentalizzazione delle fasi contrattuali". Quanto invece al "modo" dell'incedere, si procedere attraverso una serie di modificazioni patrimoniali riferibili alle parti, e non necessariamente coincidenti con le prestazioni tipiche della vendita (consegna della res e del prezzo)<sup>385</sup>. E' necessaria, quindi, un'analisi del comportamento complessivo delle parti (art. 1362 c.c.) per verificare se esse abbiano riposto un affidamento specifico nelle rispettive dichiarazioni: in tale ultimo caso, le modificazioni patrimoniali assumeranno crescente rilievo, fino al momento del trasferimento del diritto in capo all'acquirente, in coincidenza del quale trova realizzazione la totalità degli interessi coinvolti nell'operazione economica e la sequenza si chiude.

A questo punto però, una precisazione è necessaria sulla natura dell'effetto configurativo prodotto dal pre-preliminare: il quale, oltre a manifestare l'interesse alla procedimentalizzazione e ad esprimere la causa dell'operazione negoziale, fissa in modo vincolante le linee essenziali dell'operazione economica. E' necessario allora indagare il peculiare tipo di dispositività del pre-preliminare: a nostro avviso, infatti, non sarebbe corretto, in questo caso, affermare che "*il negozio di configurazione ... resta per sé inidoneo alla produzione di effetti sostanziali*"<sup>386</sup>. In altre parole, in questo caso il carattere dispositivo dell'effetto configurativo va oltre l'irrettrabilità del giudizio in ordine alla qualificazione dei comportamenti prefigurati, una volta posti in essere.

---

*primo comma dell'art. 2932 c.c. fa riferimento, sia insuscettibile di produrre incidenza sul regolamento negoziale*"; dall'altra, impone al seconda comma che "*che l'assetto di interessi contrattuale stabilito debba avere ricevuto, o comunque ricevere in parallelo, concreta realizzazione rispetto al verificarsi degli effetti della decisione giudiziale*" (p. 49).

384 Vedi *supra* Capitolo II § 1.

385 L'affidamento specifico del proprietario potrebbe dedursi dagli atti di approntamento del bene: quali l'eliminazione a proprie spese di un precedente abuso edilizio, o il recesso dal contratto di comodato d'uso gratuito in precedenza stipulato in favore di un familiare. L'affidamento specifico del compratore invece, oltre che dalle somme eventualmente già versate in vista del trasferimento, dalle spese e dagli impegni da lui assunti con soggetti terzi al fine di procurarsi l'intero importo del prezzo, fino al momento del saldo.

386 Così G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., 117.

Una soluzione al problema però dovrebbe potersi dare senza cadere nella tentazione di riproporre moduli improntati alla doverosità<sup>387</sup>. Non si tratta di un esercizio concettuale impossibile: come suggerito anche da una dottrina recente, infatti, la configurazione incide direttamente sul regolamento sostanziale, che viene specificato e circostanziato, con la conseguenza che il concreto programma degli interessi deve apprezzarsi in una “sintesi integrata” di elementi procedimentali e sostanziali<sup>388</sup>. Ciò accade, a nostro avviso, anche nella sequenza procedimentale introdotta dal pre-preliminare: attraverso il quale le parti non si limitano a configurare l’operazione economica, prevedendone la realizzazione graduale e lo sviluppo reale, ma realizzano immediatamente l’interesse di tipo sostanziale a “bloccare l’affare”, destinato a integrarsi nel concreto programma negoziale, i cui punti essenziali, per questa ragione, vengono individuati in modo vincolante e irretrattabile già in sede di pre-preliminare.

#### **4. Il *rent to buy*: profili di “incompletezza” relativi alla causa.**

Finora si sono prese in considerazione delle ipotesi di incompletezza del regolamento non idonee ad incidere sul profilo causale dell’operazione economica. Si è precisato anzi che quando l’autonomia privata, al fine di determinare una graduale realizzazione degli interessi, si esprime in forme procedimentali, l’elemento causale deve essere chiaramente determinato fin dall’inizio per consentire le necessarie operazioni di controllo da parte dell’ordinamento<sup>389</sup>.

Nell’ambito della contrattazione immobiliare, tuttavia, una disciplina recente offre alcuni spunti per ridimensionare la portata di queste affermazioni. Si tratta dell’art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito in legge 11 novembre 2014, n. 164, con il quale il legislatore ha inteso regolare una sequenza procedimentale<sup>390</sup> in cui è possibile realizzare un

387 Così, invece, R. LENZI, *La vendita come procedimento*, cit., 1375.

388 R. FRANCO, *Autonomia privata e procedimento nella formazione della regola contrattuale*, cit., 466, dove si fa l’esempio della prelazione: in cui il programma di acquisto del bene si arricchisce di un interesse ulteriore, apprezzabile solo nella prospettiva procedimentale: cioè quello a “*non far pervenire, in un determinato periodo di tempo, il bene medesimo nella sfera giuridica di un concorrente*”.

389 Per questa considerazione si rimanda al Capitolo II, § 3.

390 Come è stato rilevato da attenta dottrina, si tratta di un’ipotesi di manifestazione dell’autonomia privata in forma procedimentale. Si vedano in particolare: V. CAREDDA, *Rent to buy. Note minime sulla complessità*, in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, a cura di C. Cicero e V. Caredda, Napoli, 2016, cit., 123, la quale vede nel *rent to buy* “una articolazione sequenziale, con situazione di partenza e di arrivo (questa, con possibili alternative) e con progressivo avvicini-

godimento in funzione della *successiva* alienazione di immobile (cosiddetto *rent to buy*<sup>391</sup>). In base a questa disposizione<sup>392</sup>, la parte (detta “conduttore”) che aspira alla titolarità di un diritto, è immediatamente immessa nel godimento del bene dietro pagamento di un canone periodico in favore della controparte (detta “concedente”), che ne è proprietaria; quest’ultima poi è obbligata a contrarre (2932 c.c.) nel caso in cui il conduttore eserciti, nel termine all’uopo determinato, il diritto all’acquisto nascente dall’atto iniziale, realizzando così la propria aspirazione al bene<sup>393</sup>.

---

*namento al risultato programmato, del trasferimento di proprietà*”, caratterizzata da “una stringente funzionalizzazione dell’intera “operazione”, sin dall’inizio, a quel risultato”, con conseguenze in ordine disciplina applicabile alle singole fasi della sequenza; M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 841 ss., che rileva come “la nuova disciplina del rent to buy si caratterizza per uno schema procedimentale di acquisto che accorda il favor della scelta al soggetto conduttore” (p. 852); G. PALERMO, *L’autonomia negoziale nella recente legislazione*, in *Giur. it.*, 2015, 491, secondo cui il legislatore avrebbe inteso “ovviare a una insufficienza di normazione della quale, con riguardo ad accordi negoziali, destinati per scelta della parti a svolgersi su un piano procedimentale, era avvertita l’esigenza”; A. BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile. Profili di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 609, per il quale “la fattispecie si può inserire nell’ampia categoria dei negozi a formazione progressiva, preparatori all’alienazione, come il contratto preliminare ad effetti ancipitati”.

391 In dottrina si sono evidenziate, da un lato, la derivazione della figura in questione da prassi contrattuali di matrice anglosassone, recepite nel nostro ordinamento (A. FUSARO, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014, 419 ss.; V. RUGGIERO, *Rent to buy, la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto del mercato immobiliare*, in *Contr. impr.*, 2015, 964 ss.); dall’altro lato, il suo stretto collegamento con “il diritto civile della crisi economica” (G. D’AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015, 1030, già leggibile in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca*, cit., 62; C. CICERO, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi*, in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati*, cit., 43; A. BENNI DE SENA, loc. ult. cit.; L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2015, 190). In senso nettamente contrario si segnala però l’opinione di M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, cit., 841-842, secondo cui “le problematiche sottese all’elaborazione italiana del modello del rent to buy e di altri modelli contigui rivelano che essi non sono prodotti esclusivi della crisi economica, né tantomeno importazione passiva di modelli e di prassi praticate in sistemi diversi dal nostro, ma sono esistenti e risalenti nelle riflessioni del civilista italiano”: in particolare, secondo questa dottrina, “figure antesignane” del contratto di *rent to buy* sarebbero le locazioni convertibili in vendita, “dove si ravvisava una compatibilità tra locazione e vendita, in quanto contratti stipulati con sequenza temporale diversa” (p. 844).

392 Di cui si è sottolineata l’enorme portata applicativa, che non subisce limitazioni né dal punto di vista dei soggetti né dal punto di vista del tipo di diritti che con queste modalità possono essere trasferiti, rimanendo irrilevante anche la destinazione d’uso dell’immobile che ne costituisce oggetto (per tutti, si veda D. POLETTI, *L’accesso “graduale” alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 32 ss., spec. p. 40; V. RUGGIERO, *Rent to buy, la positivizzazione di un nuovo schema negoziale*, cit., 985; *contra*: A. BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy*, 610, che ne limita l’applicazione alla sola circolazione del diritto di proprietà).

393 Il dibattito intorno alla figura sembra essersi assestato intorno all’opinione, nettamente maggioritaria, che rifiuta l’idea del collegamento negoziale tra locazione e preliminare unilaterale (così F. TASSINARI, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contratti*, 2014, 823, e V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l’acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015, 6, che vede un “esplicito collegamento funzionale” tra godimento del bene e acquisto successivo), riconoscendo nel *rent to buy* un nuovo tipo contrattuale (*contra*: C. CICERO, *Rent to buy*, cit., 58, il quale dubita che ad esso corrisponda “un univoco tipo legale nominato”; A. BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy*, 613, secondo

Deve subito notarsi che nelle intenzioni dei contraenti l'intera operazione è diretta unicamente a realizzare, nelle forme procedimentali, la causa della vendita<sup>394</sup>. Elemento tipologico imprescindibile della figura - che contemporaneamente ne evidenzia l'indole traslativa e la natura procedimentale - è l'originaria suddivisione in due parti del canone periodico: una imputabile a corrispettivo del godimento; l'altra imputabile a corrispettivo del (futuro ed eventuale) trasferimento, quest'ultima da scomputare all'importo del prezzo al momento della (eventuale) realizzazione della fattispecie acquisitiva<sup>395</sup>. Il legislatore, poi, rafforza e coadiuva la tensione traslativa del regolamento di interessi, che culmina con una nuova manifestazione bilaterale di volontà<sup>396</sup>, attraverso l'istituto della trascrizione: prescritta sia ai fini dell'art. 2645-bis, quindi con efficacia prenotativa<sup>397</sup> degli effetti della trascrizione del futuro atto di acquisto dell'immobile, estesa fino a tutta la durata del contratto

---

cui non sarebbe un contratto tipico, ma uno “*schema generale di disciplina applicabile a diverse costruzioni contrattuali*”), non riducibile né alla locazione (V. CUFFARO, *La locazione di scopo*, in *Giur. it.*, 2015, 501 ss., perché il godimento sarebbe “*solo l'epifenomeno rispetto al trasferimento del diritto reale*”), né locazione finanziaria (V. RUGGIERO, *Rent to buy, la positivizzazione di un nuovo schema negoziale*, cit., 979-980, per la necessaria bilateralità e l'assenza di una causa di finanziamento), né alla vendita con riserva di proprietà e alla vendita sotto forma di locazione di cui all'art. 1526 c.c. (M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, cit., 846, nell'un caso per l'incertezza dell'effetto traslativo, nell'altro per la mancanza di automaticità dell'acquisto allo scadere del periodo di godimento), né al preliminare ad effetti anticipati (S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015, 957, per il necessario meccanismo di doppia imputazione del canone; oltre che, secondo R. LENZI, *La vendita come procedimento*, cit., 1363, perché il godimento immediato è concesso a fronte di corrispettivi irrisori). In particolare, la dottrina che si è occupata precipuamente del problema tipologico, rilevando un problema di sovrabbondanza di disciplina, ha escluso che il contratto in questione possa essere inquadrato attraverso il ricorso alla figura del contratto misto in senso tecnico, indicando come più appropriati i “*criteri di similitudine che si risolvono nel giudizio di prevalenza tra le ragioni della differenza e le ragioni della somiglianza, da effettuarsi caso per caso*” (così V. CAREDDA, *Rent to buy. Note minime sulla complessità*, cit., 2016, 123).

394R. LENZI, *La vendita come procedimento*, cit., 1365, secondo cui “*il rent to buy ha trasformato la vendita in un contratto di durata ... ove la dilazione temporale non è funzionale a completare i presupposti per pervenire all'acquisto (accertamenti e predisposizione della documentazione necessaria, accesso al credito e in generale reperimento delle risorse finanziarie, o altro ancora), bensì è connaturata all'attuazione della funzione stessa del contratto*”.

395 In questo contesto, si segnala come del tutto isolata l'opinione di R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita*, cit., 2, secondo cui le parti, nel perfezionare il passaggio di proprietà, potrebbero stabilire che “*anche i ratei imputati pro rata temporis al godimento dovranno essere decurtati ... dal prezzo concordato*”, specificando inoltre che tale modifica del modello legale sarebbe “*inidonea a generare la novazione oggettiva della fonte originante il diritto personale di godimento*”.

396 La fattispecie acquisitiva richiederebbe un'ulteriore manifestazione bilaterale di volontà, come si evince implicitamente da richiamo operato dalla norma all'art. 2932 c.c.: ragione per la quale la dottrina dominante esclude una sovrapposizione con l'opzione (così R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita (contributo allo studio del c.d. rent to buy)*, in *Studium iuris*, 2016, 6; D. POLETTI, *L'accesso “graduale” alla proprietà immobiliare*, cit., 48; M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà*, cit., 851; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., 493; *contra*: G. BARALIS, *Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati*, cit., 13, secondo cui la norma non avrebbe conformato la facoltà acquisto; A. BENNI DE SENA, *Il c.d. rent to buy*, 611, secondo cui “*il rinvio all'art. 2932 opera in tanto e in quanto necessario*”).

397 Sul punto però vedi l'opinione di V. CUFFARO, *Oltre la locazione*, cit., 5 ss., il quale preferisce parlare - anche con riferimento alla trascrizione di cui all'art. 2465-bis c.c. - di opponibilità del contratto ai terzi.

e comunque per una durata non superiore ai dieci anni; sia ai fini dell'art. 2643, comma I, n. 8), con conseguente opponibilità ai terzi del temporaneo diritto di godimento del conduttore<sup>398</sup>.

Pertanto non può condividersi, se non a livello descrittivo, l'idea che la sequenza si svolga in due fasi<sup>399</sup>, una di godimento e l'altra (eventuale) reale, destinate in vario modo a integrarsi e interagire<sup>400</sup>. A nostro avviso, ferma l'unitarietà dell'operazione economica e della sua causa, nella cosiddetta "fase di godimento" deve vedersi una manifestazione dell'incompletezza dell'unitario regolamento di interessi, destinato a realizzarsi gradualmente in una sequenza procedimentale suscettibile di evolvere verso la completa realizzazione dell'effetto traslativo. Quest'ultimo infatti, com'è stato scritto efficacemente, entra a far parte del programma negoziale come risultato "*condiviso ma non obbligatorio*"<sup>401</sup>: ragione per la quale l'andamento evolutivo della sequenza si coglie esclusivamente avendo riguardo alle modificazioni patrimoniali poste in essere dai contraenti. In particolare, nel versamento periodico di un canone comprensivo della quota di prezzo deve riconoscersi un esempio tipico - perché contemplato dal legislatore quale aspetto essenziale e tipologico della figura - dell'affidamento specifico riposto dalle parti nel futuro completamento dell'operazione traslativa, destinata a realizzarsi in forma procedimentale.

---

398 La dottrina nettamente maggioritaria, nonostante il richiamo testuale ad alcune norme in tema di usufrutto (artt. 1002, 1007, 1012 e 1013 c.c.), è orientata verso la qualificazione del diritto di godimento del conduttore in termini personali: D. POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare*, cit., 52; M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà*, cit., 855; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., 496; A. FUSARO, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015, 497. Deve segnalarsi però l'opinione di V. CAREDDA, *Rent to buy. Note minime sulla complessità*, cit., 124, secondo cui la "*stringente funzionalizzazione*" dell'intera sequenza procedimentale al raggiungimento del risultato traslativo non sarebbe priva di rilevanza sul piano dell'individuazione della disciplina applicabile, anche in ordine alla situazione di godimento, suggerendo "*quanto meno, un avvicinamento alla qualificazione in termini di possesso*".

399 Così D. POLETTI, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare*, cit., 32 ss., dove in taluni punti si parla di "*contratto a struttura "bifasica": quella del conseguimento del godimento, ancora a carattere obbligatorio ma con una specifica tensione al successivo acquisto; quella del trasferimento della proprietà, che realizza l'effetto reale*" (p. 35); e in altri, a nostro avviso più condivisibilmente, si parla di "*vicenda contrattuale sempre più procedimentalizzata*" nella quale la struttura procedimentale sostituisce "*all'automaticità dell'acquisto la gradualità dello stesso*", lungo un percorso in cui "*l'acquisto transita per il previo godimento, diviene "progressivo" e si attua per il tramite dell'utilizzo del bene*" (p. 63).

400 Ci riferiamo, in particolare, alle opinioni che, pur affermando che il *rent to buy* disciplinato all'art. 23 cit. rappresenta una struttura negoziale unitaria, pretendono di descriverla come "*speciale figura di locazione*" accostata a un' "*intesa preliminare ad effetti necessariamente anticipati*" (R. CALVO, *La locazione*, cit., 1 ss., spec. pp. 2 e 5) o, addirittura, un obbligo di dare che impegna il concedente a stipulare un negozio di puro trasferimento (A. LUMINOSO, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti, in La contrattazione preliminare*, cit., 77-78; di "*atto solutorio*" parla anche F. DELFINI, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2015, 827).

401 Così V. CAREDDA, *Rent to buy. Note minime sulla complessità*, cit., 124.

Rispetto alle ipotesi di incompletezza del regolamento di interessi finora analizzate deve notarsi, però, un elemento di somiglianza e uno di differenza. Come negli altri casi, il regolamento di interessi giunge a completa realizzazione nel corso di una sequenza procedimentale articolata. A differenza di tutti gli altri casi, nel *rent to buy* fin dall'inizio la causa (di scambio) non è configurata come del tutto certa: potendo il procedimento arrestarsi per volontà del conduttore prima del trasferimento.

In dottrina, infatti, si è rilevata la mancanza di reciprocità dell'obbligo di contrarre previsto in capo al proprietario/concedente, elevandola a profilo tipologico essenziale del *rent to buy*<sup>402</sup>. Un'analogha posizione passiva non grava sul conduttore: che in tal modo diviene l'arbitro dell'intera operazione, potendo liberamente decidere di non esercitare il diritto all'acquisto, senza che ciò costituisca inadempimento<sup>403</sup>. Pertanto, un'apposita disciplina giuridica è destinata a regolare l'eventualità non patologica di interruzione della sequenza procedimentale: prevedendosi, al comma 1 bis dell'art. 23, che in sede di redazione del contratto le parti debbano individuare una quota della parte di canone imputata ad anticipo sul prezzo, che il proprietario/concedente trattiene nell'ipotesi in cui il trasferimento non abbia luogo per mancato esercizio del diritto all'acquisto.

Adottando una logica di corrispettività che a nostro parere poco si addice alla natura procedimentale della figura in commento, in dottrina si è sostenuto che la quota della parte del canone imputata a prezzo, che il concedente incamera a seguito del mancato esercizio del diritto all'acquisto ai sensi del comma 1 bis, rappresenta in realtà “il “prezzo” del diritto riconosciuto all'acquirente di decidere se acquistare o meno l'immobile”<sup>404</sup>.

---

402 R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita*, cit., 5; L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento*, cit., 191.

403 La disciplina dell'inadempimento si articola in diverse disposizioni. Sotto un primo profilo, si è presa in considerazione l'ipotesi di risoluzione di diritto del contratto, stabilendo un parametro legale di importanza dell'inadempimento, “in seguito al mancato pagamento, anche non consecutivo, di un numero minimo di canoni, determinato dalle parti, non inferiore ad un ventesimo del loro numero complessivo” (commi 2, art. 23). Sotto un diverso profilo, si sono specificamente regolate le conseguenze dell'inadempimento del conduttore e del concedente (comma 5). In particolare, per il caso di inadempimento del conduttore si dispone (oltre all'immediato rilascio dell'immobile) che il concedente acquisisca l'intero importo dei canoni fin lì corrisposti, salvo patto diverso; per l'inadempimento del concedente, che al conduttore sia rimborsata la parte dei canoni imputata a prezzo di acquisto, con maggiorazione degli interessi legali. Salva, ovviamente, la possibilità di ricorrere all'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di contrarre (art. 2932 c.c.) nel caso in cui il concedente si rifiuti di prestare il consenso al trasferimento.

404 Così L. IBERATI, *Il nuovo contratto di godimento*, cit., 191; ma vedi anche R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita*, cit., 3, secondo cui l'incameramento di tale quota “rileva ex post quale corrispettivo dell'attribuzione al conduttore del diritto di stipulare il definitivo”, nonché V. RUGGIERO, *Rent to buy, la positivizzazione di un nuovo schema negoziale*, spec. p. 1003 e p. 1008, che si esprime in termini di “costo per il mancato esercizio”.

In modo più condivisibile, si è osservato invece che attraverso questo meccanismo il legislatore vuole tutelare l'affidamento risposto dal proprietario/concedente nel successivo sviluppo dell'operazione economica, tesa fin dall'inizio al risultato (non necessitato) del trasferimento, a garanzia della “*serietà dell'intento negoziale del futuro (potenziale) acquirente*”<sup>405</sup>.

A nostro avviso invece, più incisivamente, la norma è destinata a regolare la formazione del requisito causale nel procedimento acquisitivo: nel senso che, a fronte di un'equilibrata composizione dei reciproci interessi delle parti per il caso di mancata realizzazione dello scopo pratico, l'ordinamento permette un certo margine di flessibilità del regolamento di interessi destinato a realizzarsi in forma procedimentale, con specifico riferimento al requisito causale.

E' vero infatti che il risultato traslativo potrebbe mancare, per effetto del mancato esercizio del diritto all'acquisto. Però, l'onere economico posto a carico del conduttore segnala che l'alternativa tra l'acquisto e il mancato acquisto (quindi tra circolazione e mancata circolazione) del diritto, non è del tutto indifferente al legislatore: il quale, pur attribuendo a quel soggetto la perdurante libertà di decidere (fino al termine indicato dal contratto), non gli consente una scelta del tutto disinteressata, priva cioè di conseguenze economiche negative. La causa *alienandi*, dunque, è l'unica e sola ragione giustificativa dell'operazione economica, idonea a sorreggere l'intera sequenza procedimentale; né può essere configurata come perfettamente alternativa rispetto a una funzione di godimento, quasi che in ciò debba vedersi “*una sorta di doppio programma contrattuale o, se si vuole, di programma*”

---

405 G. D'AMICO, *Il rent to buy: profili tipologici*, cit., 1034 (già leggibile in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca*, cit., 70), il quale ipotizza l'esistenza di un “*impegno a mantenere aperta la possibilità*” del trasferimento (p. 1039) fino alla scadenza del termine di esercizio del diritto all'acquisto, conseguentemente qualificando come vero e proprio inadempimento l'ipotesi in cui il conduttore decida “*di non versare più la parte del canone destinata ad essere imputata al prezzo di acquisto, continuando invece a corrispondere esclusivamente la parte di canone che remunera il mero “godimento” del bene*” (p. 1035).



*multilivello*<sup>406</sup>, come sarebbe qualora il conduttore, libero da conseguenze economiche negative, potesse determinarsi arbitrariamente a non dar seguito all'acquisto<sup>407</sup>.

Più in generale, per quanto detto finora, non si potrebbe configurare la causa in termini del tutto alternativi: un regolamento di interessi di questo tipo non sarebbe idoneo ad essere giuridicizzato, non essendo in grado di esprimere le ragioni dell'esercizio dell'autonomia contrattuale<sup>408</sup>. Sarebbe lecito invece che le parti, i cui interessi sono destinati a realizzarsi nel corso della sequenza procedimentale, pervengano a una determinazione (univoca, benché) non tassativa della causa: descrivendo come fisiologica l'eventualità in cui lo "scopo pratico" avuto di mira non abbia a realizzarsi.

In queste ultime ipotesi, a nostro avviso, non deve tanto vedersi una proiezione sul contratto dei tratti di "*instabilità*" e "*precarietà*", intesi a livello sociologico come caratteristici dei "*tempi attuali*"<sup>409</sup>; né un'ipotesi di "contrattazione reale a fasi progressive", caratterizzata cioè dalla "*assenza di obbligazioni sostanziali che risultino suscettibili di adempimento coattivo*"<sup>410</sup>. Si tratta, piuttosto, di un adattamento della disciplina del requisito causale alle esigenze di flessibilità tipiche delle forme procedurali di esercizio dell'autonomia: in cui il vincolo si sottrae alle note di rigidità degli elementi del contratto inteso in senso formale (come fattispecie costitutiva del vincolo stesso), proprio perché destinato ad instaurarsi in modo graduale e per effetto del comportamento realizzativo dei contraenti.

---

406 Così, a nostro avviso non del tutto condivisibilmente, D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *Contratti*, 2015, 1049 ss., spec. p. 1056, secondo cui il mancato esercizio del diritto all'acquisto dà luogo a un "*mutamento postumo della causa alienandi*" in causa di godimento, per il tramite di una novazione oggettiva del contratto. Il limite di questa ricostruzione ci sembra peraltro anche di tipo pratico: come la stessa Autrice riconosce, quando afferma che la continuazione della funzione di godimento in capo al conduttore pur in mancanza di esercizio del diritto all'acquisto impone di "*segnare il confine con non difficili impieghi del contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili in frode alla legge, ossia con intenti elusivi proprio della disciplina speciale*", con particolare riferimento alla normativa vincolistica del contratto di locazione.

407 Per questa opinione vedi invece R. CALVO, loc. ult. cit., secondo cui "*se le parti nulla hanno concordato sul punto, significa che tutti i ratei in conto prezzo dovranno essere resi al solvenza da parte di chi ha conservato la proprietà del bene locato*".

408 Vedi *supra* Capitolo II, § 3.

409 E' l'interessante opinione di D. POLETTI, *Quando al "rent" non segue il "buy"*, cit., 1049 ss., spec. p. 1056, già espressa in Id., *L'accesso "graduato" alla proprietà immobiliare*, cit., 65, la quale, pur cogliendo l'accentuata flessibilità che il legislatore ha introiettato nella sequenza procedimentale del *rent to buy*, in tal modo offre a nostro avviso una spiegazione troppo legata a caratteristiche contingenti della società contemporanea.

410G. PALERMO, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, cit., 495, secondo cui peraltro i commi 2 e 5 sarebbero volti a stabilire una "*composizione indennitaria delle conseguente derivanti dal mancato raggiungimento del risultato programmato*", non già a regolamentare gli effetti di un inadempimento in senso proprio.

## 5. Spunti conclusivi: “incompletezza” e responsabilità.

In caso di interruzione della sequenza procedimentale si pone un problema di responsabilità: si tratta, fondamentalmente, di identificare la natura della eventuale responsabilità quando una parte non intende completare l'operazione negoziale, così determinando una lesione dell'affidamento specifico della controparte.

In proposito, non sarebbe adeguato richiamare l'applicazione dell'art. 1337 c.c., con particolare riferimento all'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative. Con il concetto di incompletezza si è inteso, infatti, qualificare il regolamento inserito in una più ampia operazione negoziale, destinata per volontà delle parti a svolgersi in una sequenza procedimentale e perciò sottratta ai rigidi schemi che descrivono il ciclo di sviluppo della fattispecie contrattuale. Il problema della responsabilità deve essere affrontato, dunque, tenendo conto dell'ambientazione procedimentale del regolamento incompleto ed alla luce di un criterio il più possibile unitario.

Conseguentemente, non pare opportuno estendere il limite dell'interesse negativo<sup>411</sup>, anche alla luce del fatto che la dottrina da tempo ha evidenziato come, in realtà, *“l'oggetto del risarcimento del danno non dipende dalla fase del ciclo contrattuale in cui l'illecito civile intervenga, ma dai caratteri della condotta lesiva e dal tipo di interesse inciso dall'illecito”*<sup>412</sup>.

L'operazione ricostruttiva della responsabilità, invece, ha come parametro “naturale” la buona fede oggettiva, che impone alle parti, in ogni momento del rapporto contrattuale, di comportarsi secondo lealtà e correttezza (artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1375). In dottrina, infatti, si è sottolineata la sostanziale coincidenza di significati che la buona fede

---

411 C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 175, che lo definisce come “*interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale*”, tutelato attraverso un'obbligazione risarcitoria la cui entità si determina “*tenendo conto delle probabilità positive e di quelle negative*” in ordine alla conclusione del contratto. Di recente, G. VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contr. e impr.*, 2017, osserva che nel nostro ordinamento la fonte della disciplina della valutazione dei danni in ambito precontrattuale, con riferimento al limite dell'interesse negativo, è da individuarsi nell'art. 1338 c.c. Ma vedi altresì V. CUFFARO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1273-1274, secondo cui l'art. 1338 “*vale effettivamente a precisare che il quantum della pretesa non può coincidere con quello risarcibile per effetto dell'inadempimento del contratto*”.

412 Così A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, II, 792 ss., secondo cui non è corretto sovrapporre *culpa in contrahendo* e interesse contrattuale negativo, in quanto vi sono casi di lesione dell'interesse positivo in ambito precontrattuale, quali il dolo incidente (art. 1440 c.c.) e la distruzione del bene da parte del proponente nell'intervallo di tempo intercorrente tra proposta e accettazione. Per l'individuazione di regole risarcitorie diverse vedi infatti: A.M. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, 409.

oggettiva assume in ogni momento del rapporto contrattuale: dalla formazione all'esecuzione<sup>413</sup>.

A questa stregua, in presenza di un regolamento incompleto l'interprete dovrà esaminare il comportamento complessivo delle parti (art. 1362 c.c.), comprensivo di atti anche non propriamente realizzativi degli interessi perseguiti, per individuare, quale specifico oggetto della tutela, l'affidamento specifico<sup>414</sup> prevedibile e ragionevole<sup>415</sup>, riposto dai contraenti nel completamento dell'operazione negoziale. In particolare, un rimedio di tipo ri-

---

413 C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 507, spec. nota 30, per il quale “*la tipizzazione di massima dei comportamenti di buona fede*”, specie con riferimento ai canoni di lealtà (buona fede formativa) e salvaguardia (buona fede esecutiva), “*non vuol dire riduzione dell'applicazione del principio a fattispecie determinate, ma indicazione di talune fattispecie valevoli come concreti modelli di riferimento*”. Più in generale, per A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 13, attraverso l'art. 1337 i compilatori del codice hanno inteso “*assicurare una ragione di simmetria e di corrispondenza*” con il complesso degli artt. 1366, 1375 e 1175. Una identificazione tra interesse negativo e tutela della buona fede oggettiva si ritrova invece in C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 307, dove si afferma che la formula “*interesse negativo*” indica “*una situazione giuridica soggettiva dal contenuto sostanzialmente positivo: e cioè, sinteticamente, l'interesse ad un comportamento altrui conforme a correttezza essenzialmente individuabile nell'iter formativo del contratto, ma talora funzionalmente trasfuso nello schema e nella disciplina normativa del negozio (validamente ed efficacemente) concluso ed espressione del più generale interesse tutelato dal principio di buona fede (oggettiva) nell'intera vicenda del rapporto obbligatorio e contrattuale*”. Per una diversa opinione vedi però: G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 40-41, secondo cui la riduzione ad unità concettuale della clausola della buona fede oggettiva “*finisce per rendere la buona fede medesima un concetto giuridicamente vano. L'effettività giuridica della buona fede viene invece salvaguardata riconoscendo l'esistenza di una pluralità di figure (tutte facenti parte del genus buona fede oggettiva), e riconoscendo altresì che tali figure vengono chiamate dalla legge ad operare in ambiti giuridici differenti al fine della produzione di distinti effetti giuridici, funzionali al fenomeno giuridico in cui esse operano*”. In particolare, secondo questa dottrina, la buona fede precontrattuale presidia l'interesse alla conclusione del contratto, quella esecutiva invece l'interesse alla realizzazione degli interessi contrattuali. Nonché, da ultimo, A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747 ss., secondo cui nelle tre fasi contrattuali (formazione, esecuzione, interpretazione) il richiamo alla buona fede “*si atteggia, naturalmente, in maniera diversa ed assume significati diversi*” (p. 760).

414 Per la definizione dell'affidamento specifico vedi *supra*, Capitolo II, § 1, dove si è precisato che esso deve essere prevedibile per la controparte.

415 Sull'affidamento specifico il giudice dovrebbe effettuare un controllo di ragionevolezza, per evitare strumentalizzazioni della tutela risarcitoria. A questo fine, si è scritto di recente che “*il giudice dovrebbe chiedersi se il creditore, se avesse saputo che gli investimenti non gli sarebbero stati risarciti, li avrebbe fatti comunque. Infatti, solo così è possibile evitare qualsiasi attività di affidamento eccessivo/idiosincratico o strategico. E' evidente, infatti, che se il creditore sa che gli viene risarcito qualsiasi investimento compiuto in affidamento sulla prestazione promessa, è portato a investire più di quanto non avrebbe scelto se avesse dovuto internalizzare il costo*”: così F. PARISI - M. CENINI, *Interesse positivo, interesse negativo e incentivi nella responsabilità contrattuale. Un'analisi economica e comparata*, in *Riv. dir. civ.*, *Supplemento annuale di ricerche*, 2008, 219 ss., spec. p. 235, dove si individua nell'art. 1227, comma 2, la norma che nell'ordinamento italiano consente di escludere “*il risarcimento dei danni creati dall'affidamento eccessivo*”, purché interpretata estensivamente, per essere applicata cioè ad un momento precedente l'inadempimento, considerato che “*l'ordinaria diligenza, infatti, impone al creditore di non aumentare il rischio che l'inadempimento sia più costoso per il debitore anche in una fase in cui l'inadempimento non si è ancora verificato*”. In realtà, non sembra necessario configurare un'applicazione estensiva della norma, se si accoglie la tesi per cui essa trova fondamento nell'autoresponsabilità: così, da ultimo, V. CAREDDA, *Concorso del fatto colposo del creditore*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015, 139 ss., la quale, assunta “*una prospettiva più fluida del succedersi degli eventi*”, nella quale danno-evento e danno-conseguenza si presentano come inseparabili, dal momento che “*la loro individuazione non è il frutto di os-*

sarcitorio dovrà essere riconosciuto a quel contraente che ha realizzato modificazioni patrimoniali prevedibili (da parte dell'altro contraente) e coerenti con il regolamento di interessi destinato per volontà delle parti a realizzarsi nel corso di una sequenza procedimentale

La natura squisitamente procedimentale dell'operazione negoziale ci induce inoltre ad inquadrare i termini del problema della quantificazione del danno nell'ambito di un criterio che, secondo la dottrina che lo ha elaborato, impone di definire gli aspetti di disciplina delle operazioni complesse con dovuto riguardo alla “*strumentalizzazione dell'operazione alla realizzazione di un risultato*” e, quindi, “*alla luce dello stadio di sviluppo del processo di avvicinamento al risultato*”<sup>416</sup>. Di là dallo specifico contesto nel quale è stato formulato, infatti, si tratta di un criterio unificante, come dimostra la circostanza che ad esso possono essere ricondotte le soluzioni avanzate con riferimento alle figure fin qui esaminate: una di matrice dottrinale, relativa al cosiddetto contratto pre-preliminare; l'altra di matrice normativa, relativa al contratto di *rent to buy*.

Con riferimento al pre-preliminare si è rilevato, a nostro avviso del tutto condivisibilmente, che allorquando l'autonomia privata si manifesta in forme procedimentali l'entità del risarcimento deve essere determinata “*calibrando il rapporto fra interesse negativo e interesse positivo*”, tenuto presente che essa è “*destinata ad assumere carattere grave-scente in relazione all'evolversi del processo negoziale*”<sup>417</sup>. Peraltro, una soluzione di questo tipo era stata in precedenza proposta da chi, occupandosi di formazione progressiva del

---

*servazione naturalistica, ma di operazione mentale e normativa*” (p. 142), sostiene che “*il creditore/danneggiato non ottiene il risarcimento dei danni subiti che lui stesso ha causato, sia pure in un “segmento del divenire” successivo rispetto ad un fatto selezionato come iniziale (c.d. evento primo)*”, con la conseguenza che la norma in esame potrebbe applicarsi non solo per escludere *in toto* il diritto al risarcimento del maggior danno, ma anche semplicemente per operarne “*una riduzione della sua astratta entità*” (p. 149-159).

416 Così V. CAREDDA, *Rent to buy: note minime sulla complessità*, cit., 124-126, la quale, in applicazione del suddetto criterio ha risolto i problemi di qualificazione del diritto di godimento del conduttore e del passaggio del rischio nel contratto di *rent to buy*: proponendo, rispettivamente, “*un avvicinamento alla qualificazione in termini di possesso*” e “*il ricorso a soluzioni proprie dei modelli traslativi*”, con richiamo all'art. 1523 c.c.

417 G. PALERMO, *L'atipicità dei procedimenti*, cit., 1075. Con meno flessibilità, A.M. BENEDETTI, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, cit., 396-397, afferma che l'inadempimento del pre-preliminare dà in ogni caso luogo a risarcimento dell'interesse positivo, pur ammettendo “*una sorta di riduzione del risarcimento pari all'interesse positivo, che tenga conto delle maggiori o minori probabilità che, ove si fosse proseguito l'iter del di formazione del contratto, le parti sarebbero effettivamente giunte al definitivo*”; mentre M. CAPECCHI, *Riflessi operativi della sentenza delle sezioni unite sul preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 397 ss., rileva che, anche a voler ammettere il risarcimento integrale del danno ex art. 1223 c.c., “*resta molto difficile la quantificazione, non essendoci alcuna certezza in merito al fatto che le parti, ove avessero continuato a contrarre, avrebbero raggiunto l'accordo*”. In senso nettamente contrario e coerente con la tradizionale impostazione della *culpa in contrahendo*, vedi, invece, le opinioni di G. D'AMICO, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, cit., 55; R. DE MATTEIS, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 396, i quali limitano il risarcimento al solo interesse negativo.

contratto, aveva individuato quali criteri di valutazione della idoneità dell'affidamento a reclamare una tutela piena, cioè di tipo contrattuale, sia il grado di completezza raggiunto dall'accordo, che l'esistenza di modificazioni patrimoniali coerenti col programma negoziale divisato<sup>418</sup>.

Con riferimento al *rent to buy*, invece, la logica della graduabilità del risarcimento è implicita nella disciplina delle restituzioni dovute a inadempimento. Infatti, il comma 5 dell'art. 23 cit., prevede che la parte di canone imputata a corrispettivo del (mancato) trasferimento venga integralmente incamerata dal proprietario/concedente in caso di inadempimento del conduttore, oppure restituita integralmente (con maggiorazione di interessi legali) a quest'ultimo in caso di inadempimento del proprietario/concedente<sup>419</sup>.

La disposizione appena richiamata configura un'ipotesi tipica, ancorché derogabile, del rapporto direttamente proporzionale che, nelle operazioni negoziali destinate a svolgersi in una sequenza procedimentale, dovrebbe passare tra entità del risarcimento e grado di completezza raggiunto dal regolamento di interessi, tenuto conto del rilievo che assume lo scorrere del tempo in ordine alla realizzazione della complessiva operazione negoziale, e con conseguente esclusione del risarcimento del preteso danno ulteriore<sup>420</sup>.

---

418 Così R. SPECIALE, *Contratti preliminari*, cit., 266, dove si delinea, a nostro avviso, un esempio di affidamento specifico, con riferimento alla situazione di un contraente “*il quale venga a conoscenza che la sua controparte, in esito alla formazione dell'intesa preliminare, stia effettuando spese contro il proprio interesse (e a vantaggio, invece dell'altra) e purtuttavia ometta di dissuaderla dal considerare conclusa l'intesa ancora in fieri*”.

419 Secondo V. CUFFARO, *Oltre la locazione*, cit., 8, si tratterebbe di una clausola penale di fonte legale, rispetto al quale potrebbe anche operare il potere riduttivo del giudice. Ha delle perplessità invece M. BIANCA, *La vendita con riserva di proprietà*, cit., 859, secondo cui si tratterebbe di “*una sorta di clausola penale che accolla il rischio in capo al conduttore di non poter più percepire i canoni versati anche a titolo di corrispettivo*”, ritenendo preferibile un sistema in cui si prevedere “*un'indennità parametrata sui danni effettivamente apportati dal conduttore*”. Contrario alla soluzione normativa anche R. CALVO, *La locazione preordinata alla vendita*, cit., 4.

420 Così, da ultimo, D. POLETTI, *Quando al “rent” non segue il “buy”*, cit., 1053. Ma per una ricostruzione in termini di alternativi di risarcimento e restituzioni vedi anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, cit., 959, secondo cui qualora il concedente preferisse “*agire per le consuete vie del risarcimento del danno*” dovrebbe restituire la parte dei canoni ricevuta a titolo di corrispettivo del mancato trasferimento.

## Bibliografia per autore.

- F. Addis, *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008.
- F. Alcaro, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, Napoli, 1999.
- M. Allara, *Teoria generale del contratto*, Torino, 1955.
- G. Alpa, *Appunti sulla nozione di oggetto del contratto*, in *Vita not.*, 1981.
- G. Alpa, *Accordo delle parti e intervento del giudice nella determinazione dell'oggetto del contratto*, in G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982.
- G. Alpa, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982.
- G. Alpa, *L'oggetto e il contenuto*, in *Vita not.*, 1997.
- G. Alpa, *Indeterminabilità dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982.
- G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008.
- G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Lecture sull'autonomia privata*, Padova, 2005.
- R. Amagliani, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999.
- G. Auletta, voce *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Varese, 1958.
- A. Auricchio, *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957.
- U. Azzolina, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1955.
- G. Baralis, *Rent to buy: primo repertorio di problemi teorici e pratici*, in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, a cura di C. Cicero e V. Caredda, Napoli, 2016.
- M. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- A. Bellelli, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova, 1992.
- G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- G. Benedetti, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005.
- G. Benedetti, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.
- A. M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale*, Torino, 2002.
- A. M. Benedetti, *Il preliminare di preliminare nella prospettiva procedimentale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017.
- A.M. Benedetti, *Il contratto non si conclude per telefono: paradossi dell'asimmetria procedimentale*, in *Contratti*, 2017.
- A. Benni de Sena, *Il c.d. rent to buy e il contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile. Profili di disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016.
- E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.
- E. Betti, *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1958.
- E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953.
- E. Betti, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957.
- E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Rist., II ed., Napoli, 1994.
- C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000.
- C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.
- M. Bianca, *La vendita con riserva di proprietà quale alternativa al rent to buy*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile*, 1.2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986.

- I. Birocchi, *Notazioni sul contratto (a proposito di un recente lavoro di G. Alpa)*, in *Quaderni fiorentini*, 1990.
- U. Breccia, *La forma*, in *Formazione*, a cura di C. Granelli, in *Trattato del contratto*, I, diretto da V. Roppo, Milano, 2006.
- F. Bottoni, *Incompletezza del contratto e riserva di determinazione convenzionale*, Napoli, 2013.
- G. Buset., *Le sezioni unite sul preliminare di vendita immobiliare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.
- R. Calvo, *La locazione preordinata alla vendita (contributo allo studio del c.d. rent to buy)*, in *Studium iuris*, 2016.
- A. E. Cammarata, *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Varese, 1968.
- A. E. Cammarata, *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963.
- L. Campagna, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.
- A. Candian, *Questioni in tema di formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916.
- P. Canepa, *Dichiarazione d'intenti*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989.
- M. Capecci, *Riflessi operativi della sentenza delle sezioni unite sul preliminare di preliminare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.
- V. Carbone, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, in *Corr. giur.*, 2015.
- V. Caredda, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004.
- V. Caredda, *Imperfecta, sed lex. Note a margine di una norma senza sanzione (art. 6 d. legisl. 122/2005)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013.
- V. Caredda, *L'onere. Conversazioni sul diritto privato*, Cagliari, 2013.
- V. Caredda, *Concorso del fatto colposo del creditore*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2015.
- V. Caredda, *Rent to buy. Note minime sulla complessità*, in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, a cura di C. Cicero e V. Caredda, Napoli, 2016.
- V. Caredda, *Determinazione del prezzo affidata a un terzo*, in *Codice della vendita*, IV ed., a cura di V. Buonocore, A. Luminoso, G. Fauceglia, Milano, 2018.
- P. Carlini, *La conclusione del contratto a distanza: dalla regola della spedizione al sistema della conforma di ricezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2005.
- F. Carnelutti, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916.
- F. Carnelutti, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926.
- F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946.
- L. Carraro, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949.
- L. Carraro, *La mediazione*, Padova, 1960.
- F. Carresi, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949.
- F. Carresi, voce *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962.
- E. Caruso, *Le dichiarazioni d'intenti*, in *Rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996.
- A. Cataudella, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962.
- A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.
- A. Cataudella, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978.
- A. Cataudella, *Nota breve sulla "fattispecie"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- D. Cenni, *Consensualità e realtà nella formazione dei contratti*, in *Contr. e impr.*, 1997.
- W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963.
- A. Chianale, *Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?*, in *Notariato*, 2010.
- G. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969.

- C. Cicero, *Rent to buy: la fattispecie e gli interessi sottesi*, in *Rent to buy. Atti del XXV incontro del Coordinamento nazionale dei dottorati di ricerca di diritto privato*, a cura di C. Cicero e V. Caredda, Napoli, 2016.
- F. Criscuolo, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995.
- G. Conte, *La formazione del contratto, 1326-1330 e 1333-1335*, in *Il codice civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2018.
- R. Cooter - U. Mattei, P.G. Monateri - R. Pardolesi -T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, II, Applicazioni*, Torino, 2006.
- V. Cuffaro, *La responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Varese, 1988.
- V. Cuffaro, *La locazione di scopo*, in *Giur. it.*, 2015.
- V. Cuffaro, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. giur.*, 2015.
- M. D'ambrosio, *Contratto preliminare e contratto definitivo, contratto preparatorio e preliminare di preliminare*, in *Riv. not.*, 1980.
- G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.
- G. D'Amico, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 della legge 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005.
- G. D'Amico, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008.
- G. D'Amico, *Il rent to buy: profili tipologici*, in *Contratti*, 2015.
- G. D'Amico, *Sul c.d. preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2016.
- G. D'Amico, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *Contratti*, 2017.
- A. D'angelo, *Proposta e accettazione*, in *Formazione*, a cura di C. Granelli, in *Trattato del contratto*, I, diretto da V. Roppo, Milano, 2006.
- V. De Casamassimi, *Contrattazione immobiliare e "preliminare di preliminare"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008.
- B. De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio*, Napoli, 1958.
- B. De Giovanni, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.
- R. De Matteis, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.
- R. De Matteis, *La sequenza preliminare-definitivo e la modularità del vincolo nelle fonti convenzionali dell'obbligo a contrarre*, in *La contrattazione preliminare. Dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017.
- G. De Nova, *Dal tipo contrattuale al contratto alieno: i contratti di impresa*, in *I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012.
- E. Del Prato, *Requisiti del contratto. Art. 1325*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, fondato da F. D. Busnelli, Milano, 2013.
- E. Del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016.
- F. Delfini, *La nuova disciplina del rent to buy nel sistema delle alienazioni immobiliari*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2015.
- F. Delfini, *Principio consensualistico ed autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2013.
- M. Dellacasa, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, Torino, 2013.
- F. Di Giovanni, *Accordi sulla forma e accordi sulla "documentazione" del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato, Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988.
- F. Di Giovanni, *Di che cosa parliamo quando parliamo di accordo contrattuale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006.
- A. Di Majo Giaquinto, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1957.
- A Di Majo, *Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto*, in *AA.VV., Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2004.



- A. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005
- A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.
- A. Di Majo, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015.
- P. Di Pace, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940.
- G. Di Rosa, *Circolazione immobiliare e contrattazione preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2011.
- C. Donisi, *Il contratto con se stesso*, Napoli, 1982.
- A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Varese, 1965.
- A. Falzea, *Ricerche di teoria generale e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Milano, 1997.
- A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.
- E. Ferrero, *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970.
- G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968.
- G.B. Ferri, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970.
- G. B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984.
- G.B. Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1984.
- G. B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989.
- G. B. Ferri, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, in *Riv. dir. comm.*, 1990.
- P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971.
- F. Festi, *Il contratto preliminare di preliminare*, in *Corr. giur.*, 2015.
- A. Fici, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.
- G. Filanti, *Inesistenza e nullità nel negozio giuridico*, Napoli, 1983.
- V. Franceschelli, *La formazione progressiva del contratto*, in *Contratti*, 1993.
- A. Fusaro, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1985.
- A. Fusaro, *Rent to buy, Help to buy, Buy to rent, tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr.*, 2014.
- A. Fusaro, *Un catalogo di questioni aperte sul c.d. Rent to buy*, in *Giur. it.*, 2015.
- E. Gabrielli, *Il pegno anomalo*, Padova, 1990.
- E. Gabrielli, *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice Civile, Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001.
- E. Gabrielli, *Contratto completo e clausola di arbitraggio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001.
- G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970.
- G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974.
- G. Gabrielli, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Dalle proposte di acquisito al preliminare formale*, a cura di E. Marmocchi, Milano, 1995.
- G. Gabrielli, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993.
- S. Galeotti, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, in *Jus*, 1955.
- F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997.
- F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, Padova, 1993.
- F. Galgano, *Contratti in generale*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004.
- F. Galgano- G. Visintini, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993.
- F. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978.
- F. Gazzoni, *Contratto preliminare*, in *Il contratto in generale*, II, a cura di G. Alpa, G. Chinè, F. Gazzoni, F. Realmondo, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato*, XIII, diretto da M. Bessone, Torino, 2000.

- F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Napoli, 2013.
- A. Genovese, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949.
- A. Genovese, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954.
- A. Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, I, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999.
- A. Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015.
- P. Ghionni Crivelli Visconti, *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.
- G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.
- L. Giorgianni, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Contratti*, 5, 1993.
- M. Giorgianni, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- G. Gorla, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933.
- G. Gorla, *La compravendita e la permuta*, Torino, 1937.
- G. Gorla, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941.
- G. Gorla, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956.
- G. Gorla, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960.
- G. Gorla, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966.
- B. Grasso, *La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988.
- L. Iberati, *Il nuovo contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 2015.
- G. Iorio, *Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2008.
- N. Irti, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965.
- N. Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967.
- N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968.
- N. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970.
- N. Irti, *Per una teoria analitica del contratto (a proposito di un libro di Giorgio Cian)*, in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984.
- N. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.
- N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998.
- N. Irti, *Principi e problemi nell'interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999.
- N. Irti, *Calcolabili weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.
- U. La Porta, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993.
- U. La Porta, *Il problema della causa del contratto. I. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000.
- U. La Porta, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, 2010.
- R. Lenzi, *La vendita come procedimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2015.
- A. Lener, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Varese, 1985.
- N. Lipari, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia. Spunti per una teoria del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968.
- A. Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966.
- A. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. impr.*, 1988.
- A. Luminoso, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2006.

- A. Luminoso, *Contratto preliminare, sue false applicazioni e regole di circolazione dei diritti*, in *La contrattazione preliminare. Dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017.
- M. Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996.
- U. Majello, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005.
- C. Mancini, *La realtà come scelta atipica*, in *Riv. dir. comm.*, 1999.
- G. Marani, *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983.
- S. Mazzamuto, *Il contratto di rent to buy*, in *Contr. impr.*, 2015.
- L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994.
- F. Messineo, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Varese, 1961.
- F. Messineo, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1968.
- G. Mirabelli, *Negozi giuridici (teoria)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Varese, 1978.
- G. Mirabelli, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale. (Artt. 1321-1469)*, in *Commentario del codice civile*, Libro IV, II, Torino, 1980.
- P. G. Monateri, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano, 1984.
- U. Morello, *Culpa in contraendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, Milano, 1986, II.
- L. Mosco, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952.
- N. Muccioli, *Studi sul contegno concludente*, Torino, 2012.
- A.M. Musy, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998.
- G. E. Napoli, *Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare di preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- S. Nardi, *La medizione. Artt. 1754-1765*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2017.
- S. Nardi, *Preliminare di vendita di immobile non agibile e diritto del mediatore alla provvigione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018.
- A. Natucci, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Formazione*, a cura di C. Granelli, in *Trattato del contratto*, I, diretto da V. Roppo, Milano, 2006.
- C. A. Nicoletti, *Significato attuale del contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1970.
- R. Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936.
- R. Nicolò, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972.
- C. A. Nigro, "Minuta" e "puntuazione" nel contesto della formazione progressiva del contratto, in *I contratti*, 2010.
- M. Nuzzo, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, III, Napoli, 1972.
- G. Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943.
- G. Oppo, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982.
- G. Oppo, voce *Impresa e imprenditore: I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1990.
- G. Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998.
- A. Orestano, *Intese prenegoziali a struttura "normativa" e profili di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.
- A. Orestano, *Schemi alternativi*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006.
- A. Ormanni, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1962.
- G. Osti, voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959.
- S. Pagliantini, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano, 2011.
- G. Palermo, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974.

- G. Palermo, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.
- G. Palermo, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011.
- G. Palermo, *L'atipicità dei procedimenti di formazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2015.
- G. Palermo, *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, in *Giur. it.*, 2015.
- G. Palermo, *Contratto preliminare e "interesse al differimento". Un secolo di teorie in una soggettiva rivisitazione*, in *La contrattazione preliminare. Dall'inquadramento teorico alle questioni nella pratica giudiziaria*, a cura di R. De Matteis, Torino, 2017.
- F. Parisi - M. Cenini, *Interesse positivo, interesse negativo e incentivi nella responsabilità contrattuale. Un'analisi economica e comparata*, in *Riv. dir. civ., Supplemento annuale di ricerche*, 2008.
- M. Pennasilico, *Profili della "contrattazione" per persona da nominare*, Napoli, 1995.
- E. Perego, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974.
- P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000.
- P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale I*, Napoli, 2006.
- A.M. Perrino, *Intese e procedimento formativo del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1998.
- G. Petti, *Gli accordi preparatori tra puntuazione di clausole e perfezionamento del contratto*, in *Contratti*, 2017.
- C. Pilia, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008.
- I. Pizzimenti, *Mediazione atipica e diritto alla provvigione: la parola alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018.
- D. Poletti, *L'accesso "graduale" alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015.
- D. Poletti, *Quando al "rent" non segue il "buy": scioglimento del vincolo contrattuale e restituzioni*, in *Contratti*, 2015.
- S. Pugliatti, voce *Autonomia privata*, Enc. dir., IV, Varese, 1959.
- C. Radicioni, *Le lettere d'intenti*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, I, diretto da F. Galgano, Torino, 1995.
- R. Rascio, *Il contratto preliminare*, Napoli, 1967.
- 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.
- A. Ravazzoni, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare*, a cura di E. Marmocchi, Milano, 1995.
- F. Realmonte, *Introduzione*, in *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di F. Realmonte, Milano, 1996.
- F. Realmonte, *L'accordo contrattuale*, in *Il contratto in generale*, II, a cura di G. Alpa, G. Chinè, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato*, XIII, diretto da M. Bessone, Torino, 2000.
- A. Renda, *Forme convenzionali. Art. 1352*, in *Il codice civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2016.
- P. Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Varese, 1979.
- P. Rescigno, *Consenso, accordo, convenzione, patto (la terminologia legislativa nella materia dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1988.
- P. Rescigno, *Note a margine dell'ultima legge sulla mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991.
- P. Rescigno, *Relazione conclusiva*, in *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare*, a cura di E. Marmocchi, Milano, 1995.
- L. Ricca, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, in *Giust. civ.*, 1961, I, .
- L. Ricca, *Motivi (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Varese, 1977.
- V. Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999.
- G.C.M. Rivolta, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994.

- A. Rizzi, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008.
- S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.
- Romano (Santi), *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946.
- Romano (Santi), *Frammenti di un dizionario giuridico*, Rist., Milano, 1983.
- Romano (Salv.), *L'atto esecutivo nel diritto privato. (Appunti)*, Milano, 1958.
- Romano (Salv.), *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, 1960.
- Romano (Salv.), *Autonomia privata*, Milano, 1957.
- Romano (Salv.), *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961.
- Romano (Salv.), *Ordinamento sistematico del diritto privato, II, L'azione - Il potere*, Napoli, 1970.
- N. Rondonone, *L'attività nel codice civile*, Milano, 2001.
- E. Roppo, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975.
- V. Roppo, *Sugli usi giudiziali della categoria "indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto del contratto" e su una sua recente applicazione a tutela dei contraenti deboli*, in G. Alpa, M. Bessone, E. Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982.
- E. Roppo, *Contratto, II, Formazione del contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, 1988.
- V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.
- V. Roppo, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.
- V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.
- V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007.
- V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.
- L. Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale, II, Trattato di diritto privato*, XIII, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 237-238.
- V. Ruggiero, *Rent to buy, la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto del mercato immobiliare*, in *Contr. impr.*, 2015.
- R. Sacco, *Contratto, e negozio a formazione bilaterale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965.
- R. Sacco, *La conclusione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1984.
- R. Sacco, *Conclusioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995.
- R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto, I*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004.
- R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto, II*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004.
- F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.
- F.C. von Savigny, *Sistema del Diritto Romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, VIII, Torino, 1898.
- F.C. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. V. Scialoja, III, Torino, 1900.
- A. Scalisi, *La comune intenzione dei contraenti*, Milano, 2003.
- V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Varese, 1998.
- V. Scalisi, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009.
- V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011.
- V. Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011.
- P. Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964.
- V. Scialoja, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1909.
- C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

- C. Scognamiglio, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Diritto civile, III, Obbligazioni, 2, Il contratto in generale*, diretto da N. Lipari - P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009.
- R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.
- R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari - Dei requisiti del contratto, Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970.
- P. Sica - V. D'Antonio, *La forma*, in *I contratti di vendita*, a cura di D. Valentino, 1, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e G. Gabrielli, VII, Torino, 2007.
- P. Spada, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VII, Torino, 1991.
- R. Speciale, *L'interpretazione del negozio notarile e le scritture antecedenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984.
- R. Speciale, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990.
- R. Speciale, *La dichiarazione d'intenti*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, *Giur. sist. dir. civ., e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1991, I.
- U. Stefini, *Il "preliminare di preliminare" e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 2015.
- G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.
- F. Tassinari, *Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare*, in *Dalle proposte di acquisto al preliminare formale. Analisi di una prassi immobiliare*, a cura di E. Marmocchi, Milano, 1995.
- F. Tassinari, *Dal rent to buy al buy to rent: interessi delle parti, vincoli normativi e cautele negoziali*, in *Contratti*, 2014.
- G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991.
- R. Tommasini, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Varese, 1972.
- R. Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- F. Toschi Vespasiani, *Il "preliminare di preliminare" stipulato nelle agenzie immobiliari*, in *Contratti*, 2005.
- F. Toschi Vespasiani, *Il "preliminare di preliminare" e la "proposta di acquisto accettata"*, in *Contratti*, 2009.
- P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, X ed., Milano, 1995.
- B. Troisi, *La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997.
- C. Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.
- A.P. Ugas, *Fatto e dinamica nel diritto*, Torino, 2011.
- G.M. Uda, *Il comportamento delle parti come canone di interpretazione contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2000.
- G.M. Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.
- F. Vassalli, *Estraneità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, Milano, 1960.
- F. Venosta, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997.
- V. Verdicchio, *Forme volontarie e accordo contrattuale*, Napoli, 2002.
- G. Vettori, *Il contratto per l'impresa fra tipi e clausole generali*, in *I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012.
- G. Visintini, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contr. impr.*, 2017.
- V. Vitalone, *Il contratto preliminare*, Torino, 2005.
- P. Vitucci, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968.
- G. Zuddas, *L'arbitraggio*, Napoli, 1992.