

*Riflessioni intorno all'art. 1372 c.c., sull'efficacia del contratto tra «forza» e «consenso»**

di

Francesco Rinaldi**

Sommario: 1. Riflessioni introduttive. – 2. Il problematico inquadramento degli atti di autonomia. – 3. Il «contratto conformato». – 4. Il rapporto conflittuale tra legge e autonomia, due esempi: «gestione convenzionale del processo» e *fine vita*. – 5. Considerazioni conclusive.

Solo alcune fugaci riflessioni problematiche, destinate a sollevare più dubbi che certezze.

Le diverse dimensioni ordinanti, che innervano l'argomento, richiedono un approccio necessariamente polifonico. È investito il profondo tema del «luogo» e della «formazione» delle regole¹, venuta meno la «monocrazia della legge»², che ha

* Lo scritto, con l'aggiunta di essenziali note bibliografiche, riproduce la relazione tenuta il 26 giugno 2024, al Convegno «Legge e contratto, autonomia ed eteronomia nello Stato democratico pluralista», organizzato dall'Università di Cassino e del Lazio Meridionale, Dipartimento Economia e Giurisprudenza.

** Rtda in Diritto privato – Università eCampus.

¹ Secondo l'autorevole insegnamento di: A. FALZEA, *Drafting legislativo e formazione delle regole giuridiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 579 ss., il quale pone in evidenza la complessità del processo di formazione (c.d. *drafting*) di tutte le regole che vanno a comporre l'ordinamento giuridico, non solo regole legislative (*drafting* legislativo), ma ogni altra regola, anche dell'autonomia negoziale. Alla formazione della regola è inseparabilmente unita la formazione dell'interpretazione applicativa del caso concreto (*drafting* ermeneutico), formazione della scelta interpretativa e della decisione, e sua formalizzazione (*drafting* della sentenza). La cultura, la cultura tecnologica, la fenomenologia economica e sociale, formano la regola (la parola *drafting* sta per formazione, di varia natura, della regola); A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Napoli, 2016, p. 1 ss., sul «ruolo nomopoietico» del processo civile romano che spinge l'indagine, tra l'altro, sull'«aspetto costitutivo pluriformante delle fonti del diritto» e «sul ruolo dell'*interpretatio iuris*», con attenzione alla «relazione tra *regula iuris* intesa come snodo decisionale del caso concreto e un sistema di regole generali a fattispecie astratta elaborato dai giuristi, anche in funzione di controllo della prassi giurisdizionale», nel considerare che «la connessione tra un sistema di regole di derivazione casistica ma di struttura generale con l'alternarsi di un pensiero giurisprudenziale ritrova nella controversialità la sua più feconda manifestazione». Insomma, la «prevalente efficacia del giudizio e, dunque, della regola che dal giudizio germina sull'astratta e generica previsione legislativo-normativa».

posto in «crisi» la pure funzione del giudice. Ed appare come un lontano ricordo il rilievo dell'illustre Maestro lucano, Emanuele Gianturco che, nelle Sue *Istituzioni del diritto civile* del 1904³, osservava che il codice civile è «l'unica fonte di diritto nelle materie civili».

La contemporaneità ha reso plurali e diffusi i luoghi decisionali, nel contesto dell'assiologia costituzionale ed in una difficile armonizzazione tra valori e principi sovraordinati e identificativi dell'ordinamento⁴.

Il diritto non sembra esaurirsi nella legge ed il contratto, come le obbligazioni, non costituisce una categoria «astorica»⁵, «sempre uguale a se stessa»⁶, con il rischio di diventare altrimenti un astratto e, forse, non utile schema dogmatico.

Ciò, tuttavia, non esime neppure dal chiedersi se non si chieda spesso troppo al contratto, che non sembra dover sempre assecondare tutte le richieste e i desideri espressi attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale e la libertà di autodeterminazione. Domande che è legittimo porsi, ove non si voglia cadere in eguali dogmatismi.

L'art. 1173 c.c. – che tra le *fonti delle obbligazioni* menziona il *contratto* – è destinato a svolgere un ruolo primario e rende il discorso molto ampio: atti negoziali, clausole generali⁷, nel contesto di un complesso dialogo tra regole di liceità, legalità e

² Così, G. CAZZETTA, *Una pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in *Pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze, Quaderni fiorentini*, 50, 2021, p. 1 ss., ma v. p. 14. L'a., in nt. 36, muove espresso riferimento a P. GROSSI, *Pagina introduttiva (Ripensare Gény)*, in *Gény e la scienza giuridica del Novecento, Quaderni fiorentini*, 20, 1991, p. 37 ss.

³ Cfr. p. 18.

⁴ Secondo l'autorevole insegnamento di P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, Napoli, 2021, pp. 21 ss. e 59 ss., per il quale il diritto, «nella società», non si riduce a «scienza che effettua una ricognizione – seppur critica – del divenire sociale», ma è «universo di determinazioni caratterizzate dal rigore di metodo e dal rispetto dei canoni logico-positivi dell'argomentare giuridico, quali fondamenti dell'interpretazione in funzione normativa».

⁵ Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, 4^a ed., Napoli, 2020, p. 198 ss.

⁶ Così, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 18 ss.

⁷ Quali buona fede, buon costume, ordine pubblico, ma anche ragionevolezza, proporzionalità. Pare significativo ricordare il recente tentativo operato in Francia di assorbire il buon costume nell'ordine pubblico. In proposito, v. S. PAGLIANTINI, che così titola l'*Introduzione* alla ristampa della seconda edizione (1914) della *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano* di Francesco Ferrara, Napoli, 2022: *Lex perfecta, trionfo dell'ordine pubblico e morte presunta del buon costume: appunti per una ristampa della Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, p. 9 ss. Non può omettersi, in argomento, il riferimento a P. FEMIA, *Buon costume e lotta di classe. Lotmar, Weber e la "Kadijustiz"*, in *Id., Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021. L'ordine pubblico è oggetto di

meritevolezza. Senza omettere di considerare la diversificazione delle situazioni soggettive, tra le quali anche quelle di interesse legittimo nel diritto privato, che si manifestano in alcuni peculiari «tipi» negoziali, quali i contratti della pubblica amministrazione, i rapporti di lavoro, i contratti dei consumatori. Oltre la dicotomia pubblico/privato, verso un «diritto comune che è diritto e basta», con le parole del grande Maestro Salvatore Pugliatti⁸.

Un'autonomia che può essere pubblica o privata, individuale o collettiva, si consideri l'attività *iure privatorum* della p.a., oggetto di una significativa *ricodificazione* ad opera del nuovo codice dei contratti pubblici⁹, là dove, tra i principi¹⁰, risalta proprio quello di «autonomia contrattuale», del quale sono dotate le pubbliche amministrazioni «nel perseguire le proprie finalità istituzionali»¹¹, onde dar luogo al problema dell'estensione del principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi ai contratti che, invece, com'è noto, possono essere

una rifondazione concettuale nella direzione di un *nuovo ordine pubblico euro-unitario*. Restano fondamentali in argomento le riflessioni di: R. QUADRI, *Applicazione della legge in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna, 1974, p. 58 ss., in materia di *principio di legalità*, opera postuma con *Premessa* di B. Conforti (p. 43 ss.); ID., *Corso di diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1966, p. 11 ss.; G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1038 ss., il quale pone l'attenzione sull'utilità delle discussioni in argomento per «aver diradato le nebbie da cui il concetto era avvolto» (p. 1051); G. CORSO, voce *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1057 ss., il quale pone, tra l'altro, in rilievo l'assenza di riferimento all'*ordine pubblico* in Costituzione (p. 1060); G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 352 ss.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, cit., p. 107 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 728 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 10 ss. La clausola generale dell'*ordine pubblico* è identificata, piuttosto che in «un principio», nella composizione di «principi e regole che ne sono espressione», quali, ad esempio, la *laicità*, da G. PERLINGIERI, in ID. e G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 29 ss.

⁸ Cfr. M. TRIMARCHI (a cura di), *Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. Diritto civile e diritto amministrativo*, Napoli, 2017, p.523. In argomento, v. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, p.595 ss., «oltre la dicotomia».

⁹ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

¹⁰ Di risultato, di fiducia, di accesso al mercato, di concorrenza, di buona fede e legittimo affidamento, di solidarietà e sussidiarietà, di auto-organizzazione, effettività, efficienza, ragionevolezza, proporzionalità, sostenibilità e conservazione dell'equilibrio contrattuale, oltre al principio dell'autonomia contrattuale, contenuti nel Titolo I, *principi generali*, della Parte I del Libro I del nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 1-12), nel cui contesto i primi tre principi (*risultato*, *fiducia* e *accesso al mercato*), operano, altresì, quali *criteri interpretativi applicativi* (v. l'art. 4). Testimonianza della normatività e del contenuto assiologico dei principi. Ed inoltre della inscindibilità tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, a fini applicativi.

¹¹ Così, l'art. 8 del d.lgs. n. 36 del 2023, prosegue la disposizione nell'indicare che le pp.aa. «possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge». La disposizione recepisce un noto orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia, ci si riferisce a Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *DeJure online*, richiamate nella *relazione* al codice, all'art. 8, p. 22 ss.

pure atipici¹²: emblematico è il caso delle «concessioni-contratto» e, più, in generale degli «accordi» con la p.a. e tra pp. aa. che, sembra utile ricordare, sono assoggettati ai «principi», e non alle norme, «del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»¹³.

Altra ipotesi significativa è quella degli «atti di diritto privato» costitutivi di vincoli pubblici – si badi, «atti di diritto privato» e non provvedimenti amministrativi –, oggi ammessi a trascrizione *ex art. 2645 quater c.c.*¹⁴.

2. – Nel contesto del problematico inquadramento degli atti di autonomia tra le fonti del diritto, ha svolto un ruolo indubbiamente centrale il principio di sussidiarietà, nel rapporto tra privati e poteri pubblici, con particolare rilevanza nella realizzazione di finalità sociali affidate all'autonomia dei privati¹⁵, nell'assistenza delle persone vulnerabili. La «norma di fonte contrattuale», espressione dell'autonomia del privato, sovverte l'ordine, nel senso che è legittimata, in forza della sussidiarietà, a regolamentare – o a concorrere a regolamentare – il rapporto.

Là dove l'obiettivo pratico dell'azione amministrativa può essere raggiunto senza l'esercizio dell'«autorità», lo «strumento paritario» del contratto è da preferire, in attuazione del principio di sussidiarietà, teso a favorire proprio l'«autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale»¹⁶.

¹² Cfr. art. 1322 c.c.

¹³ Cfr. art. 11, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, v. anche l'art. 15.

¹⁴ Sia, in proposito, consentito rinviare a F. RINALDI, *Oltre l'opponibilità, verso una «funzione sociale» della pubblicità: riflessioni intorno all'art. 2645 quater c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 4, 2021, p. 1481 ss.

¹⁵ Ci si riferisce, in particolare, al fenomeno delle associazioni di volontariato e, più in generale, ai c.d. «Enti del terzo settore» (v. artt. 1, 2, 50 e 56, del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, *Codice del terzo settore*; nonché ad alcune importanti decisioni della Corte costituzionale intervenute in materia (Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131, e Corte cost., 23 novembre 2021, n. 218, in *giurcost.org.*).

¹⁶ Così, l'art. 118, comma 4, cost. Il principio di sussidiarietà rileva sotto il duplice profilo verticale e orizzontale, conseguenza del pluralismo delle fonti, che ha determinato il decentramento istituzionale e la promozione del valore dell'autonomia privata, attraverso un «processo di socializzazione dei poteri pubblici», cfr.: P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica*, in A.A. CERVATI, S. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, p. 194 ss., ma v. p. 211 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 ss.; G. NAPOLITANO, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in ID. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, p. 473 ss. *Fondamentali, in argomento, restano le riflessioni*

Gli strumenti del diritto privato possono rivelarsi utili per il perseguimento dell'interesse generale, in attuazione del principio di sussidiarietà¹⁷, in quanto rafforza il riconoscimento dell'autonomia negoziale quale fonte di diritto, con la conseguenza di una possibile analogia tra potere di autoregolamentazione, fondato sull'art. 118 cost., e potere di autonomia negoziale, fondato sull'art. 1322 c.c.¹⁸.

Esempi significativi ve ne sono nel diritto di famiglia: negozi e obbligazioni familiari, quali ad esempio, accordi tra i coniugi, tra conviventi o uniti civilmente, accordi sui regimi patrimoniali. Qui interessa rilevare pure i limiti posti dal legislatore alla possibilità di trattare in arbitrato alcune questioni attinenti alle relazioni familiari: questioni esistenziali e relative ai rapporti di filiazione.

Pure il diritto ereditario offre spunti di riflessione significativi. Pare utile richiamare l'attenzione sull'esercizio del potere del testatore di diseredare per giusta causa nella relazione familiare, oltre, per intenderci, le cause di indegnità poste dal legislatore, secondo un'interpretazione evolutiva, attenta alla conservazione dei valori normativi, delle disposizioni in materia di decadenza dalla responsabilità genitoriale, quale causa di esclusione dalla successione.

Inoltre, l'emersione di fonti *extra-ordinem* – c.d. atti di *soft law* – ha certamente prodotto destrutturazioni, conseguenza del decentramento dei «centri di potere».

Com'è stato autorevolmente osservato, in «epoca di crisi di sovranità e, dunque, della legge», l'«autonomia negoziale» è «chiamata a svolgere un ruolo organizzativo di sottosistemi sociali», c.d. *autodisciplina* o *autoregolamentazione*, verso una «nuova teoria delle fonti» che «consideri l'autoregolamentazione di categoria come strumento strutturale di produzione di regole efficaci anche al di là

di G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 1995, p. 74 ss., per il quale il principio di sussidiarietà, «formalmente definito nel Trattato di Maastricht, non ne costituisce, in verità, una creazione originale», avendo «rappresentato un fondamentale canone non scritto cui si è ispirata per quarant'anni la prassi normativa della Comunità». La sussidiarietà riguarda il rapporto tra lo Stato ed i propri cittadini, in chiave marcatamente solidaristica (v. artt. 2 e 118 cost.).

¹⁷ Il principio di sussidiarietà orizzontale intreccia, sul piano negoziale, interessi pubblici e privati, è, oggi, «arduo, se non impossibile, individuare un interesse privato che sia completamente autonomo», cioè, «indipendente, isolato dal c.d. interesse pubblico» (così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, p. 138 ss.).

¹⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, IV, *Attività e responsabilità*, cit., pp. 11 ss. e 29 ss.

dal determinato ambito di soggetti che le pongono»¹⁹. Esempio paradigmatico, in tal senso, può essere considerato il *sistema dei social networks*.

3. – Il profondo tema del rapporto tra legge e contratto può essere indagato sotto un un altro punto di osservazione, tra i tanti, ossia da quello del c.d. «contratto regolato» o «eterointegrato» o «conformato».

Il caso delle *Authority* è, a dir poco, significativo²⁰.

In questa dimensione, svolgono un ruolo decisivo il controllo di liceità, meritevolezza e ragionevolezza sulla *libertà contrattuale*, attraverso la sostituzione degli effetti voluti dalle parti con effetti legali ragionevolmente collegabili al contratto, sicché l'autonomia negoziale «non si identifica più con il voluto, né è fondata sull'obbligo di rispettare il patto»²¹.

L'inserzione automatica delle clausole²² e l'integrazione legale dell'efficacia del contratto prescindono dal tipo negoziale e dipendono dalle circostanze concrete. In quest'ottica pare rilevare quella nota prospettiva del Maine circa il passaggio «dallo *status* al contratto», cioè sulla forza eguagliatrice del contratto²³, della quale ne è esempio significativo il fenomeno dei contratti dei consumatori, qualificati *ratione personae* e non *ratione causae*.

4. – Il legame, spesso conflittuale, tra legge e autonomia rileva sotto un altro complesso profilo, in ombra nella provvisoria analisi qui proposta, ossia quello

¹⁹ Così, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 296 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-europeo delle fonti*, IV, *Attività e responsabilità*, 4^a ed., Napoli, 2020, p. 9 ss.

²⁰ Cfr., in argomento, P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Conformazione del contratto e autorità indipendenti nel diritto italo-europeo*, *Atti del 16° Convegno Nazionale SISDiC, 12-13-14 gennaio 2023 Università di Roma La Sapienza*, Napoli, 2023.

²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Stagioni del diritto civile*, cit., p. 128.

²² Cfr. art. 1379 c.c. Non può essere omissivo il riferimento, in argomento, a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist., Milano, 1970, p. 1 ss.

²³ Allo storico inglese si deve un contributo fondamentale nella ricostruzione della concezione moderna degli *status*. La «fortunata» formula del Maine riassume in sé «l'evoluzione del diritto, ed anzi dell'intera civiltà»: «una organizzazione stratificata attorno a innumerevoli *status* contraddistingueva le società primitive: gli ordinamenti moderni, al contrario, rimettono agli individui, alla loro iniziativa e libertà, la costituzione e le vicende dei rapporti privati» (così, P. RESCIGNO, voce *Status (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1993, p. 2): «questo, in breve, è il senso della formula «dallo *status* al contratto», proposta come legge ricostruttiva ed interpretativa della storia politica e giuridica dall'antichità ad oggi». In argomento, v. pure A. CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 ss.

della rilevanza della «legge» come «fatto giuridico», contrapposto al «fatto dell'uomo». Nel senso, cioè, che vi sono moltissimi «fatti» del tutto indipendenti dalla volontà dell'uomo, ai quali il «diritto» attribuisce effetti giuridici. Se ne riscontrano esempi molto significativi, nel contesto dei rapporti di diritto di famiglia che, «indipendentemente dalla volontà», sono ricollegati dalla legge al rapporto di parentela²⁴, come, nel caso del rapporto di filiazione, sorge la responsabilità genitoriale.

Gli spazi che l'autonomia privata tende ad occupare, nella contesa con il potere legislativo, non si esauriscono evidentemente negli esempi problematici proposti, ma sono imprevedibili. Due casi possono risultare d'interesse in tal senso, ed inducono a porre l'interrogativo se, in effetti, la legge continui a costituire ancora la principale fonte della disciplina del contratto.

Il primo, riguarda quella che si potrebbe definire «gestione convenzionale del processo», per semplificare, quei «protocolli d'intesa» nell'ambito dell'«amministrazione della giustizia» e nel settore processuale, quale utile, possibile, problematica e non scontata, prospettiva deflattiva dei contenziosi, che potrebbe muovere, dal punto di vista organizzativo, attraverso le innovative attività dell'Ufficio del processo. Ci si riferisce, in particolare, a quei contenziosi seriali, ad esempio, in materia di sanzioni tributarie e amministrative, che oltre ad essere ripetitivi, i cui esiti, in molti casi, sono scontati.

Atti di *soft law* (protocolli/accordi) e *best practices* relative ad alcune questioni e contenziosi, nella logica del *case management*.

Ci si chiede, se possano trovare ingresso regole convenzionali di gestione del processo civile, che non aggravino la relazione processuale e che rispondano ad esigenze di efficienza, attraverso la rapidità di definizione e la possibilità di deflazione di almeno alcuni giudizi, senza necessariamente pregiudicare la qualità della tutela dei diritti, nella prospettiva della funzione «promozionale» del diritto²⁵.

In una visione unitaria del rapporto tra diritto, azione e processo.

²⁴ Prospettiva indicata dall'illustre Maestro, V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, 4 rist., 1938, p. 24 ss.

²⁵ Sia consentito rinviare a F. RINALDI, «Grandi utenti pubblici» e gestione convenzionale del processo, tra *soft law*, *best practices* e *case management*: tentativo di un dialogo oltre la legalità». *Il diritto*

Il secondo caso problematico del rapporto fra legge e contratto riguarda il *fine vita* e le connesse questioni di autodeterminazione e regolazione del fenomeno²⁶, nella direzione di un discutibile «diritto di non soffrire».

Nel richiamare autorevoli pensatori, «nel contratto non tutto è contrattuale»²⁷, il contratto può produrre «giuridicità», in quanto «produce fiducia»²⁸.

Nel contesto della relazione tra autonomia privata, autodeterminazione, negozialità e diritti fondamentali²⁹, il contratto diventa strumento di «collegamento», in quanto atto di autonomia, tra società, legislatore e Costituzione³⁰.

Così, dal punto di vista degli effetti, questi possono essere individuati nelle «relazioni» che derivano dall'atto di autonomia³¹.

5. – Sullo sfondo di queste riflessioni vi è la formula utilizzata dall'art. 1372 c.c.: «il contratto ha forza di legge».

Formula, «felice» o «enfatica»³², che corrisponde all'art. 1123 del codice civile del 1865, che, a sua volta, corrispondeva all'art. 1134 del *code civil*, ma che in questo caso non ne è fedele riproduzione, come accade, invece, nella quasi totalità delle disposizioni del codice del 1865. Difatti, l'art. 1134 usava una formula in parte diversa: «il contratto tiene luogo della legge per coloro che lo hanno fatto».

processuale civile italiano e comparato, 4, 2023, p. 861 ss. Si consideri l'esempio di alcune collaudate linee guida, quali quelle ANAC e ABF. Fondamentali, in argomento, le riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 3 ss.

²⁶ Come molti tristi casi dimostrano, da ultimo il «caso Cappato».

²⁷ Cfr. P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici, Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, p. 499 ss., ma v. p. 515 e nt. 77, il qual richiama l'espressione virgolettata nel testo di Durkheim.

²⁸ Così, M. GRONDONA, *Il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia. Premesse per una discussione*, in *Sul contratto, Raccolta degli scritti di presentazione del volume «Contratto» della collana «I tematici» dell'Enciclopedia del diritto*, a cura di A. Marchese, Messina, 2023, p. 69 ss., ma v. p. 72, prosegue l'illustre a.: «in questo senso è la stessa fiducia a essere come tale giuridicamente rilevante. La fiducia nel vincolo, prima di essere tale quale effetto riflesso della forza di legge del contratto, è tale quale effetto diretto della fiducia in una parola data che è elemento civico e istituzionale; fiducia nelle reciproche aspettative e quindi, complessivamente, nel contratto quale strumento di stabilità sociale, ma non di immobilismo. Ci si affida al contratto e alla sua forza trasformativa, perché affidarsi al contratto significa affidarsi a sé stessi e, al contempo, affidarsi a un ordine giuridico che si rispecchia nel contratto, perché, a sua volta, nel contratto troviamo l'immagine di quell'ordine sociale che della contrattualità, nonché del contrattualismo, è il presupposto».

²⁹ Come nei casi proposti del diritto alla vita e del diritto di difesa.

³⁰ Cfr., in proposito, pure M. GRONDONA, *Il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia*, cit., p. 76.

³¹ Secondo l'autorevole insegnamento di F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1944, pp. 3 ss., 22 ss., 392 ss.

³² Com'è stata definita, cfr., in proposito, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 7 ss.

Formula, si osserva, che attingeva dalla dottrina del Domat e dalla giurisprudenza francese, e che ha radici lontane nel diritto romano e nel giusnaturalismo³³.

E' da aggiungere che non solo il contratto ha «forza di legge», ma anche il testamento, a proposito non solo di diseredazione, ma pure di legittimari pretermessi, di rinuncia all'azione di riduzione.

L'accostamento al testamento, ma, soprattutto, l'accostamento tra negozio, testamento (ove se ne condivide la negozialità), provvedimento e legge, evoca la dimensione precettiva della negozialità, nella sua funzione di atto avente forza di regolamentazione di interessi, pubblici e privati, con effetti vincolanti nell'Ordinamento, al pari di una qualsiasi altra fonte produttiva di norme: un precetto, che richiama la qualificazione del negozio quale «fattispecie a funzionalità differenziata» e «figura a doppia qualificazione giuridica»³⁴.

Al riguardo, si potrebbero svolgere molte altre riflessioni verso l'apertura al «contratto ereditario», oltre il patto di famiglia ed il bene aziendale, quale espressione della *libertà testamentaria*³⁵.

Così come è inevitabile la comparazione con il diritto romano, che piuttosto che «sistema di diritti» costituiva «sistema di azioni»³⁶, ed in quanto la «negozialità romana, oltre che fenomeno storico, è «modello metastorico»³⁷.

³³ Cfr., al riguardo, F. GALGANO, *Degli effetti del contratto (Art. 1372-1386)*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna, 1993, p. 1 ss.

³⁴ Fondamentali le riflessioni di: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1950), rist., Napoli, 1994; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; G. OSTI, voce Contratto, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 462 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 8 ss., per il quale aperta è la questione del modo attraverso il quale il negozio è in grado di generare una «norma giuridica», in quanto è «ancora da spiegare» la «nozione» di «funzionalità del negozio» (p. 222); G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1988, p. 292 ss.; R. SACCO, in *Trattato dir. priv.* Rescigno, 10, II, rist. 2^a ed., Torino, 2001, p. 337 ss.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 1 ss.

³⁵ In questa direzione, sia consentito rinviare a F. RINALDI, *Libertà testamentaria e patti sulle future successioni*, Napoli, 2020, p. 9 ss.

³⁶ Così, S. RICCOBONO, nella *Prefazione* a V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, cit., p. IX.

³⁷ Cfr. A. PALMA, *La negozialità romana: fenomeno storico e modello metastorico. Note introduttive sulla causa contractus*, in *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, Napoli, 2013, p. VII ss. della *Premessa*. In materia di negozialità, particolarmente significative le riflessioni di S. PAGLIANTINI, *La negozialità discreta di Cesare Massimo Bianca*, in *Studi senesi*, 1, 2023, p. 189 ss., il quale conclude rilevando che: «se c'è un'istanza che Bianca ci restituisce, crediamo sia allora la seguente: il negozio è una figura troppo seria per trasformarla in una *Leerformel*, una formula in bianco, ad ampio spettro, pronta per venire riempita nel modo che, all'occorrenza, più conviene».

Un illustre Maestro ha osservato che, nel contesto di una «pluralità di schemi», la «libertà corrisponderebbe» piuttosto alle «azioni giuridicamente irrilevanti di fronte allo Stato»³⁸.

Il discorso rende necessarie scelte metodologiche, a cominciare dalla «teoria del diritto soggettivo» che, sembra utile osservare, per Kelsen, altro non sarebbe se non un «riflesso dell'assolutismo più rigido mitigato dal giusnaturalismo»³⁹.

Questo grande tema conferma, ancora una volta, che la «modernizzazione del diritto spesso dipende più dai giuristi e dagli operatori, che dal legislatore», a condizione che si ci si liberi dai «luoghi comuni»⁴⁰ o da quelli che Francesco Messineo definiva la «forza di inerzia dei dogmi giuridici».

Allora, questo intervento non può che concludere con l'interrogativo: cosa sia o cosa debba intendersi oggi per contratto⁴¹. Data la crisi della categoria ordinante, frantumata rispetto a come concepita originariamente nell'art. 1321 c.c., norma senza fattispecie e senza portata precettiva, che, peraltro, appariva sfasata rispetto alla realtà già al momento dell'entrata in vigore del codice, e non essendo priva di una certa ambiguità. Si consideri, al riguardo, la relazione tra gli artt. 1321 e 1325 c.c.: nel primo, il contratto è identificato nell'accordo, nel secondo l'accordo è solo uno degli elementi del contratto.

³⁸ Così, G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1953, p. 5 ss.

³⁹ Il rilievo è tratto da G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018, p. 234, prosegue l'illustre civilista: «ciò è vero, ma non del tutto: pur quando non assumono valore rivoluzionario, le teorie giusnaturalistiche tendono ad affermare, nell'ambito stesso di un ordinamento assolutistico, una sfera intangibile di diritto privato, anzi, dei singoli individui e, quindi, a porsi come limite al potere giuridico. Il diritto positivo e lo Stato non esistono – ritiene Stahl – se non in virtù della libertà individuale e solo per servire ad essa; i diritti civili dell'uomo non sono conferiti all'uomo dalla legge, ma la legge è fondata sui diritti innati dell'uomo, a parere di Solari. Così due filosofi del diritto spiegano il giusnaturalismo». Fondamentali, in argomento le riflessioni dell'illustre filosofo del diritto, G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), ed. postuma a cura di P. Ungari, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1980, p. 1 ss.

⁴⁰ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il ruolo del giurista nella modernizzazione del diritto successorio tra autonomia ed eteronomia*, in *Dir. succ. fam.*, 2018, p. 1 ss.

⁴¹ Nella «rassegnata consapevolezza» che, forse, mai si «potrà trovare una risposta definitiva, ma si «potrà soltanto cercare di formulare meglio la domanda», parafrasando l'interrogativo «che cos'è la giustizia?», consegnato, il 27 maggio 1952, da H. KELSEN, il più illustre tra i filosofi del diritto del XX secolo, nel congedarsi dall'insegnamento presso l'Università di Berkeley. La citazione è tratta da *Quodlibet, Hans Kelsen, Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, Macerata, 2015, p. 9.

In proposito, colpisce la recente evoluzione del diritto contrattuale francese del 2016⁴², là dove, nell'art. 1101 del *code civil*, al lemma «*convention*» è stata sostituita l'espressione «*accord de volonté*». Lemma «accordo», peraltro, già utilizzata dal nostro codice del 1865, all'art. 1098. A proposito pure di passaggi da concezioni soggettivistiche del contratto a concezioni oggettivistiche fondate sulla «congruità dello scambio», nel c.d. *postdiritto*⁴³ e nella direzione di una *giustizia contrattuale*⁴⁴. «Il dubbio non è piacevole, ma la certezza è ridicola», osservava Voltaire.

⁴² Attraverso l'*Ordonnance* n. 131.

⁴³ Secondo la nota espressione dell'illustre civilista A. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022.

⁴⁴ Cfr. N. LIPARI, *Vivere il diritto*, Napoli, 2023, pp. 31, 153, 154. Osserva l'illustre Maestro: «un tempo il contratto era assunto a paradigma di un equilibrio che il giurista non poteva che limitarsi a registrare. Valeva l'idea di Fouillet riassunta nella formula “*qui dit contractuel dit juste*”. Negli ultimi decenni noi abbiamo assistito ad una evoluzione che ha rotto inesorabilmente questo schema». Si muove riferimento al caso della riduzione d'ufficio della penale (art. 1384 c.c.) e al caso Renault, ipotesi di abuso del diritto di recesso tra imprenditori E' «evidente che, nel momento in cui si riconosce che, in funzione di un precetto di rilevanza costituzionale, ciascuna delle parti di un contratto deve agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da puntuali norme di legge, il contratto viene svincolato dal suo tradizionale schema concettuale e viene ricondotto ad un più ampio panorama valutativo, lo si voglia o meno questo decodificare in chiave di giustizia».