AUTONOMIA PRIVATA E PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DEL CONTRATTO

Di Alberto Urso

***SOMMARIO:** 1. Il problema ricostruttivo. – 2. Ragioni e fondamento degli interrogativi: l'inquadramento dell'art. 1322 e la fonte legale del vincolo. Superamento delle avversità tradizionali. – 3. Fenomenologia della formazione del contratto e rapporto tra attività procedimentali e contenuto negoziale nel sistema municipale e nell'ordinamento aperto. – 4. Inquadramento funzionale e limiti dell'autonomia privata procedimentale.*

1. Il problema ricostruttivo.

Il tema trova fondamento nel superamento definitivo della concezione volontaristico-fattuale dell'accordo e nella sua ricostruzione secondo regole di legge indicanti i modi con i quali le parti, chiudendo l'accordo, danno origine al contratto[1].

[1]Secondo la consolidata tradizione liberale, l'idea che il momento formativo del contratto si ponesse oltre e al di là delle regole di legge emergeva in tutta forza dall'opinione che qualificava la formazione del contratto alla stregua di un mero fatto. Cfr. in tal senso, su tutti, L. FERRI, *Lezioni sul contratto, Corso di diritto civile*, 2ª ed., Bologna, 1982, 16 ss.; nonché, per l'accertamento della venuta ad esistenza del contratto secondo criteri naturalistici consistenti nell'individuare un momento di coesistenza del medesimo moto volitivo in capo alle parti, G. CARRARA, *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 43; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, 5ª ed., IV, *Le obbligazioni (Contratti e prescrizione)*, Milano, rist. 1926, 39 ss. A. BELLELLI, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione*, Padova, 1992, 25 ss., affronta la problematica, in chiave critica, con riferimento alla conformità tra proposta e accettazione, sottratta dall'A. all'area empirica del fatto e consegnata ad un giudizio normativo da svolgere secondo un canone giuridico. Per una sferzante critica alla concezione materialistica e volontaristica dell'accordo non può che rinviarsi alle preziose pagine di G. GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo dell'incontro dei consensi e il suo tramonto (dal diritto romano-comune alla convenzione dell'Aja del 1° luglio 1964)*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, 256 ss., *passim*, critica che si appunta contro l'opinione, allora corrente, secondo la quale la formazione del vincolo dipenderebbe dalla effettiva sussistenza della volontà di ciascuna parte al momento, indicato dalla legge, della venuta ad esistenza del contratto; ciò che indurrebbe, per conseguenza di una impostazione materialistica più che normativa, la non recettizietà della revoca (*rectius*: ritiro) della proposta. L'A. conduce una critica molto dettagliata contro tale imposta-

L'affidamento delle vicende formative del vincolo ad un congegno squisitamente normativo consistente nella riproduzione fattuale della sequenza di atti o comportamenti descritti dalla legge, se induce l'eclissi di antiche questioni e prospettive proprie del sistema volontaristico, parimenti apre nuove dimensioni problematiche, dischiuse soprattutto in relazione alla possibilità di collocare il fenomeno genetico del contratto, pur nella sua concezione normativa, all'interno del terreno incandescente dell'autonomia privata[2].

L'inquadramento della formazione del contratto secondo la prospettiva concettuale del procedimento – sequenza di atti, fatti, comportamenti, situazioni giuridiche il cui corretto esaurirsi induce l'effetto genetico del vincolo – implica la speculare declinazione e l'orientamento concettuale dell'interrogativo[3]. Il quale può essere formulato

zione, giungendo a fondare la regola della non recettizietà del ritiro della proposta ad una pura prospettiva normativa, ordinata a precisi obiettivi di *policy* tesi a fornire un dato assetto di pesi e contrappesi per la tutela delle parti in sede precontrattuale, assetto anch'esso frutto di una scelta politica. Da registrare che l'opinione della non recettizietà del ritiro della proposta, all'epoca dominante in giurisprudenza (cfr. Cass., 28.2.1957, n. 725, in *Giust. civ.*, 1957, 1294) è stata più di recente superata da Cass., 16.5.2000, n. 6323, in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, 364, con nota di A.M. Benedetti, *La revoca della proposta tra spedizione e ricezione: la Cassazione cambia rotta*. Sull'irrilevanza del mutamento della volontà delle parti ai fini della formazione del contratto ove si sia completata la sequenza di atti indicata dalla legge, cfr. anche G.B. Ferri, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1969, I, 198 s. Vale rilevare come la concezione volontaristica dell'accordo, dalla quale discendeva il necessario ed esclusivo riferimento a criteri di accertamento fattuali per il giudizio sulla venuta ad esistenza del contratto, corrispondesse ad una precisa prospettiva ideologica, raccolta intorno al dogma della volontà e del potere creativo del consenso, caratteristica di una realtà borghese nella quale si registrava il recente passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale. Pone in risalto R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 12 ss., a tale proposito, che «l'ideologia del contratto come espressione di potere privato di autoregolamentazione matura – come pure quella del contratto sociale come giustificazione del potere dello Stato – proprio nella montante crisi della sovranità che segna il tramonto dell'*ancient regime*»; per l'analisi storica e le radici politico-ideologiche del fenomeno della formazione del contratto, cfr. anche ID., *Linee evolutive dei procedimenti di formazione dei contratti (dal codice civile alla legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Perlingieri e Caterini, I, Rende, 2004, 119 ss., spec. 122 s.; cfr. anche G. Benedetti, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, II, *Proprietà Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, 351.

[2] Il passaggio dalla concezione volontaristica a quella normativa della formazione del contratto, culminato nella introduzione nel codice civile del 1942 di un'intera sezione rivolta, come già gli artt. 36 e 37 cod. comm., alla disciplina dell'accordo delle parti, trova il più solido e profondo fondamento culturale nella critica al dogma del consenso, condotta particolarmente da E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., Napoli, 2002, 54 ss.; R. Scognamiglio, *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962, 76 ss.; Id., *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, 3ª ed., Milano, 1980, 7; la medesima critica è dovuta, sia pure secondo una prospettiva diversa, ordinata al superamento del concettualismo ed al concreto e storico inquadramento del fenomeno contrattuale, da G. Gorla, *Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 923; Id., *La "logica-illogica"*, cit., *passim*. Oltre che ad orientamenti tecnico-giuridici, la scelta normativa di affidare la formazione del contratto a precise regole di legge è espressiva di specifici indirizzi politico-ideologici, ancorati principalmente a ragioni di ordine commerciale. L'origine della disciplina sulla formazione del contratto va ricondotta infatti, dapprima in esclusivo riferimento ai contratti commerciali, successivamente, all'esito della commercializzazione del diritto privato, in rapporto all'intera area contrattuale, all'esigenza di certezza degli scambi, incarnata anzitutto proprio dalla necessità di certezza circa la venuta ad esistenza dell'impegno contrattuale. Cfr. sul punto R. Di Raimo, *Autonomia privata*, cit., 26; cfr. altresì A. Di Majo, Principles *dei contratti commerciali internazionali tra* civil law *e* common law, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997, 284, ove si legge che «quello della conclusione del contratto è, com'è noto, un aspetto che tende a sottrarsi ad una regolamentazione troppo rigida e schematica, trascurando sovente che di tale conclusione sono pur sempre 'arbitre' le parti, libere di determinarne modalità e condizioni». L'A. fa dunque espresso riferimento alla libertà delle parti in tema di formazione del contratto; ciò nondimeno prosegue affermando: «Ma è anche vero tuttavia che, quando insorgono conflitti, anche i giudici (oltre che le parti) hanno bisogno di regole certe. A ciò solitamente corrispondono nel codice le regole sulla conclusione del contratto (art. 1326 ss. cod. civ. it.)». Sulla concezione normativa dell'accordo, cfr. in particolare, G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, rist. 2007, 25; Roppo, *Contratti standard*, Milano, 1975, 169; Id., *Contratto. II) Formazione del contratto*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; Id., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 97; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 22 ss., 111 s.; A. D'Angelo, *Proposta e accettazione*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, 3 ss.; U. Majello, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 116.

[3] La ricostruzione della formazione del contratto secondo la categoria del procedimento è dovuta a G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., *passim*, spec. 48 ss.; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 314 ss.; cfr. anche A. Rizzi, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008, *passim*, 20 ss., spec. 25, in cui si legge, proprio in riferimento alla formazione del contratto e all'inquadramento concettuale di essa secondo la categoria del procedimento, che «il mutamento del paradigma concettuale di rappresentazione della formazione del contratto è (…) ormai integralmente compiuto». Altri Autori utilizzano la categoria del procedimento in riferimento alla formazione del contratto, sia pur senza svolgerne la teorica o considerarne tutte le implicazioni sistematiche. Cfr. G. Gorla, *Il dogma del "consenso" o "accordo"*, cit., 923 ss.; Id., *La "logica-illogica"*, cit., 255; Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 80 ss.; P. Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 1010 ss.; P. Vitucci, *I profili della conclusione del con-*

come possibilità per le parti di governare in autonomia il momento formativo contrattuale, attraverso la creazione di varianti o di vere e proprie tecniche procedimentali atipiche.

2. Ragioni e fondamento degli interrogativi: l'inquadramento dell'art. 1322 e la fonte legale del vincolo. Superamento delle avversità tradizionali.

Tre sono le ragioni ostative invocate dalla tradizione contraria all'autonomia privata procedimentale, riconducibili a profili diversi dell'unico formante, rappresentato dal riparto di competenze tra auto-

tratto, Milano, 1968, *passim*; V. ROPPO, *Contratto*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, 103 ss. Non mancano, per converso, opinioni secondo le quali la categoria del procedimento non sarebbe idonea, per un motivo o per un altro, a rappresentare il fenomeno della formazione del contratto. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 77 ss., criticato da A. RIZZI, *op. cit.*, 51 s., nota 82; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, 206 s.; N. DI PRISCO, *Procedimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 865, il quale pone l'accento sulla mancata prescrizione, ai fini della venuta ad esistenza del contratto, di un preciso ordine fra i vari comportamenti indicati dalla legge, essendo piuttosto necessario e sufficiente il loro concorso per la produzione dell'effetto finale, ciò che indurrebbe ad escludere l'utilizzo dello strumento tecnico del procedimento. Per una critica a tale ultima opinione, ancora RIZZI, *op. cit.*, 362; posizione mediana è quella assunta da A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, ove, respinta l'utilizzabilità del concetto tecnico di procedimento, si rimanda alla nozione di procedimento in senso lato, indicante «semplicemente lo svolgimento di attività umane, susseguentesi in regolare successione per realizzare un certo effetto: più precisamente si riferisce alla successione degli atti, nel loro ordine e nelle loro reciproche relazioni, in vista dell'effetto finale».
Il procedimento può essere indicato come sequenza dinamica di atti e situazioni giuridiche intrinsecamente correlati, il cui compimento determina secondo la legge la venuta ad esistenza del contratto. Ciascun atto, situazione o comportamento ricompreso nel procedimento, pur munito di effetto proprio, esaurisce la propria funzione esclusivamente nella dimensione interna del procedimento stesso, in vista dell'effetto giuridico finale consistente nella genesi del contratto. Quest'ultimo effetto, d'altra parte, viene prodotto soltanto all'esito del completamento della sequenza e, dunque, alla conclusione del procedimento formativo. In questa prospettiva, il procedimento occupa una dimensione essenzialmente diversa da quella del contratto già formato – cioè della c.d. fattispecie contrattuale – imponendo di ripudiare qualsiasi accostamento tra gli atti procedimentali e gli elementi del futuro contratto. Su di un versante funzionale, poi, va posta in risalto la assoluta peculiarità delle problematiche in rilievo nella fase della formazione del contratto, ove metterà conto sapere se, come, quando, dove il contratto è concluso; solo una volta verificata la venuta ad esistenza si porranno invece le questioni dell'inquadramento tipologico e causale della fattispecie, della sua validità, dell'efficacia e, più in generale, dei suoi profili effettuali. Gli uni e gli altri, diversi, problemi postulano ed esigono un referente concettuale proprio che consenta la loro considerazione e risoluzione: il procedimento, che rappresenta e sintetizza il fenomeno della formazione, permette di rispondere alle domande nascenti da tale momento contrattuale; la fattispecie è invece ordinata alla considerazione delle tematiche riconducibili al contratto già formato. In questo scenario, i diversi metodi previsti dal codice per consentire alle parti di accordarsi e addivenire alla conclusione del contratto, pur con le loro peculiarità e differenze, sono tutti accomunati da un'essenza che consente di ascriverli entro la categoria del procedimento. Tali metodi costituiscono infatti tecniche diverse con le quali, attraverso un rigoroso percorso di atti, dalla natura dichiarativa o reale, posti in sequenza secondo le indicazioni della legge, le parti giungono alla conclusione del contratto. Da notare che il tema della c.d. pluralità procedimentale viene svolto in questo contesto avendo a riguardo alla sussistenza di tecniche formative diverse che non negano tuttavia né l'unità del concetto di procedimento, né tanto meno l'unità della figura del contratto-fattispecie. Cfr. sul punto G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 25 s., spec. 29, 86 s.; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit. 321; ID., *La categoria generale del contratto*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, 1992, 51 ss., nonché in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 649 ss., ora in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997, 31 ss., spec. 40 ss. L'A., nel rilevare che l'accordo è riconducibile ad una «pluralità di tecniche procedimentali e cioè di procedimenti di formazione del contratto», conclude affermando che tale «pluralità non nega l'unità (…). Non solo unità della figura di contratto a fronte delle varie sequenze formative dell'accordo, ma unità dello stesso *concetto di procedimento di formazione* del contratto. Si tratta di uno strumento unitario fatto apposta per esaltare la varietà degli atti di diversa indole che in esso si dimensionano». Sull'unità del concetto di procedimento, cfr. anche A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000, 9 ss. Alla prospettiva della diversità e molteplicità delle tecniche formative del contratto, si affianca il tema, già accennato, della pluralità per così dire strutturale del procedimento, e cioè il suo comporsi di più atti e comportamenti che tuttavia inducono la formazione dell'unica regola contrattuale: cfr. sul punto P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento*, cit., *passim*, spec. 1019 ss. La questione del passaggio dai singoli atti procedimentali – e, in specie, dalle isolate dichiarazioni delle parti – alla fattispecie contrattuale nella sua unità ha interessato una dottrina che ha dato una ricostruzione analitica del fenomeno, mediata dal principio della conformità di cui all'art. 1326, comma 5, c.c. Cfr. N. IRTI, *Per una teoria analitica del contratto (a proposito di un libro di Giorgio Cian)*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, 307 ss., ora in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 261 ss. Cfr. anche ID., *Il contratto tra* faciendum *e* factum, in Idola libertatis. *Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 56 s. Secondo tale impostazione, *in rerum natura* non sarebbe possibile rinvenire il contratto in sé, nascendo esso, nello schema proposta-accettazione di cui all'art. 1326 c.c., dalle due dichiarazioni delle parti che, se conformi a norma dell'art. 1326, comma 5, c.c., danno vita al contratto per effetto della legge. Tali considerazioni si rinvengono già, e vengono sollecitate, in G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 51 ss. La teoria analitica del contratto è accolta da F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 2, Milano, 1987, 754 ss., e sviluppata, a proposito della conformità, da A. BELLELLI, *op. cit.*, *passim*.

rità e libertà, e cioè tra l'ordinamento e l'autonomia privata; la quale ha delle condizioni di esistenza che non possono trovare deroga o modulazione, essendo espressive di interessi che travalicano la posizione delle parti, assurgendo ad esigenze pubbliche proprie dello stesso ordinamento.

E così, la prima ragione, di ordine strutturale, consiste nella intrinseca impossibilità di riferire il potere di privata autonomia al procedimento, e cioè a qualcosa di altro e di diverso dalla fattispecie contrattuale[4]; la seconda, risvolto funzionale della prima, nega la facoltà di coltivare in autonomia interessi diversi da quelli sostantivi, nella specie interessi strumentali-procedimentali[5]; la terza si focalizza sulla natura del vincolo nascente dal contratto: il carattere giuridico dell'impegno implicherebbe che sia la stessa legge a fissare le modalità attraverso le quali l'atto che lo pone debba venire ad esistenza[6]. Contrariamente, si finirebbe con l'attribuire alla disponibilità dei privati la giuridicità del vincolo che essi intendono costituire, potendo le parti stabilire, oltre la legge, come produrre effetti giuridici. Di qui la conclusione, di ordine pubblico quasi, del monopolio legale nel governo della genesi del vincolo giuridico.

Già nella prospettiva dell'ordinamento municipale, nessuna delle tre ragioni appare risolutiva ed effettivamente ostativa alla identificazione del procedimento di formazione del contratto quale possibile oggetto dell'autonomia privata.

Inquadrata alla stregua di un potere di privata autonomia, la possibilità per le parti di plasmare tecniche o varianti procedimentali atipiche assume-

[4] Secondo l'opinione dominante, la nozione di autonomia contrattuale, come ricavabile dall'art. 1322, andrebbe ricondotta al solo contenuto o allo schema negoziale, giammai al momento formativo del contratto: cfr. sul punto G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 34 s. Cfr. altresì F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 8ª ed., Napoli, 2000, 762, il quale individua i seguenti poteri corrispondenti alle diverse declinazioni dell'autonomia privata: «a) libertà di concludere o meno il contratto; b) libertà di fissarne il contenuto (art. 1322¹); c) libertà di scegliere la persona del contraente; d) libertà di dar vita a contratti atipici (art. 1322²)»; tra di essi non parrebbe rientrare il potere di foggiare modalità di formazione del contratto diverse da quelle previste dalla legge, né di poter altrimenti incidere su tali modalità tipiche.

[5] Per la nozione ed il significato di interesse procedimentale, v. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit. 47 s.; ID., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 315. Come la dottrina ha chiarito, tale interesse, che trova momento nella fase della formazione del contratto, ha carattere meramente strumentale, non avendo diretta aderenza al bene della vita avuto di mira dai contraenti nella loro attività di contrattazione. Se gli interessi finali, indicati come interessi sostantivi, hanno un nesso diretto con l'utilità o il bene che forma oggetto della contrattazione, gli interessi strumentali sono serventi esclusivamente alla venuta ad esistenza della fattispecie. E tuttavia, proprio il modo con il quale la fattispecie perviene ad esistenza, inducendo varie implicazioni in punto di tempo, luogo, agilità o complessità della formazione del contratto, costituisce esso stesso oggetto di interesse delle parti. Proprio questa sarebbe l'area interessata dall'autonomia procedimentale, consistente nella possibilità che le parti coltivino liberamente i loro interessi strumentali attraverso la modulazione o la creazione delle tecniche formative del contratto. Cfr. in proposito RIZZI, *op. cit.*, 46 ss., il quale chiaramente indica il valore euristico dell'analisi degli interessi strumentali, in funzione propriamente epistemologica: perché, appunto, la diversità strutturale delle tecniche procedimentali corrisponde a una diversità nella tutela degli interessi strumentali e, dunque, nel quadro dei procedimenti tipici concepiti dai diversi ordinamenti, consente di individuare «il *senso politico* delle differenze tra i diversi sistemi e delle differenti assiologie che ne sorreggono l'impianto»; cfr. anche G. GORLA, *La "logica-illogica"*, cit., 261, ove si pone in risalto, in relazione alla regola procedimentale della non recettizietà del ritiro della proposta – regola, come detto, sovvertita dalla più recente giurisprudenza – che «questa regola, anziché fondarsi sulla logica, non è che un modo di comporre gli interessi dell'offerente e dell'oblato, secondo certi criteri di politica legislativa». Ancora (p. 257): «in realtà (…) questa regola, anziché fondarsi sulla logica, non è che un modo di comporre gli interessi dell'offerente e dell'oblato secondo certi criteri di politica legislativa (o di *policy*, come si suol dire nel diritto anglo-americano)». In chiave generale, la necessità che lo studio dei fenomeni del diritto civile sia strettamente combinato con l'analisi degli interessi è posta in risalto da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 4: «Purtroppo un orientamento dinamico e funzionale, rivolto alla visione degli interessi in giuoco, manca nelle trattazioni correnti, in specie per quel che riguarda la nascita e le vicende dell'obbligazione: ma noi reputiamo indispensabile un tale indirizzo a quell'indagine giuridica che miri una chiara intelligibilità di tali fenomeni, e non solo di essi, in aderenza alla realtà della vita sociale». Seguendo l'indirizzo proclamato, l'A. svolge la teoria generale delle obbligazioni prendendo in costante riferimento la dimensione funzionale del rapporto obbligatorio, raccolto intorno all'idea fondamentale della cooperazione.

[6] Cfr. E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1957, 1560; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 518; U. SALVESTRONI, *Note in tema di forma, formazione e struttura dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1975, 30 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 68, in cui, nel qualificare il contratto atipico, ci si riferisce ad uno «schema [il quale 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]». Nello stesso senso, di recente, R. DI RAIMO, *Linee evolutive dei procedimenti di formazione dei contratti*, cit., 119 s.; L. CAVALAGLIO, *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006, 10 s., 119, in cui si giustifica l'assunto della tipicità dei procedimenti formativi del contratto anche secondo una prospettiva di tutela, dacché «attraverso la negazione dell'inderogabilità dei tradizionali procedimenti di conclusione del contratto (…) si rischia (…) di fornire un'articolata copertura all'arbitrio di una parte, dimenticando la necessità di certezza e sicurezza nelle regole di validità del negozio: il tutto, poi, proprio nel settore ove è invece maggiormente giustificata la 'costruzione di carattere logico-formale' dell'apparato normativo e sentita l'esigenza di formalizzazione e di garanzia data dal conoscere senza dubbi se, quando e come è concluso un contratto». Per una sintesi delle diverse prospettive, cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 4 ss.

rebbe portata propriamente negoziale, utilizzando i percorsi e gli strumenti consueti della negozialità, primo fra tutti l'atto negoziale quale fattispecie impiegata dalle parti per designare e modellare il procedimento formativo di contratti a venire. In questo contesto, l'impiego di una fattispecie negoziale in grado di incarnare le aspirazioni private in ordine al metodo da seguire per la venuta ad esistenza di contratti futuri consente di superare, attraverso un loro diverso inquadramento, i primi due ostacoli posti dalla tradizione.

Il problema della non riferibilità dell'autonomia privata ad altro che alla fattispecie, con la conseguente intrinseca impossibilità di aver cura d'interessi diversi da quelli sostantivi, sfuma di fronte ad un'autonomia privata procedimentale che, servendosi dei veicoli propri della negozialità, si estrinsechi in una fattispecie, appunto, portatrice di interessi propri, ancorché proiettati verso vicende contrattuali future.

Non si pone allora la questione di quale sia il referente strutturale dell'autonomia procedimentale, rappresentato pur sempre da una fattispecie negoziale portatrice di propri interessi finali, ma, con ribaltamento di prospettiva, il problema ricade sul contenuto della fattispecie: se il contratto possa, anziché il rapporto sostantivo finale, disciplinare le vicende di negozi a venire; ciò che in chiave generale è pacificamente ammesso attraverso le figure dei negozi preparatori, normativi, preliminari, e cioè dei negozi di configurazione[7].

Rimane da vagliare l'ammissibilità di una fattispecie configurativa capace di incidere sulla modalità genetica di un vincolo avente natura giuridica: è questa la terza barriera sollevata dalla tradizione contro l'autonomia procedimentale; anch'essa sembra superabile.

Chiarita l'ascrivibilità alla fattispecie contrattuale di un contenuto configurativo[8], l'argomento, da trarre dalle fonti normative, per sorreggere la conclusione negativa dovrebbe essere quello della tassatività delle tecniche procedimentali previste dalla legge, ciò che tuttavia desta perplessità sia in chiave esegetica, stante la mancanza di indicazioni testuali in grado di confortare l'assunto, sia in prospettiva sistematica.

Il sistema delle tassatività trova infatti applicazione nell'ordinamento in presenza di precise ragioni giustificative che impongano la delimitazione e riduzione quantitativa di certe fattispecie[9].

La indicazione legale delle tecniche procedimentali appare invece avere tutt'altra funzione, che è quella della certezza degli scambi, declinata primariamente quale certezza circa la venuta ad esistenza del contratto; di qui la concezione normativa – contrapposta a quella naturalistica – dell'accordo, e l'affidamento di esso a precise regole condensate nel procedimento[10].

Non si pone allora tanto una questione di delimitazione quantitativa dei procedimenti, quasi che nella loro molteplicità vi sia un intrinseco disvalore, ma si persegue una precisa esigenza di certezza attraverso la individuazione *ex ante* delle tecniche e delle regole formative.

In questo quadro, ancora una volta la concezione negoziale del potere di plasmare tecniche o varianti procedimentali diverse da quelle tipiche consente di

[7] Cfr. SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento*, cit., 80 ss., spec. 82, ove, concentrando l'attenzione sulla figura del negozio normativo, la si riferisce espressamente al momento formativo del contratto, il cui «tessuto connettivo (…) è, molto frequentemente, rappresentato da atti o negozi normativi, regolatori del procedimento stesso per un qualche aspetto di questo»; in relazione al c.d. negozio preparatorio, cfr. G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, 2ª ed., Milano, 1991, 255 ss., e altresì E. PEREGO, *I vincoli preliminari al contratto*, Milano, 1974, 15 ss., 39 ss.; G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, 108 ss. si riferisce alla categoria del c.d. negozio di configurazione; nel medesimo senso A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 425 ss. V. inoltre, anche in prospettiva storica, L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1155 ss.

[8] V. ancora sul punto G. PALERMO, *op. cit.*, 115, ove si afferma che «sul piano dell'efficacia, la categoria del negozio configurativo non può essere disgiunta da quella che (…) è la fondamentale caratteristica dell'atto negoziale: la sua *naturale dispositività*, e cioè l'attitudine ad incidere sulle contrapposte sfere dei paciscenti, dettando una nuova disciplina degli interessi in gioco, ovvero *foggiando i peculiari parametri di rilevanza formale o di valutazione sostanziale, alla cui stregua l'operazione è destinata a realizzarsi* attraverso corrispondenti comportamenti. Intesa nel primo significato – come potere di composizione degli interessi in conflitto attraverso una regola, avente natura di precetto – tale dispositività contraddistingue l'atto impegnativo (e cioè il *contratto tout court*: arg *ex* artt. 1321, 1372 c.c.), in ragione del concreto contenuto che l'atto stesso esprime». Ne segue che «attuata dalle parti una determinazione in senso negoziale dei parametri tecnico-giuridici, alla cui stregua il procedimento contrattuale è destinato a svolgersi, resta esclusa la riconducibilità del procedimento stesso a parametri diversi, perché le parti hanno già espresso una propria valutazione in ordine ai (criteri di composizione dei) propri interessi e codesta valutazione (…) è *lex contractus*». Nel medesimo senso A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 426, che pone in risalto come il negozio configurativo abbia «una forza vincolante identica a quella riconosciuta ad un qualsiasi contratto».

[9] Si pensi ad esempio ai diritti reali di godimento, sulla cui tipicità e le relative ragioni, storiche e presenti, cfr. F. GAZZONI, *Manuale*, cit., 247 s. Inoltre, per quanto l'argomento testuale non sia mai risolutivo, vale aggiungere che, laddove accoglie un principio di tipicità, la legge si rende solitamente assai chiara, come ad esempio in tema di modi di acquisto della proprietà, allorché si affiancano a quelli specificamente elencati gli «altri modi stabiliti dalla legge» (art. 922).

[10] Cfr. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 26; cfr. altresì A. DI MAJO, Principles *dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, cit., 284.

scongiurare il rischio di un disallineamento tra l'autonomia privata procedimentale e l'ordinamento: estrinsecata nel negozio configurativo procedimentale, la libertà privata non trasmoda ad arbitrio incontrollabile, ma pone anzi precise regole la cui esistenza, al pari della previsione normativa di procedimenti tipici, garantisce la certezza in ordine all'insorgenza del vincolo contrattuale[11].

Su questo binario, rimane se mai da indagare la necessità di ravvisare dei limiti all'autonomia procedimentale, traendoli dal contenuto delle regole e dei principi legali sulla formazione del contratto; ma è questo un diverso problema che suppone l'autonomia procedimentale anziché negarle spazio e cittadinanza.

3. Fenomenologia della formazione del contratto e rapporto tra attività procedimentali e contenuto negoziale nel sistema municipale e nell'ordinamento aperto.

Superate le perplessità tradizionali, si pone la questione di impiantare l'edificio dell'autonomia procedimentale, verificandone e precisandone meccanismi tecnici e moduli.

Appare utile, a questo fine, osservare il fenomeno della formazione del contratto nella prospettiva evolutiva che, muovendo dall'ordinamento interno, conduce al diritto uniforme, e particolarmente al diritto europeo.

La disciplina municipale sembra sviluppare una precisa contrapposizione, riscontrabile anche nella dimensione delle patologie, tra le attività propriamente procedimentali, proiettate alla genesi del vincolo, e quelle – concomitanti e talvolta fattualmente coincidenti con le prime – volte a modellare il contenuto della fattispecie negoziale.

Da un lato, il compimento della sequenza di atti e comportamenti tratteggiata dalla legge induce di per sé l'effetto formativo, sicché la nascita del vincolo contrattuale dipende esclusivamente dalla integrazione dello schema richiesto. Dall'altro, nel mentre pongono tale attività, le parti curano di plasmare il regolamento, discutendo dei contenuti della fattispecie e modellandola, e ciò al di fuori dell'orizzonte effettivamente procedimentale[12].

[11] È pur vero che, in ragione degli effetti riflessi di taluni contratti, le relative vicende formative potrebbero avere un qualche rilievo per i terzi, ad esempio ai fini della valutazione della consistenza del patrimonio del debitore in base all'art. 2740, per l'azionamento dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale da parte del creditore e, più in generale, rispetto alle vicende traslative e alla circolazione dei beni riconducibili ai contratti ad effetti reali. Sicché, pur garantendo tra le parti le auspicate ragioni di certezza, una regola privata sulla formazione del contratto potrebbe incidere negativamente sui terzi, costretti ad una situazione di dubbio, se non di ignoranza, sulla venuta ad esistenza del contratto. Tuttavia, taluno ha posto in risalto come il procedimento di formazione abbia la esclusiva funzione di determinare le modalità per la nascita del contratto, fissandole al fine di un contemperamento delle sfere delle parti in conflitto; sicché nell'interesse dei contraenti – e non di altri – avviene la posizione, secondo le esigenze di certezza, delle regole formative. L'eventuale interesse dei terzi per la vicenda contrattuale va perciò ricondotto ad altri dati – in particolare, la produzione e modulazione dell'effetto traslativo – e perseguito attraverso altri strumenti – come la pubblicità. Ma deve escludersi che l'effetto indiretto rispetto ai terzi delle regole sulla formazione del contratto, consistente nel consentire a chiunque un'oggettiva valutazione sulla venuta ad esistenza del contratto *inter alios*, possa di per sé costituire intralcio al riconoscimento di un'autonomia privata procedimentale. Cfr. sul punto G. PALERMO, *op. cit.*, 66.

[12] La distinzione tra le due prospettive che vengono in rilievo nella dimensione precontrattuale non vuole affatto negare che il contenuto della fattispecie già formata dipenda dagli esiti dell'attività procedimentale svolta dalle parti e, in particolare, dal portato oggettivo degli atti procedimentali; è chiaro, anzi, che in sede formativa le parti hanno a cuore e tendono a modellare proprio il regolamento finale riconducibile alla fattispecie. In realtà, nella dimensione del procedimento prendono forma due diversi profili afferenti alla conclusione del contratto: da un lato quello propriamente formativo, attinente all'insorgenza della regola, all'*an* dell'impegno; tale profilo ripudia qualsiasi commistione con l'orizzonte della fattispecie e, quanto al contenuto degli atti che lo caratterizzano, rileva esclusivamente a fini formativi, secondo le regole procedimentali. D'altra parte, sempre in sede precontrattuale, le parti prendono in considerazione un progetto di contratto, eseguono un «atto di presentazione di un contenuto normativo» (SALV. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, 83), che inciderà sul contenuto della successiva fattispecie negoziale all'esito della venuta ad esistenza del contratto per la conclusione del procedimento. I due profili della conclusione del contratto – venuta ad esistenza della regola ("*an*") e fissazione del contenuto della fattispecie – spesso si sovrappongono nelle medesime attività. E tuttavia del tutto distinto ne rimane il significato giuridico, che si coglie nel rilevare l'autonomia dell'esito formativo dalle questioni relative alla fissazione del contenuto della fattispecie; il contratto potrà dirsi formato in esclusiva relazione alle regole sulla formazione, indipendentemente da quali possano essere gli aspetti di contenuto della fattispecie, come dipendenti anch'essi dagli atti pre-contrattuali delle parti. Così, il fatto che le medesime attività poste in essere con attitudine formativa consentano altresì di individuare il successivo contenuto della fattispecie in nulla incide sulla circostanza per cui il giudizio sulla formazione del contratto è del tutto indipendente da quello relativo alla individuazione del contenuto del contratto formato. Per la netta distinzione di tali profili, cfr. P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, cit., 22 s.; ID., *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *Foro padano*, 1968, 482: «Ecco dunque i due profili cui si accennava. Fermo restando che si tratta di entità scindibili solo in via d'ipotesi di lavoro occorre distinguere fra: a) attività con cui le parti dettano i termini della regola contrattuale, e b) attività con cui le parti si sottopongono, in modo vincolante, alla regola dettata da esse stesse». Il riferimento ai due profili rinvenibili nella fase di formazione del contratto è indicato anche da G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 101, ove si legge che «sebbene la prospettiva del procedimento sia autonoma da quella della fattispecie, nella quale emerge il tipo con gli effetti che lo caratterizzano, non c'è dubbio che gli atti procedimentali, mentre articolano e chiudono la sequenza, apprestano il contenuto dell'operazione econo-

Le due attività, riconducibili ad altrettanti profili della conclusione del contratto ed espressive di declinazioni diverse dell'autonomia privata [13], sembrano trovare distinzione anche nell'area delle imperfezioni: i difetti delle attività procedimentali vere e proprie impediscono la venuta ad esistenza del contratto, mentre i vizi del contenuto della fattispecie inducono la nullità di un contratto che per definizione si è formato[14].

La distinzione tra i due profili consente di indicare in modo più preciso i caratteri del procedimento, il quale si sostanzia nel solo schema formale che lo sviluppa, depurato dei contenuti e degli attributi dei singoli atti di cui esso si compone[15]. Gli uni e gli

mica secondo le determinazioni delle parti». Cfr. anche A. TRABUCCHI, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992, 18 s., 25, 29, in cui, nella distinzione dell'accordo sul "se" da quello sul "come" del contratto, si inserisce anche il tema della c.d. "attitudine vincolativa" degli atti procedimentali, ovvero della volontà di vincolarsi giuridicamente; cfr. anche SALVESTRONI, *Note in tema di forma, formazione e struttura dei contratti*, cit., 31 s., ove si distingue il momento "normativo" corrispondente alla predisposizione della regola, da quello "volitivo" di volontaria determinazione del vigore della regola.

[13] Cfr. P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, cit., 22, il quale richiama, a fondamento della distinzione tra tali due profili, la dottrina tedesca che pone la differenza tra la "libertà di decidere se si vuole o non si vuole concludere un contratto" (c.d. *Abschlussfreiheit*) e quella di "determinarne la *inhaltliche Gestaltung*".

[14] Cfr. in particolare SALVESTRONI, *op. cit.*, 36; nonché G.B. FERRI, *Considerazioni*, cit. 193, 202 ss., il quale risolve nel senso indicato nel testo l'annosa questione del c.d. "contenuto minimo" del contratto, e cioè di quale debba essere l'ampiezza dell'accordo delle parti: quanti e quali elementi della futura fattispecie esso debba abbracciare per poter indurre l'effetto genetico del contratto. Il dibattito, come noto, ha contrapposto la tesi secondo cui la venuta ad esistenza del contratto non potrebbe prescindere da un accordo su tutti i punti, anche secondari, venuti in rilievo tra le parti, a quella che, teorizzando la c.d. "formazione progressiva del contratto", individua la nozione di "contenuto minimo del contratto", sul quale l'accordo dovrebbe ineludibilmente ricadere a fini formativi, potendo il resto del regolamento, se non completato dalla legge, formare oggetto di successiva intesa tra i contraenti. Nel primo senso, SCIALOJA, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1909, I, 477 ss.; CANDIAN, *Questioni in tema di formazione dei contratti*, *ivi*, 1916, I, 854 ss.; nel secondo, CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, *ivi*, 1916, II, 108 ss.; ID., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, *ivi*, 1917, I, 339 ss. Cfr. altresì PACCHIONI, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, *ivi*, II, 1908, 148 ss.; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale* "per relationem", *ivi*, 1964, II, 192 ss. La medesima contrapposizione di vedute sembrerebbe emergere anche in giurisprudenza, se pure, secondo taluno, in conseguenza di alcune massime ingannevoli, se non mentitorie: tale è il rilevo è di P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, cit., 213 s., il quale pone in risalto come la più gran parte delle sentenze massimate con l'affermazione del principio di necessità dell'accordo su tutti i punti venuti in discussione tra le parti abbia in realtà riferimento a casi nei quali si contendeva non tanto sull'estensione del consenso, sibbene sull'interpretazione della riserva di trattare ulteriormente per conseguire l'accordo sui punti ancora in discussione; onde l'affermazione della non conclusione del contratto a fronte di una valorizzazione dell'atto di riserva, anziché della mancanza di accordo su taluni dei punti in discussione fra i contraenti. Sarebbe stato dunque l'equivoco indotto da tali massime a dar vita al filone che afferma, per la venuta ad esistenza del contratto, il necessario accordo delle parti su tutti i punti discussi. Cfr. in tal senso Cass., 24.10.2003, n. 16016, in *Guida dir.*, 2003, 50, 44. Il riferimento alla formazione progressiva del contratto, d'altra parte, si rinviene diffusamente in giurisprudenza. Cfr. su tutte Cass., 7.1.1993, n. 77, in *Contr.*, 1993, 142, con nota di V. FRANCESCHELLI, *La formazione progressiva del contratto*. Con riferimento espresso al c.d. "contenuto minimo del contratto", Cass., 18.2.1967, n. 408, in *Foro pad.*, 1968, I, 485, con nota di P. VITUCCI, *Contenuto minimo*, cit. Vale rilevare peraltro come la nozione di "formazione progressiva del contratto", coniata da Carnelutti, fosse da questi utilizzata in senso differente da quello oggi invalso. L'A. si riferisce infatti all'ipotesi in cui il contratto sia già sorto tra le parti, le quali abbiano riservato il successivo accordo su taluni punti. La formula viene invece oggi adoperata prevalentemente per indicare i vincoli preliminari – proposta irrevocabile, opzione, contratto preliminare, patto di prelazione – che conducono, progressivamente, all'insorgenza del contratto; sicché la nascita del contratto costituisce, secondo tale prospettiva, l'ultimo passo della formazione progressiva indicata. Per converso, nella nozione accolta dall'A., la genesi del contratto rappresenta il primo passo della c.d. formazione progressiva. Rileva tale differenza lessicale G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, 199, nota 6. Da segnalare infine l'esistenza di una corrente di giurisprudenza che effettivamente ritiene concluso il contratto in conseguenza dell'accordo sui soli elementi essenziali della fattispecie. Il rilievo è tuttavia suffragato dalla valorizzazione non tanto di aspetti oggettivi, quanto dell'elemento volitivo dei contraenti, e cioè della loro chiara intenzione di volersi vincolare anche in mancanza di intesa su tutti i punti contrattuali. Cfr. Cass., 29.3.1995, n. 3705, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Contratto in genere*, n. 269; Cass., 7.1.1993, n. 77, cit.; Cass., 17.10.1992, n. 11429, in *Arch. civ.*, 1993, 301. Cfr. in tema A. ORESTANO, *I vincoli nella formazione del contratto: l'esperienza italiana e le prospettive di diritto europeo*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 175 s.

[15] Cfr. M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, *Diritto e processo civile*, Napoli, 1972, 558. Tale conclusione consente di superare la tesi tradizionale che postula il necessario attributo della completezza in relazione alla proposta contrattuale, la quale dovrebbe contenere tutti gli elementi del futuro contratto. In tema, cfr. A. D'ANGELO, *op. cit.*, 53; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 101; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 215; A. RAVAZZONI, *op. cit.*, 106 s.; BERNARDI, *Contratto (Conclusione del)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, diretta da S. Patti, IV, Milano, 2007, 172; cfr. inoltre, per le posizioni della dottrina formatasi sul codice previgente e sul codice di commercio, G. CARRARA, *op. cit.*, 135 ss., il quale peraltro non si appiattisce su una nozione di completezza della proposta riconducibile alla circostanza che «la proposta debba presentare il contenuto completo del contratto», ma ritiene soddisfatto tale requisito – considerato ineliminabile – anche allorché un elemento del futuro contratto, pur non espressamente designato dal proponente, «è tuttavia voluto e determinato mediante la remissione alla volontà dell'altra parte». Il postulato della completezza della proposta viene dunque collocato in una prospettiva diadica, che tiene conto della struttura binomiale del procedimento proposta-accettazione. E tuttavia, riconosciuta l'estraneità dei dati di contenuto rispetto alla

altri rilevano ai fini della configurazione del contenuto e della forma della fattispecie, ma non incidono sulla genesi del contratto se non in presenza di regole – quali la conformità – che attraggano nella dimensione procedimentale dati contenutistici[16].

Proprio perciò, al di là di eventuali regole procedimentali costruite sul contenuto degli atti prenegoziali, l'ordinamento interno non sembra postulare alcun requisito contenutistico o quantitativo dell'accordo ai fini della venuta ad esistenza del contratto: la quale dipende esclusivamente dal completamento della sequenza prevista dalla legge.

Un diverso orientamento sembra emergere nel contesto del diritto uniforme ove, attraverso i passaggi segnati dalla Convenzione di Vienna e dal *Draft del Common Frame of Reference*, si raggiunge un parziale mutamento di prospettiva.

Nella Convenzione di Vienna, che pure costruisce la formazione del contratto intorno alla sequenza di atti e fatti idonei a dar vita al vincolo contrattuale, e cioè intorno al procedimento[17], taluni atti procedimentali vengono, pur nella loro funzione squisitamente procedimentale, riempiti di contenuti sostantivi.

È il caso della proposta, per la quale è richiesta la sufficiente precisione (art. 14, par. 1), ricondotta ad elementi di contenuto della fattispecie quali i beni, la quantità, il prezzo.

La previsione sottopone uno degli atti del procedimento ad un vaglio quantitativo di contenuto il cui impatto effettivamente procedimentale trova conferma nella espressa esclusione del tema della validità dall'ambito di competenza della Convenzione (art. 4).

Sembra dunque registrarsi un primo mutamento di prospettiva nella configurazione del rapporto tra procedimento formativo e modellazione del contenuto del contratto: ciò che riguarda la fattispecie e rileva ai fini della validità nell'ordinamento municipale, viene attratto nella Convenzione di Vienna nella dimensione del procedimento, incidendo sulla venuta ad esistenza del contratto[18].

Ancor più in là sembra spingersi il *Draft* del *Common Frame of Reference* nel quale, pur a fronte di un'articolata disciplina relativa alle principali tecniche formative del contratto, si afferma icasticamente che, senza necessità di altri requisiti, il contratto è concluso quando le parti (a) hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente o di produrre altri effetti giuridici e (b) hanno raggiunto un accordo sufficiente (art. II 4:101)[19].

---

dimensione genetica del vincolo, ed indicati gli atti procedimentali quali nude sagome indifferenti agli attributi qualitativi e quantitativi, anche il riferimento alla completezza della proposta è destinato a cadere. Cfr. in proposito G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 101 ss., specie 103, ove si legge che «la proposta deve presentare tale contenuto, variabile a volta a volta, da consentire la conformità»; v. anche RIZZI, *op. cit.*, 278 e nota 25.

[16] Cfr., su tutti, P. VITUCCI, *I profili della conclsuione*, cit., 255; A. BELLELLI, *op. cit.*, 124 s. In forza della regola della conformità, il contenuto degli atti procedimentali assume rilievo in prospettiva formativa; e tuttavia il relativo giudizio ha portata esclusivamente relativa, cioè rivolta al confronto tra i contenuti dell'uno e dell'altro atto prenegoziale, giammai assoluta, come invece postulato dalle tesi della completezza della proposta e del contenuto minimo del contratto.

[17] Su tutti, G. BENEDETTI, *Art. 4*, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili, Commentario*, coord. da Bianca, Padova, 1992, 12.

[18] Osservando la disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna, può forse affermarsi allora che i due diversi profili della formazione del contratto – la genesi del vincolo attraverso la sequenza degli atti a questo ordinata, la modellazione del contenuto della fattispecie – vengano a trovare un espresso momento di compenetrazione attraverso il requisito della sufficiente precisione della proposta; dacché, in carenza della indicazione nella proposta dei requisiti di contenuto prescritti dalla norma, prima della validità del contratto, ne sarebbe pregiudicata la stessa venuta ad esistenza. Vale rilevare come le permeazioni contenutistiche del procedimento, veicolate dal canone della sufficiente precisione della proposta, incidano in realtà sulla definizione di un connotato del singolo atto procedimentale. Se è vero così che il procedimento indicato nella Convenzione di Vienna si apre ai contenuti, segnando la sensibilità del momento formativo del contratto ai dati oggettivi della fattispecie, è altresì vero che ciò accade, tecnicamente, per il tramite degli atti procedimentali che lo compongono – segnatamente la proposta. Sicché, precisamente, è la proposta che subisce la contaminazione contenutistica che s'è indicata. Cfr. in proposito SINISCALCHI, *Formazione del contratto e determinazione del prezzo nel diritto uniforme della vendita internazionale*, Napoli, 2001, 67, che affronta la questione nel quadro della più ampia tematica del rapporto tra l'art. 14, par. 1 e l'art. 55 della Convenzione di Vienna; tale ultima disposizione, fissando le modalità per la determinazione del prezzo in caso di mancata indicazione dalle parti, pone un enigma, variamente risolto dalla dottrina, nella combinazione con l'art. 14, par. 1, il quale designa invece il prezzo quale elemento contenutistico di una proposta sufficientemente precisa, facendovi dipendere la formazione del contratto.

[19] La disposizione riproduce il testo dell'art. 2:101 (1) dei *PECL*, con qualche aggiustamento reso necessario dalla diversa concezione del *contract* quale fonte di effetti giuridicamente rilevanti, anche traslativi, e non esclusivamente di obbligazioni. Sull'inquadramento del fenomeno contrattuale nell'ambito dei *PECL*, cfr. ampiamente C. CASTRONOVO, *Prefazione all'edizione italiana*, in *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, a cura di Castronovo, Milano, 2000, XIII ss.; ID., *I Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II. Breve introduzione e versione italiana degli articoli*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 249 ss.; ID., *Il contratto nei 'Principi di diritto europeo'*, in *Il contratto e le tutele*, cit., 30 ss.; ID., *Verso un codice europeo: i Principi di Diritto Europeo dei Contratti*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 111 ss.; S. MAZZAMUTO, *I principi di diritto europeo dei contratti nel canone di Carlo Castronovo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 847 ss.; A. DI MAJO, *Il contratto e l'obbligazione nei principi*, *ivi*, 2002, 883 ss. In riferimento alla disposizione dell'art. 2:101 (1) dei *PECL*, la dottrina non ha mancato di precisare che la norma, pur collocata nel Capitolo dedicato alla formazione del contratto, contiene in realtà l'indicazione degli elementi della fattispecie contrattuale, costituendo omologo dell'art. 1325 c.c.; tanto

Quest'ultimo viene poi definito in relazione all'idoneità dell'accordo a consentire la individuazione degli effetti del contratto, e cioè sulla base di dati sostantivi, riguardanti il contenuto della fattispecie[20].

La prospettiva della Convenzione di Vienna pare dunque sviluppata ulteriormente, conducendo una ancor più intensa osmosi tra i due cc.dd. profili della conclusione del contratto: i dati relativi al contenuto negoziale vengono utilizzati nel *Draft* non già per delineare i requisiti di uno degli atti del procedimento (la proposta nella Convenzione di Vienna), sibbene per formulare un distinto giudizio – di sufficienza dell'accordo – pur sempre necessario ai fini dell'effetto genetico contrattuale: il contratto è formato solo in presenza di un accordo sufficiente.

Il tutto è pienamente coerente con il sistema delle invalidità che, espressamente considerato dal *Draft*, vede espunta la nullità strutturale dal novero delle invalidità, con l'attrazione dei difetti del contenuto negoziale entro la dimensione formativa del vincolo[21].

Sembra risultarne un ribaltamento di prospettiva, in forza del quale è richiesto un preciso contenuto sostantivo ai fini della venuta ad esistenza del contratto il cui difetto, anziché sulla validità, incide sulla stessa genesi del vincolo.

In questo quadro, il preminente e risolutivo giudizio sulla sufficienza dell'accordo non emargina la dimensione procedimentale: la sufficienza, pur determinante per la venuta ad esistenza del contratto, ha infatti quale termine o punto di incidenza un accordo già formato, del quale l'ordinamento prescrive una data qualità – la sufficienza – per ricondurvi l'effetto genetico contrattuale.

La formazione dell'accordo, pregiudiziale alla valutazione della sufficienza, è affidata proprio alle attività procedimentali, governate dalle loro regole e dai loro principi, affatto distinti da quelli che riguardano la sufficienza. Se quest'ultima configura così un giudizio sul dover essere dell'accordo, modellato secondo criteri di contenuto, le attività procedimentali riguardano invece le meccaniche per la venuta ad esistenza, e dunque l'essere dell'accordo.

L'attrazione del contenuto negoziale entro la dimensione formativa attraverso il giudizio di sufficienza sembra imprimere un moto all'intero fenomeno della formazione del contratto, moto che può rappresentarsi attraverso l'avanzamento o lo scivolamento in avanti della formazione; la quale, oltre l'esatto compimento delle attività procedimentali, impone il successivo giudizio di sufficienza quantitativa del risultato procedimentale.

---

che l'articolo, a fronte dell'inglese *Conditions for the Conclusion of a Contract*, è rubricato in italiano "*Requisiti dell'accordo delle parti*". Ciò nondimeno, l'integrazione dei predetti elementi induce l'effetto giuridico della conclusione del contratto, sicché una loro assenza impedirebbe a sua volta la venuta ad esistenza del contratto, e dunque proprio la sua formazione. Cfr. in tal senso C. CASTRONOVO, *Prefazione*, cit., XXII; ID., *Il contratto nei 'Principi di diritto europeo'*, cit., 794; G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 318;C. RESTIVO, *La conclusione del contratto nei Principi di diritto europeo dei contratti e nel codice civile italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 885; A. DI MAJO, *Accordo contrattuale e dintorni*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, I, Napoli, 2008, 569, ove si afferma: «Per la formazione del contratto occorre che l'accordo sia 'sufficiente' perché il contratto possa avere esecuzione. La conseguenza è che non si tratterà di fulminare di nullità (per carenza di elementi della fattispecie) un contratto con accordo 'insufficiente' bensì di constatare che non si è 'formato' un contratto tale da renderne possibile l'esecuzione».
Quanto alla "volontà di vincolarsi giuridicamente", essa equivale a nient'altro che all'*animus contrahendi*, cioè all'attitudine vincolativa posta alla base delle dichiarazioni e delle altre attività precontrattuali delle parti. Cfr. in proposito, su tutti, A. D'ANGELO, *Proposta e accettazione*, cit., 32 ss. Più che vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie, tale volontà di vincolarsi giuridicamente appare dunque una mera qualità delle dichiarazioni e degli atti posti in essere dalle parti; i quali, per produrre l'effetto formativo loro assegnato, devono essere sorretti da un adeguato elemento soggettivo consistente nell'intento delle parti di vincolarsi su di un piano propriamente giuridico. L'accertamento dell'esistenza del requisito in esame è affidato ad una valutazione di fatto ricadente sulle dichiarazioni e sulla condotta di ciascuna parte, da compiersi in base al canone della ragionevolezza secondo la comprensione dell'altra parte (art. II 4:102 *DCFR*, già art. 2:102 *PECL*).

[20] Cfr. G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 461 s., in cui si pone in risalto che la sufficienza dell'accordo, come ricollegata agli effetti ed alla esecuzione del contratto, si riferisce a dati appartenenti alla dimensione funzionale del contratto. E così, «la stessa idea di *sufficienza* (che si esprime nell'esigenza che l'accordo abbia, appunto, tale carattere) evoca una *relazione* tra il contenuto contrattuale (nelle clausole in cui si articola) che le parti hanno concordato e le finalità che esse si ripromettono, tramite questo, di realizzare». In tale prospettiva, l'accordo sufficiente è da ricondurre al fatto che «la regola concordata risulta, in concreto, perfettamente *idonea* (e *funzionale*) a far realizzare ai contraenti le finalità cui tendevano; come tale, essa appare eseguibile». Cfr. già ID., *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 905.

[21] C. RESTIVO, *op. cit.*, 909, 915, il quale dice dello «slittamento del problema della completezza dell'accordo dal piano della validità, sul quale deve essere collocato nella sistematica del codice, a quello del suo perfezionamento»; e in riferimento all'accordo sufficiente: «questa soglia minima (…) reintroduce, ponendola però sul piano della formazione del contratto, quella valutazione della concreta eseguibilità dell'accordo che il codice compie, attraverso la lente della determinatezza dell'oggetto, sul piano, logicamente successivo, della validità del contratto»; A. DI MAJO, *Accordo contrattuale e dintorni*, cit., 569. Per le ragioni ed il significato dell'espunzione delle nullità strutturali dal pelago delle invalidità previste nei *PECL* (ed oggi nel *DCFR*), cfr. A. GENTILI, *I principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 56; nonché C. CASTRONOVO, *Prefazione*, cit., XXVI.

Ecco, proprio questa diversa strutturazione del momento formativo contrattuale sembra legittimare in chiave sistematica l'edificio dell'autonomia privata procedimentale.

Attratti entrambi i cc.dd. profili della conclusione del contratto nella dimensione genetica, e affermato il valore risolutivo del secondo di sufficienza contenutistica dell'accordo, il momento propriamente procedimentale, pur preliminare allo spiegarsi del giudizio di sufficienza, perde ogni rigidità, schiudendosi alla mobilità e alla varietà, pur nella necessaria tensione all'accordo sufficiente.

4. Inquadramento funzionale e limiti dell'autonomia privata procedimentale.

In questo scenario, la libertà di procedimento, configurata alla stregua di vero e proprio potere di autonomia privata, non può sfuggire a regole e limiti.

Limiti interni o strutturali, innanzi tutto, che si ricavano dall'intrinseca natura delle attività procedimentali e dal preciso ruolo che l'ordinamento attribuisce loro nella prospettiva, già accennata, di conferire certezza al momento formativo contrattuale[22].

E così, è necessario che il negozio configurativo individui regole certe e precise per il compimento e l'esaurimento delle attività procedimentali; come è necessario che le varianti e le tecniche innominate siano rispettose del principio di conformità, il cui ossequio costituisce intima ed immanente prerogativa di qualsivoglia attività protesa alla creazione di un vincolo contrattuale.

Oltre che dall'analisi strutturale e teleologica della disciplina sulla formazione del contratto, tali conclusioni trovano testuale conferma nel *Draft*, laddove si stabilisce l'applicazione delle disposizioni previste per il procedimento del dialogo di proposta e accettazione anche nei casi in cui il contratto venga a conclusione in modo diverso (art. II 4:211, già art. 2:211 *PECL*); ciò che non solo conferma implicitamente l'apertura dell'ordinamento a tecniche procedimentali diverse da quelle tipiche, ma esprime altresì una precisa regola, in forza della quale le norme sul procedimento dialogico, e anzitutto la conformità – pur nella concezione attenuata che il *Draft* ne accoglie – costituiscono riferimento anche per i procedimenti atipici, che vi si ispireranno «con gli opportuni adattamenti»[23].

Ai limiti intrinseci, che l'autonomia procedimentale reca in sé, vanno affiancati quelli esterni od estrinseci, imposti da altre regole e principi di legge, con i quali il potere privato è chiamato a confrontarsi nel tradizionale riparto di competenze tra autorità e libertà.

Ancora una volta, la individuazione e perimetrazione di tali limiti può essere apprezzata valorizzando la connotazione negoziale del potere privato di configurazione procedimentale, e cioè esaltando lo strumento negoziale, questa volta nella sua dimensione funzionale.

Oltre il limite della liceità – imposto in relazione a regole e procedimenti inderogabili per legge, quali il recesso in favore del contraente debole[24] – principi come la parità formale delle parti nelle reciproche posizioni di supremazia e soggezione nella fase procedimentale[25], ovvero il ripudio di tecniche futili

(22) Per l'applicazione della distinzione tra limiti interni ed esterni, proprio con riferimento all'autonomia privata, cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 3.

(23) Cfr. G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 322 ss.; e, per il particolare funzionamento della regola della conformità nel contesto dei *PECL*, su tutti, RESTIVO, *op. cit.*, 915 ss.

(24) Dibattuta è, in realtà, la possibilità di identificare, in riferimento alla previsione legale del diritto di recesso, una vera e propria tecnica procedimentale autonoma. L'istituto ha infatti a che vedere anzitutto con il c.d. consenso interno, intendendo tutelare la piena e libera formazione del volere negoziale. E tuttavia, la sua conformazione ed il suo funzionamento lo rendono assai simile al ritiro di un'accettazione, e sembrano conferirgli una vera e propria valenza procedimentale. In tal senso, G. BENEDETTI, *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 351 ss.; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 80 s.; A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 287 ss.; con approfondimento e ricchezza di argomentazione, PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, *passim*. C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e* acquis *comunitario*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 284, indica le norme sul diritto di recesso come "norme sulla formazione del contratto". Nega il valore procedimentale del recesso, tra gli altri, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 268 ss.

(25) Su cui, ampiamente, A. RIZZI, *op. cit.*, 197; e già G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 333. Vale rilevare come la nozione di parità formale nella formazione del contratto vada riferita, in questo contesto, al vero e proprio consenso esterno, e dunque alle attività formali che, fuori dal foro interiore della determinazione volitiva del singolo contraente, conducono secondo i meccanismi procedimentali alla venuta ad esistenza del vincolo contrattuale. In questo quadro, la parità va osservata in riferimento alle attività che le parti sono chiamate ad espletare per dare vita al contratto, ed essa coinvolge sostanzialmente il profilo della determinazione ad opera di ciascuna parte dei contenuti degli atti procedimentali, e la speculare conoscenza delle determinazioni dell'altra parte. Si tratta cioè di una parità propriamente tecnica, che trova il suo momento nella strutturazione del procedimento e nella costruzione della sequenza dichiarativo-comportamentale necessaria per dare origine al contratto. Tale parità è perseguita nel sistema della legge tramite strumenti quali, ad esempio, la recettizietà delle dichiarazioni procedimentali, per assicurare da un lato il controllo delle rispettive attività precontrattuali delle parti, dall'altro il carattere transitivo e strumentale degli effetti degli atti procedimentali. A tale strumento si affianca inoltre la previsione di precisi limiti temporali entro i quali il ritiro degli atti procedimentali può efficacemente avvenire. Tutto ciò serve

possono trovare sintesi nel giudizio di meritevolezza del singolo negozio configurativo[26].

Nei sistemi in cui il giudizio causale è invece posto al margine, come nel *Draft*, al pari della conformità, anche gli altri principi sulla formazione del contratto possono essere ricavati dalla disciplina positiva del procedimento ed applicati in forza dell'estensione legale; ciò che vale anche per principi che non riguardano la meccanica procedimentale vera e propria, ma la posizione delle parti nella fase formativa pre-contrattuale.

In questa prospettiva, la possibilità per le parti di modulare il momento formativo del contratto può rappresentare esplicazione del generale potere di autonomia privata, soggetto sì alle consuete regole e ai limiti posti dell'ordinamento, ma in nessun modo idoneo a configurare inaccettabile *vulnus* rispetto a principi di ordine pubblico.

---

a porre dei precisi bilanciamenti dinamici al ruolo delle parti, proporzionando la loro contestuale posizione di influenza e soggezione nell'attività di formazione del contratto. Ove, per concedere soddisfazione ad interessi strumentali incompatibili con il pieno rispetto della parità formale, la legge ammette un disequilibrio strutturale a favore di una delle parti, al contempo pone dei correttivi patrimoniali agli eventuali esiti procedimentali squilibrati: ciò che accade con il contratto concluso mediante inizio di esecuzione nel caso della mancanza di un pronto avviso al proponente (art. 1327, co. 2); ovvero nel procedimento articolato nello scambio di proposta e accettazione in ipotesi di esecuzione iniziata in buona fede dall'oblato prima della notizia dell'intervenuta revoca della proposta (art. 1328, co. 1). Cfr. su tale tema G. GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo*, cit., 264.

Vale rilevare come di parità delle posizioni dei contraenti nella fase di formazione del contratto si parli anche in altro senso, volendo cioè riferirsi a quelle ipotesi nelle quali il disequilibrio economico e informativo tra i contraenti richieda dei correttivi, o dei veri e propri statuti disciplinari speciali, tesi a garantire la concreta parità delle parti nella diversità delle loro posizioni. In questa accezione, che trae occasione specialmente dalla normativa di derivazione europea, la parità delle parti risulta funzionale alla piena e libera formazione del loro consenso; per questo essa interessa il c.d. consenso interno, e cioè il problema della libera e consapevole determinazione volitiva di ciascun contraente, specie se in posizione di debolezza. In tema, cfr. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.; ID., *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, spec. 83 ss.; ID., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; ID., *Il controllo del contratto da parte del giudice*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 585 ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 53 ss.; ID., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 743 ss.; ID., *La disciplina del contratto nel tempo presente*, *ivi*, 2004, 313 ss.; ID., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, *ivi*, 2003, 241 ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 915 s.; ID., *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 669 ss.; cfr. anche MOSCARINI, *Riflessioni sul tema del "contratto giusto"*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, cit., 617 ss.; nonché G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 809 ss.; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 599 ss. In ordine al rapporto tra consenso interno e consenso esterno, cfr. anche R. DI RAIMO, *Linee evolutive dei procedimenti di formazione dei contratti*, cit., 121 ss., ove si distinguono in questioni di legalità e di legittimità del vincolo quelle rispettivamente afferenti alla formazione del contratto ed alla pienezza del consenso dei contraenti; cfr. anche ID., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., 127 ss., ove si riconduce il giudizio sulla venuta ad esistenza del contratto a criteri esclusivamente formali – di legalità – relativi al c.d. "procedimento in senso stretto", contrapposti a quelli – di legittimità – riguardanti la maturità e libertà del consenso negoziale.

([26]) Cfr. in proposito A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 425 ss., secondo cui il negozio di configurazione procedimentale sarebbe di per sé portatore di interessi meritevoli in quanto tipicamente riconosciuto dall'ordinamento nello schema del patto sulla forma di cui all'art. 1352 c.c.; dello stesso avviso anche LA PORTA, *Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 556. In senso contrario, al di là dell'osservazione che i patti sulla forma esorbitano dall'area di interesse dell'autonomia procedimentale in quanto relativi ad un elemento della fattispecie e non della tecnica formativa del contratto, potrebbe rilevarsi che il negozio di configurazione, più che un tipo negoziale di per sé espressivo di un costante assetto di interessi soggetto in via legale ad una valutazione di meritevolezza, appare più che altro una struttura, od un modulo negoziale, di per sé sostantivamente vuoto, assimilabile – se non parzialmente sovrapponibile (in tal senso G. PALERMO, *Contratto preliminare*, cit., *passim*) – a quella del contratto preliminare. D'altra parte, la mera configurazione, spoglia di qualunque riferimento al contenuto configurato, non sembrerebbe di per sé espressiva di alcun interesse sostantivo, né perciò in grado di connotare un tipo contrattuale consentendo di ritenere soddisfatto *ex ante*, in via legale e con soluzione tipica, il giudizio di meritevolezza sugli interessi.