

GIOVANNI DI ROSA

IL CONTRATTO

APPUNTI DI PARTE GENERALE



G. Giappichelli Editore

INTRODUZIONE

Affido alle stampe, in una edizione di certo provvisoria e limitata alla trattazione di alcuni temi di parte generale del contratto, appunti riordinati e rivisti, frutto del coltivato rapporto tra didattica e ricerca, a beneficio anzitutto degli studenti. Si tratta di un'idea che è andata maturando nel tempo, nella riscontrata difficoltà di individuare testi che riuscissero a coniugare una trattazione deputata a stimolare l'interesse dei giovani lettori con il necessario rispetto dei vincoli imposti dal (non sempre appropriato) carico didattico assegnato a un insegnamento di elevata professionalizzazione. Ho altresì voluto testimoniare con questa prima forma (diciamo pure embrionale) del lavoro la mia gratitudine nei confronti dei Docenti delle (plurime) scuole di Diritto civile della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, la cui diversa formazione e provenienza mi ha consentito di potere coltivare differenti prospettive di analisi.

Un ricordo commosso, in particolare, al mio Maestro, scomparso subito dopo avere terminato il proprio servizio in ruolo, del confronto con il quale (sempre aperto al desiderio della conoscenza) avverto molto la mancanza. Un pensiero speciale a Chi, illustre studioso, mi ha seguito durante l'intero percorso della mia crescita accademica e, con le Sue preziose sollecitazioni a tutto campo, continua ancora oggi a essere solido punto di riferimento. È proprio vero, secondo il noto pensiero della poliedrica figura di Giovanni Arpino (romanziera, scrittore di racconti, poeta, autore di narrativa per ragazzi, cronista sportivo d'eccezione), che «La vita o è stile o è errore».

CAPITOLO I

L' AUTONOMIA PRIVATA

SOMMARIO: 1. Il significato giuridico dell'autonomia dei privati. – 2. L'autonomia privata personale e patrimoniale. – 3. Principio di autonomia privata e strumento contrattuale. – 4. Autonomia contrattuale e libertà dei contraenti.

1. Il significato giuridico dell'autonomia dei privati

Pur non potendosi disconoscere, in termini generali, la rilevata ambiguità della espressione «autonomia privata»¹, si proverà in questa sede a rendere il più possibile omogeneo (in quanto specificamente circoscritto) il quadro ricostruttivo, così da soffermare l'attenzione su questioni che possono risultare di effettivo interesse (non solo teorico).

Il sostantivo «autonomia», nel proprio significato etimologico di autoregolamentazione (*autòs* e *nòmos*, ossia dare legge a se stesso in quanto regola proveniente da se stesso), in correlazione con l'aggettivo «privata», esprime (secondo una, sia pure generica, formula corrente) la messa a disposizione, da parte dell'ordinamento e a beneficio dei privati, di uno o più procedimenti con l'adozione dei quali i consociati riescono a (ossia sono in grado, vengono posti nella condizione di) creare la regola giuridi-

¹ È l'autorevole insegnamento di S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 366, che ne evidenzia la varietà di significati e la correlativa eterogeneità di problemi; di fenomeno giuridico molto complesso discute A. ROMANO, «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 241 ss., rilevando che all'autonomia privata va certamente ricondotto sia il diritto dei privati (quale capacità dei privati di darsi regole) sia il diritto privato (inteso come il diritto dello Stato avente per oggetto i soggetti privati e le loro relazioni giuridiche).

ca, nel rispetto di quanto comunque prescritto (in termini delimitativi od organizzativi) dalla disciplina di legge². In tal senso giustamente si sottolinea, onde evitare di ritenere che autonomia implichi (o si sostanzi in) una sostanziale assenza (di un minimo) di regole da parte del privato, che «L'autonomia non inizia, dunque, là dove il consociato può creare regole liberamente (se liberamente volesse dire «senza oneri»). L'autonomia incomincia là dove l'ordinamento mette a disposizione del consociato uno o più procedimenti, più o meno spediti e facilmente agibili, adottando i quali il consociato riesce a creare la regola giuridica»³. Sotto questo profilo, peraltro, quantunque ciò sia stato rappresentato in un contesto non afferente all'ambito squisitamente privatistico (che qui interessa), ma in ogni caso con tratti che possono sicuramente assumere una valenza generale, l'aspetto rilevante (già nell'uso comune ma, anche, in quello più specificamente giuridico) è che «il valore dell'autonomia, di una qualsiasi autonomia emerge solo se essa viene delineata nei confronti di chi, o di che cosa, la scelta che garantisce sia, appunto, autonoma. L'autonomia, dunque, non è una situazione in sé, ma è una situazione all'interno di un rapporto, di una relazione. Più brevemente, l'autonomia come rapporto, come relazione»⁴.

Si è dunque in presenza di una regola che viene assunta a giuridica dall'ordinamento e riconosciuta quindi come vincolante e cogente anche se espressione di un'iniziativa privata, all'interno di quella cerchia di rapporti entro cui il soggetto privato può muoversi in piena indipendenza e con il risultato che gli effetti giuridici della sua attività (lecita) sono imputati alla di lui volontà⁵. Sotto questo profilo è allora comprensibile la ragione dell'affermazione secondo cui il principio di autonomia privata deve essere considerato uno dei valori fondamentali degli ordinamenti giuridici⁶.

² In merito R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv. (sez. civ.)*, I, Torino, 1987, p. 517 s.

³ R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 518.

⁴ A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, p. 32.

⁵ Sul punto F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 808 e p. 817.

⁶ Il riferimento è a G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 35 ss.

Del resto, se si volesse sintetizzare l'oggetto del diritto civile (e anche, in termini più generali, del diritto privato) si potrebbe dire che esso è rappresentato da quel settore dell'esperienza giuridica in cui esercita un ruolo preminente l'autonomia riconosciuta all'individuo⁷ in contrapposizione, da questo punto di vista, al settore del diritto pubblico, rispetto al quale, peraltro, non è estraneo lo svolgimento di un'attività privatistica da parte della pubblica amministrazione⁸.

2. *L'autonomia privata personale e patrimoniale*

L'ambito di operatività del principio di autonomia privata e, dunque, il relativo contesto di incidenza può riguardare sia la sfera personale del soggetto sia quella patrimoniale. Da questo punto di vista, infatti, è possibile distinguere un'autonomia privata (che si esplica attraverso atti a contenuto) personale da un'autonomia privata (che si esplica attraverso atti a contenuto) patrimoniale. La prima è diretta a incidere giuridicamente su aspetti più strettamente inerenti la persona, anche nella dimensione più intima e profonda di questa; la seconda, invece, attiene al settore delle determinazioni aventi un contenuto squisitamente economico e, dunque, attinenti ai meccanismi attributivi e/o circolatori della ricchezza.

Proprio con riferimento a questioni che attengono alla persona (e non, dunque, al suo patrimonio) si è gradualmente affermato un principio che recentemente ha trovato espressa menzione (e normativa affermazione) in un provvedimento legislativo di grande significato (tralasciando in questa sede il merito delle scelte normative effettuate). Si tratta del principio di autodeterminazione, che, in buona sostanza, affida l'assunzione di deter-

⁷ Si richiama qui il pensiero di R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 909.

⁸ Al riguardo può farsi menzione della recentissima decisione del Cons. Stato, 12 febbraio 2020, n. 1084, in *Pluris*, con cui si è stabilito che la risoluzione anticipata del contratto disposta autoritativamente è di competenza del giudice ordinario solo se incide su un rapporto di natura privatistica in cui le parti sono in condizione di parità, come nel caso dell'inadempimento delle obbligazioni poste a carico dell'appaltatore, non implicando l'esercizio di poteri discrezionali dell'Amministrazione.

minate scelte (cosiddette ultime) proprio all'autonomia individuale⁹, traducendosi in una corrispondente, puntuale attuazione di quest'ultima¹⁰. Il riferimento è alla l. 22 dicembre 2017, n. 219, recante norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento, entrata in vigore il 31 gennaio 2018¹¹. Al riguardo, infatti, viene anzitutto ribadito il principio del consenso informato, disponendosi che «La presente legge, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2, e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge» (art. 1, comma 1, l. n. 219/2017). Inoltre, viene riconosciuta al soggetto, attraverso una manifestazione di volontà espressione di una scelta effettuata liberamente e consapevolmente, la possibilità (giuridicamente rilevante) di rifiutare i trattamenti sanitari mediante disposizioni anticipate di trattamento (DAT). Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere può dunque esprimere, in previsione di

⁹ In tal senso F.D. BUSNELLI-E. PALMERINI, *Bioetica e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 142 ss., evidenziando la prospettiva, tipicamente individualista (peraltro non condivisa), secondo la quale «le scelte individuali sono protette in quanto atti di esercizio del diritto di autodeterminarsi» (p. 144).

¹⁰ Sul tema, magistralmente, A. RUGGERI, *Autodeterminazione (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., VIII, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2021, p. 1 ss. e spec. p. 14 ss., rilevando tra l'altro a proposito del noto caso Cappato, nel richiamo (assai critico) alla recente decisione di Corte cost. (ord.), 22 novembre 2019, n. 242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 368 ss. (con ampio dibattito, *ivi*, p. 418 ss.), che «un diritto costituzionale al suicidio, assistito o non, e sia pure circoscritto a circostanze eccezionali, non v'è (e non può esservi) in una Costituzione che, di contro, è un autentico inno alla vita» (p. 16); per considerazioni (molto puntuali e) in contrasto con il *decisum* del giudice delle leggi, altresì, A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2019, p. 201 ss.; nonché ID., *Suicidio medicalmente assistito e autonomia della deontologia medica*, in *Medicina e Morale*, 2019, p. 367 ss.

¹¹ Per una breve disamina rinvio a G. DI ROSA, *Il diritto dell'esistenza*, Catania, 2020, p. 149 ss., ove ampie indicazioni bibliografiche e riferimenti di alcune prime applicazioni giudiziali.

un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi (e una volta acquisite adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte), «attraverso le DAT, (...) le proprie volontà, in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari» (art. 4, comma 1, l. n. 219/2017). Si tratta, allora, di una riconosciuta esplicazione dell'autonomia privata in un contesto che non ha contenuto patrimoniale ma che viene indubbiamente a incidere su profili di rilevanza personale (anzi, personalissima). Viene infatti consentito al soggetto di esprimere la propria volontà per l'ipotesi di impossibilità (a motivo della perdita della coscienza) di prestare il consenso nel momento in cui essa dovrà esplicare la propria efficacia, secondo il meccanismo cosiddetto dell'allora per ora, che pone comunque il problema della effettiva consapevolezza e della corrispondente attualità. In questo modo si ritiene di potere assicurare una condizione di eguaglianza tra il paziente cosciente, che può dunque in maniera perfettamente consapevole accettare o meno le cure prospettate e il paziente non cosciente, che ha in precedenza manifestato il proprio volere al riguardo, assicurandosi le condizioni per il suo rispetto. È altresì prevista la nomina di un fiduciario, inquadrabile nella tradizionale categoria del mandatario con poteri di rappresentanza, il cui ruolo di *alter ego* del paziente ne testimonia i tratti di garanzia del rispetto della volontà espressa attraverso le DAT¹².

Invero, l'ordinamento già conosce altre espressioni di questa riconosciuta rilevanza del volere privato, espressione dell'autonomia decisionale, in ordine ad atti a contenuto (prevalentemente, quantunque non necessariamente) non patrimoniale, deputati a tradurre scelte di natura eminentemente personale. Può, al riguardo, richiamarsi il settore degli atti di disposizione del corpo, rispetto a cui l'originaria previsione contenuta nell'art. 5 c.c. deve oggi necessariamente inquadrarsi (sia quanto al relativo significato sia quanto al corrispondente ambito di operatività) all'interno di un percorso segnato dai molteplici interventi della legislazione speciale, che hanno previsto la possibilità di operare scelte giuridicamente rilevanti attraverso atti unilaterali di manifestazione di volontà, espressione della riconosciuta autonomia determinativa. Da menzionare, anzitutto, il

¹² Per alcune prime indicazioni su tale figura e sui relativi compiti G. DI ROSA, *La rete di prossimità e il ruolo del fiduciario*, in *Resp. medica*, 2019, p. 49 ss.

caso, emblematico, del consenso al prelievo di parti del corpo, quali organi (o tessuti) provenienti dall'espianto da soggetto vivente (o da cadavere) e destinati al trapianto a favore di soggetto vivente, secondo la formula della cosiddetta donazione. Peraltro, anche alla luce del segnalato percorso evolutivo, deve evidenziarsi il progressivo riconoscimento di una maggiore ampiezza del concetto di «atti di disposizione del proprio corpo» rispetto a quello dell'art. 5 c.c., certamente riconducibile nella prospettiva del legislatore del 1942 alle vicende circolatorie relativi ai diritti a contenuto patrimoniale¹³. Per un verso, allora, il richiamato disposto dell'art. 5 c.c. non può più ritenersi generale norma di riferimento in materia; per altro verso, poi, devono correlativamente assumersi una pluralità di regole, attuative peraltro di significativi principi, tra cui in primo luogo quelli costituzionali, alla luce delle quali può appropriatamente ricostruirsi il complessivo (e ormai mutato) contesto di analisi. Pertanto, come giustamente rilevato, «accanto a quella riferita alle vicende circolatorie dei diritti patrimoniali può quindi considerarsi operante nel nostro ordinamento un'altra nozione di atti di disposizione, concernente la sfera degli interessi di natura personale. Pur avendo fondamento comune nel potere di autonomia privata, esse tuttavia operano con modalità e criteri non necessariamente coincidenti, in funzione dei differenti interessi cui tendono a dare regola»¹⁴. In questo specifico contesto, allora, i riferiti atti di disposizione del corpo possono correttamente definirsi in termini di «atti di autonomia privata incidenti nel campo delle relazioni personali, esistenziali, affettive e non alla stregua di negozi relativi alla circolazione della ricchezza»¹⁵.

Quanto, poi, ai rapporti patrimoniali possono individuarsi gli atti di autonomia privata *mortis causa*, nell'ambito del diritto delle successioni con specifico riferimento al negozio giuridico testamentario di cui all'art. 587 c.c. e ai connessi limiti quanto al rapporto con la generale previsione del divieto dei patti successori contenuta nell'art. 458 c.c. (disposizione quest'ultima da rivisitare alla luce dell'introdotta patto di famiglia ai sensi degli artt. 768 *bis* ss. c.c.). Rispetto invece agli atti di autonomia priva-

¹³ Alcuni riferimenti al riguardo in G. DI ROSA, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013, p. 135 ss.

¹⁴ M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, Milano, 2002, p. 35.

¹⁵ M.C. VENUTI, *Gli atti di disposizione del corpo*, cit., p. 41.

ta *inter vivos* centrale appare l'istituto del contratto, con riguardo al quale, in disparte la nozione e il relativo significato secondo quanto in termini generali disposto dall'art. 1321 c.c., può segnalarsi (con specifico riferimento all'ambito contrattuale) la puntuale previsione contenuta nell'art. 1322 c.c., rubricato per l'appunto «autonomia contrattuale». Proprio sull'aspetto patrimoniale si soffermerà l'attenzione, attraverso alcune considerazioni di carattere generale in ordine al rapporto tra autonomia privata e autonomia contrattuale, che appaiono opportune per comprendere la centralità del contratto, rinviando a successivi approfondimenti gli specifici ordini di problemi ricavabili dalla puntuale disamina delle previsioni richiamate.

3. *Principio di autonomia privata e strumento contrattuale*

La disamina dei profili applicativi, e sostanzialmente operativi, della richiamata individuazione del significato dell'autonomia dei privati, segnatamente con riferimento all'ambito patrimoniale *inter vivos*, può essere condotta attraverso l'analisi del contratto quale generale strumento di attuazione. Nella classica ricostruzione dei principi ordinatori del sistema giuridico privato così come il principio proprietario presiede alla regolazione (e, dunque, alla disciplina) della funzione attributiva-appropriativa delle risorse economiche tra i singoli e conformativa del relativo uso, alla stessa maniera, parallelamente, il principio dell'autonomia privata (per il tramite dello strumento deputato alla sua concreta attuazione, ossia l'atto di autonomia privata per antonomasia, cioè il contratto) e, più precisamente, la relativa sottocategoria dell'autonomia contrattuale, presiede alla regolazione (e, dunque, alla disciplina) della funzione traslativa-circulatoria quale espressione del principio fondamentale della libertà giuridica, anzi della sequenza uguaglianza-libertà¹⁶.

Si comprende, pertanto, che proprietà privata e autonomia privata (quest'ultima sotto il profilo, specifico, dell'autonomia contrattuale e, dunque, del contratto) rappresentano i due principi cardine attorno ai quali il diritto moderno ha organizzato i rapporti giuridici individuali, nel

¹⁶ Viene qui ripreso il pensiero di P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di C. Camardi, Napoli, 1996, p. 319 ss.

senso che il diritto di appropriarsi in via esclusiva di una quota della ricchezza sociale (profilo statico) deve necessariamente comportare anche il diritto di realizzarne il controvalore mediante un libero atto di scambio (profilo dinamico), istituendo cioè con chi è disposto a convenirlo un libero rapporto contrattuale¹⁷. Tale aspetto, del resto, è presente anche nell'ipotesi di destinazione dei beni (dunque della ricchezza privata) per il momento in cui il titolare avrà cessato di esistere, ossia per il tramite del testamento; così come pure in ipotesi di attribuzione per via contrattuale ma in assenza di scambio, ossia attraverso lo schema della donazione, quale modello negoziale (tipizzato) attuativo della liberalità.

Quanto sopra meglio delineato emerge, chiaramente, dalla stretta correlazione instaurata tra le previsioni degli artt. 922 (modi di acquisto della proprietà), 1173 (fonti delle obbligazioni), 1174 (carattere patrimoniale della prestazione) e 1321 c.c. (nozione di contratto). Le disposizioni richiamate, infatti, traducono la centralità dello strumento contrattuale, ora quale (specifico) modo di acquisto della proprietà, ora quale fonte dell'obbligazione, ora in ordine al relativo contenuto economico, ora rispetto alla stessa definizione che, in buona sostanza, riassume tutte le indicazioni in precedenza fornite rispetto alla caratterizzazione del contratto, sia sotto il profilo della struttura sia sotto il profilo della funzione.

In questo senso il concetto di autonomia privata richiama quello, ulteriore, di attività, indicativo cioè di quel (complessivo) comportamento esteriormente individuabile a cui si ricollegano effetti giuridici, nel senso che i soggetti privati ricevono dall'ordinamento la facoltà, il potere di porre in essere i presupposti per la circolazione dei beni. In altri termini l'autonomia privata è il principio (generale) che sancisce il potere di autodeterminarsi dei privati e il contratto costituisce lo strumento (specifico) attraverso cui tale potere si esercita nell'ambito dell'economico, secondo un rapporto da fine a mezzo, in riferimento all'enunciazione esplicita contenuta nel nostro codice civile (artt. 1321 ss. c.c.). Sotto questo profilo, pertanto, il combinato disposto degli artt. 1321 e 1322 c.c. consente di rilevare sia lo strumento per l'esercizio del potere di autodeterminazione, fondato appunto sull'accordo negoziale e quale primo aspetto dell'autonomia contrattuale (art. 1321 c.c.), sia l'esatta percezione dell'e-

¹⁷ In tal senso P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 320.

stensione di tale potere privato (art. 1322 c.c.). Proprio quest'ultima regola rappresenta parametro del principio di sussidiarietà nel diritto privato, ossia il principio per cui «la legge formale interviene solo là dove se ne avverte l'esigenza; non è impedito ai privati di discostarsi da modelli pre-costituiti per foggare rapporti funzionali ai propri interessi; il diritto opera nel silenzio degli interessati o per precludere l'esercizio dell'autonomia su materie o vicende per le quali è dettata una disciplina inderogabile»¹⁸.

Infatti, al riconoscimento del carattere dell'accordo, in termini di consenso avente ad oggetto un rapporto giuridico patrimoniale nell'ottica della finalizzazione del primo rispetto al proprio obiettivo, secondo le indicazioni contenute nell'art. 1321 c.c., segue il riconoscimento della valenza contenutistica del potere di autonomia. In questo senso, cioè, le parti sono libere di concludere il contratto (nonché di scegliere il contraente), ma altresì di porre in essere tutte le determinazioni necessarie a regolare i propri interessi (art. 1322, comma 1, c.c.). Si tratta di quella esplicazione che si traduce specificamente, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, oltre che nella libertà di determinare il contenuto del contratto, nella possibilità di concludere contratti per il tramite di altri soggetti (cosiddetti modelli di cooperazione giuridica, come la rappresentanza o il contratto per persona da nominare); nell'accesso a libere forme, tra quelle consentite dall'ordinamento giuridico, per la conclusione dei contratti; nella libertà di obbligarsi alla conclusione di un contratto rispetto al principio generale della libertà di scelta in ordine alla stessa stipulazione negoziale (se contrarre) e alla individuazione del soggetto con cui contrarre (qui i rapporti sono tra gli eventuali obblighi legali a contrarre rispetto alla generale libertà negoziale o addirittura rispetto alla introduzione per volontà delle parti di obblighi convenzionali a contrarre, unilaterali o bilaterali, come nel caso del contratto preliminare). Inoltre, e questo secondo aspetto assume importanza centrale nel discorso che si sta svolgendo e che formerà oggetto di successivo approfondimento, alle parti è riconosciuta non solo la libertà di determinare il contenuto dei contratti tipici,

¹⁸E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 259, che ricorda sullo stesso piano l'autonomia sindacale o il potere di deferire ad arbitri le controversie ai sensi degli artt. 806 ss. c.p.c.

derogando cioè, nei limiti imposti dalla legge, alla disciplina dispositiva già prevista per tali operazioni (art. 1322, comma 1, c.c.), ma altresì la libertà di creare schemi contrattuali nuovi, ossia affari non previsti dalla legge, regolandoli nella maniera più rispondente alla soddisfazione degli interessi perseguiti, con il limite legale della meritevolezza degli interessi da realizzare (art. 1322, comma 2, c.c.). Peraltro il codice civile, così come edifica una regola di libertà contrattuale (artt. 1321 ss. c.c.), allo stesso tempo erige una regola di carattere opposto (con funzione di limite a tale libertà), esplicitata in più disposizioni (artt. 1343 ss. e 1418 c.c.), che argina l'autonomia decisionale a salvaguardia dell'ordine pubblico, della morale, della norma imperativa e così via. Queste ultime ipotesi indicano appunto il limite oltre il quale il potere di autonomia privata non può estendersi, pena il giudizio di negatività da parte dell'ordinamento con la correlativa assenza di tutela secondo la tecnica codicistica della invalidità assoluta (nullità), quale sanzione normativa dell'operazione così posta in essere.

4. *Autonomia contrattuale e libertà dei contraenti*

Il contratto, pertanto, rappresenta lo strumento generale di attuazione del potere dei privati di autodeterminarsi e l'adozione della forma contrattuale conferisce una specifica rilevanza giuridica alle determinazioni private. Se ciò risponde a una logica scelta di senso si può allora tentare una schematizzazione dei principi di operatività, sotto il profilo che ci interessa, del sistema giuridico. Per un verso, infatti, i beni privati possono circolare essenzialmente nella forma contrattuale, quale modalità circolatoria; per altro verso, peraltro, la forma contrattuale rappresenta il fatto-presupposto della circolazione a cui si accompagna altresì il potere di determinare le conseguenze, ossia gli effetti giuridici sul piano dell'attribuzione di diritti e obblighi. In ragione dei summenzionati rilievi è riconosciuta allora ai privati una posizione eccezionale, simile per certi versi a quella tipica ed esclusiva del legislatore, ossia (contribuire a) determinare l'ambito del giuridicamente rilevante¹⁹. Occorre peraltro tenere pre-

¹⁹ Si tratta di quanto rilevato da P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, cit., p. 325 ss. e spec. p. 327.

sente che il riconoscimento dell'autonomia privata non è condizionato esclusivamente allo schema dello scambio, come testimonia del resto il rapporto, propriamente operante all'interno della dinamica contrattuale tra onerosità, gratuità e liberalità, ma è piuttosto condizionato all'esistenza di interessi sostanziali, obiettivamente valutabili, che giustificano una tutela giuridica²⁰.

Il contratto è, dunque, uno strumento di composizione di conflitti, uno strumento autonormativo. Qui, però, l'autonomia privata non può essere concepita come fonte, neppure derivata, di norme giuridiche²¹, atteso che, piuttosto, la volontà privata produce effetti solo perché l'ordinamento a ciò l'autorizza. Pertanto devono essere rettamente intese alcune espressioni del codice civile, spesso enfatiche, come quella contenuta nell'art. 1372 c.c., secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti. Tale espressione, invero, costituisce un omaggio alle teorie giusnaturalistiche e ai valori dell'autonomia privata (specificamente all'idea categorizzante di negozio giuridico) e implica, giustamente, che non è possibile sottrarsi al vincolo contrattuale per volontà unilaterale (principio della impegnatività o vincolatività del contratto), traducendo cioè l'affermazione del nesso libertà contrattuale-responsabilità contrattuale²². Pertanto, correttamente si rileva che «il contratto vincola le parti così come la legge vincola i suoi destinatari. Del resto, il nesso con l'idea di legge non è peregrino, se lo si ritrova in altri luoghi del discorso sul contratto: come quando si parla di «auto-nomia» contrattuale, dove l'etimo greco rinvia immediatamente alla legge; o di «regolamento» contrattuale, dove il richiamo alla «regola» porta su un terreno concettualmente affine a quello della legge»²³. È peraltro vero, anche normativamente (ossia dal punto di vista del diritto positivo), che il contratto non si pone sullo stesso piano della legge (ad esempio esso non può derogare alle norme imperative). Il contratto, dunque, svolge la propria funzione di strumento regolatore dei rapporti

²⁰ In merito A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, p. 254 ss.

²¹ Autorevolmente S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, cit., p. 369, rilevando la difficoltà di accogliere, senza riflessioni più ampie su concetti e categorie generali, la tesi secondo la quale il negozio giuridico sarebbe produttivo di diritto o di norme giuridiche.

²² In tal senso E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 118; ID., *Il contratto*², in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 498 ss.

²³ V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 498.

economici tra privati (che si sono vincolati attraverso lo stesso a rispettare quanto convenuto) in relazione, comunque, di subordinazione alle regole di legge.

Si è già detto del contratto quale veicolo per la circolazione della ricchezza, sotto il profilo dunque della funzione a cui è fondamentale preordinato. La relativa previsione, sia come schema generale e astratto, che necessita cioè di un contenuto specifico (artt. 1321-1469 *bis* c.c.), sia come singoli tipi contrattuali particolarmente disciplinati (secondo il disegno del legislatore del 1942: regole generali destinate al contratto; regole particolari destinate a specifici tipi contrattuali; regole di disciplina di altri contratti collocate all'esterno del libro IV e, in particolare, all'interno del libro V, ossia contratto di lavoro, contratto d'opera professionale, contratto di società e così via), evidenzia peraltro l'esistenza del principio della libertà contrattuale, sia pure nel contesto di taluni limiti normativi (art. 1322, comma 1, c.c.). A sua volta la libertà contrattuale è il principale equivalente giuridico dell'iniziativa economica privata che l'art. 41 Cost. proclama libera; la stessa libertà contrattuale dipende concettualmente dall'autonomia privata. Al riguardo, se è peraltro condivisa l'idea dell'assenza, all'interno della Carta costituzionale, di una copertura costituzionale degli accordi privati²⁴, ritenendosi irrilevanti o non pertinenti i riferimenti, talora variamente prospettati, agli artt. 2, 18, 21 e 29 Cost., è tuttavia comunemente riconosciuta una tutela indiretta della libertà contrattuale per il tramite degli artt. 41 e 42 Cost., anche con riguardo ai limiti dagli stessi introdotti²⁵.

Autonomia (e libertà) contrattuale, dunque, come corollario del riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata, costituzionalmente garantita (art. 41, comma 1, Cost.) e rispetto a cui lo stesso legislatore, con l'introduzione della l. 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato, ha compiuto una scelta di sistema indicando chiaramente che tali regole vengono introdotte «in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica» (art. 1, comma 1, l. n. 287/1990). Del resto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati europei (art. 6 Trattato sull'Unione europea), afferma il

²⁴ In tal senso G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., p. 35 ss.

²⁵ In merito V. ROPPO, *Il contratto*², cit., p. 76 ss.