

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Diritto privato e valori sociali in una
prospettiva diacronica

Giovanni Berti de Marinis, Maria Vittoria Bramante,
Alice Cherchi, Maria Cheri, Corrado Chessa,
Laura d'Amati, Carlo Dore, Maurilio Felici,
Angela Galato, Giovanni Gandino,
Anna Maria Mancaleoni, Marco Manna,
Raimondo Motroni, Rosanna Ortu,
Maria Pia Pignalosa, Giovanni Maria Uda

XXX

2025-2

INSCHIBBOLETH

Luglio - Dicembre

A Eleonora Nicosia

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO, CONTEMPORANEO E DELL'ECONOMIA

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Co-Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Vice-Direttore scientifico

Luigi NONNE (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica G. Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Valerio LEMMA (Università di Roma G. Marconi); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Mirella PELLEGRINI (Università LUISS “Guido Carli”); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Illa SABBATELLI (Università Telematica San Raffaele Roma); Andrea SACCO GINEVRI (Università telematica internazionale Uninettuno); Christoph SCHMID (Università di Brema); Marco SEPE (Università di Roma Unitelma Sapienza); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia); Alberto URBANI (Università Ca’ Foscari di Venezia)

Comitato di redazione

Maria Teresa NURRA (Caporedattrice – Università di Sassari)

Annamaria ABBRUZZESE (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Claudia BENANTI (Università di Catania); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università di Milano Statale); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Maria Alessandra IANNICELLI (Università Roma Tre); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università di Milano Statale); Raimondo MOTRO-

NI (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno); Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Emanuela ANDREOLA (Università Telematica UniCusano); Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Marco BODELLINI (Università di Bergamo); Maria Vittoria BRAMANTE (Università Telematica Pegaso); Maria Novella BUGETTI (Università di Ferrara); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Macerata); Fausto CAGGIA (Università “Kore” di Enna); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Rosa CALDERAZZI (Università di Bari “Aldo Moro”); Valeria CAREDDA (Università di Cagliari); Maria Luisa CHIARELLA (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Alessandro CIATTI CÀIMI (Università di Torino); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Iole FARGNOLI (Università di Milano Statale); Sara CORRÊA FATTORI (Università di Araraquara “UniAra”); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Emanuela FUSCO (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università della Tuscia Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università “Magna Graecia” di Catanzaro); Claudia IRTI (Università Ca’ Foscari di Venezia); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Simone MEZZACAPO (Università di Perugia); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Massimo MIGLIETTA (Università di Trento); Maria Concetta NANNA (Università di Bari “Aldo Moro”); Eleonora NICOSIA † (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München “LMU”); Roberto PUCCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Carmela ROBUSTELLA (Università di Foggia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Pieremilio SAMMARCO (Università di Bergamo); Gianni SANTUCCI (Università di Bologna); Roberto SCEVOLO (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università Ca’ Foscari di Venezia); Domenico SICLARI (Sapienza Università di Roma); Eduardo Cesar SILVEIRA VITA MARCHI (Università di San Paolo “USP”); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”); Elena TASSI (Sapienza Università di Roma); Noah VARDI (Università Roma Tre); Mario VARVARO (Università di Palermo); Paola ZILLOTTO (Università di Udine)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA; Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-688-5

© 2025, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2025, luglio-dicembre, pubblicato online il 30 luglio 2026.

I contributi del presente volume di cui sono autori Giovanni Berti de Marinis, Corrado Chessa, Raimondo Motroni e Maria Pia Pignalosa sono pubblicati a cura di Paoloefisio Corrias e costituiscono la rielaborazione degli interventi presentati in occasione del Convegno “Il diritto civile della finanza: principi, mercato, contratti e sostenibilità. Riflessioni in occasione della pubblicazione del volume I contratti del mercato finanziario di Daniele Maffei”, tenutosi a Cagliari il giorno 9 maggio 2025.

INDICE

Diritto privato e valori sociali in una prospettiva diacronica

LAURA D'AMATI, In memoriam. <i>Eleonora Nicosia</i>	p. 351
GIOVANNI BERTI DE MARINIS, <i>Il neoformalismo nei contratti finanziari</i>	p. 353
CORRADO CHESSA, <i>La responsabilità dell'intermediario per fatto del consulente o del preposto</i>	p. 367
RAIMONDO MOTRONI, <i>L'«oro da investimento» nei canali distributivi bancari</i>	p. 373
MARIA PIA PIGNALOSA, <i>Scommesse autorizzate e razionalità</i>	p. 397
MARIA VITTORIA BRAMANTE, <i>La condizione della donna in epoca romana. Il contributo dei testimoni della cultura materiale e giuridica da Ercolano antica</i>	p. 407
ALICE CHERCHI, <i>Ancora sul perfezionamento del mutuo nel cd. contractus mohatrae: tra divergenze «apparenti» ed elaborazioni bizantine. La riflessione di Stefano</i>	p. 441
MARIA CHERI, <i>Metodologie, esperienze e pratiche della ricerca storico-giuridica: le fonti (Bertinoro 24-26 luglio 2025)</i>	p. 477
CARLO DORE, <i>Patto commissorio, patto marciano e «articolazioni sequenziali» di prestazioni sussidiarie attuative del rapporto obbligatorio</i>	p. 485
MAURILIO FELICI, <i>Schiavi affrancati e relazioni con i patroni a Roma e nelle realtà provinciali dell'impero</i>	p. 511

ANGELA GALATO, <i>Valutazione automatizzata di appropriatezza e tutela dell'investitore</i>	p. 535
GIOVANNI GANDINO, <i>Transizione energetica e terzo settore. Le potenzialità applicative della fondazione di partecipazione nell'ambito delle comunità energetiche rinnovabili</i>	p. 549
ANNA MARIA MANCALEONI, <i>I magazzini generali alla luce della Legge Modello UNCITRAL/UNIDROIT "on warehouse receipts"</i>	p. 561
MARCO MANNA, <i>L'Ars loquendi dell'avvocato. Prime considerazioni tra deontologia e tecnica della persuasione giudiziaria</i>	p. 595
ROSANNA ORTU, <i>Os vitia animi do servus no edito de mancipiis emundis vendundis. Categoria jurisprudencial e tutela do comprador</i>	p. 617
GIOVANNI MARIA UDA, <i>Introduzione a Mario Segni, Autonomia privata e valutazione legale tipica, Padova, 1972</i>	p. 643

Introduzione a
Mario Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*,
Padova, 1972*

Giovanni Maria Uda

Sommario: 1. La questione in esame. – 2. I contegni tipizzati e la loro natura giuridica. – 3. Le figure alternative al negozio giuridico e all'atto giuridico in senso stretto: posizione critica. – 4. La volontà di inserirsi nel traffico giuridico come elemento distintivo tra negozio e atto giuridico in senso stretto: irrilevanza qualificatoria della volontà degli effetti. – 5. Le tutele dell'autore del contegno negli atti giuridici in senso stretto: fattispecie legale e libertà del contegno. – 6. I contegni concludenti. – 7. *Protestatio contra factum non valet*. – 8. Il silenzio. – 9. Sintesi conclusiva.

1. *La questione in esame*

Con la ristampa dell'opera di Mario Segni *Autonomia privata e valutazione legale tipica* viene nuovamente immesso in circolazione, dopo oltre cinquant'anni dalla sua edizione, ciò che forse rappresenta l'unico lavoro dedicato in termini generali al fenomeno della tipizzazione legale delle condotte umane e alla loro capacità di produzione di effetti giuridici, non necessariamente corrispondenti alla volontà del soggetto agente, in base alla valutazione che di tale condotta ha fatto il legislatore¹.

Notevoli sono stati, e ancora sono, i contributi della dottrina relativi a figure che ricadono in tale fenomeno, come – per citarne alcune – l'accettazione tacita di eredità (art. 476 c.c.), il contratto unilaterale (art. 1333 c.c.), la gestione di affari altrui (art. 2028 ss. c.c.) o, in termini più ampi, figure quali il comportamento concludente o il silenzio. Il libro di Segni si distingue per

* Il contributo costituisce l'introduzione alla ristampa anastatica dell'opera di Mario Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica* (Cedam, 1972), pubblicata nelle *Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino*, a cura di P. Perlingieri e G. Perlingieri, Napoli, Esi, 2025.

¹ V. quanto sostenuto da S. nell'opera in esame: «Per indicare tale fenomeno può essere usato il termine di valutazione legale tipica, o, se si preferisce, di comportamenti valutati tipicamente. Si indica così quella che costituisce la caratteristica fondamentale delle fattispecie in questione, e cioè la conformità tra l'intento che nella generalità dei casi sorregge il contegno preso in considerazione dalla legge e la disciplina che l'ordinamento detta per esso» (p. 3).

il tentativo di ricostruire un sistema generale tramite il quale individuare gli spazi di operatività dell'autonomia privata all'interno di un fenomeno caratterizzato dalla previsione legislativa di effetti giuridici slegati (o comunque non necessariamente dipendenti) dalla volontà dell'autore del «contegno tipizzato».

La condotta che S. indica come oggetto di valutazione legale tipica è una condotta *volontaria*, nel senso della volontà dell'azione, e *lecita*, cioè estranea a un giudizio di riprovevolezza e di responsabilità. Gli effetti legali prodotti dalla condotta tipizzata rispondono a esigenze che sono proprie dei rapporti economici e dei traffici commerciali.

L'idea di fondo che muove l'indagine di S. è quella di individuare i criteri tramite i quali distinguere le ipotesi in cui la tipizzazione del contegno di un soggetto operata dal legislatore in base a una propria valutazione può dirsi riconducibile all'autonomia privata, là dove troverebbe applicazione il regime delle tutele negoziali², dalle ipotesi in cui il contegno tenuto dall'agente, viceversa, non è espressivo dell'autonomia privata, con conseguente preclusione delle tutele negoziali medesime. Sicché in quest'ultimo caso rimane aperto il fondamentale problema del *se* e del *come* tali tutele (in favore dell'autore del contegno, ma anche dei terzi) possano essere individuate³.

2. I contegni tipizzati e la loro natura giuridica

Secondo l'impostazione di S., la norma che fonda una valutazione legale tipica descrive un contegno che è idoneo, secondo criteri di normalità (e in ciò sta la *valutazione* del legislatore), a manifestare la volontà dell'autore di realizzare determinate conseguenze giuridiche. Un contegno che può essere talora specifico nella sua previsione normativa⁴, o generico, ma che comunque «sembra idoneo a rivelare una volontà del soggetto diretta [...] a raggiungere le conseguenze previste dalla legge»⁵.

La fattispecie legale, peraltro, non prevede come proprio elemento costitutivo la volontà (delle conseguenze giuridiche) ma il solo contegno materiale⁶.

² Caratterizzato essenzialmente dalla disciplina dei vizi del volere e della capacità naturale (p. 136 ss.).

³ Così scrive criticamente l'A. rispetto alla indiscriminata riconduzione dei contegni tipizzati all'autonomia privata: «la dottrina che considera i contegni valutati tipicamente come atti di esercizio di autonomia privata appare infatti sovente dettata, più che dalla convinzione che tali comportamenti presentino gli elementi caratteristici del negozio, dal desiderio di giustificare la applicazione delle regole negoziali» (p. 15).

⁴ Ad esempio, la distruzione del testamento olografo: art. 684 c.c.

⁵ S., *ivi*, p. 17: art. 476 c.c.

⁶ Afferma S, *ivi*, p. 10 s.: «in questi casi il fondamento delle conseguenze disposte dalla legge non va quindi ravvisato in una volontà diretta alla loro realizzazione, ma in un semplice contegno materiale, sia pure arricchito, nella sua previsione, da numerosi elementi, sovente di natura soggettiva».

Conseguentemente gli effetti stabiliti dalla norma si produrranno anche se l'autore del contegno non li avesse voluti, purché il contegno si sia perfezionato.

Poste queste premesse, l'individuazione della natura giuridica delle fattispecie di contegno tipizzato appare condizionata dalla «non necessarietà» della volontà degli effetti. Infatti, da un lato vi è la difficoltà di qualificare come atto negoziale una fattispecie nella quale la volontà degli effetti è normativamente irrilevante, potendo gli effetti essere prodotti a prescindere da essa; dall'altro lato, e di converso, appare ugualmente difficile assumere la estraneità dall'ambito di esercizio della autonomia privata di atti che regolano un assetto di interessi il quale coinvolge la sfera giuridico-patrimoniale dell'autore della condotta.

Sotto questo punto di vista, l'A. ritiene che alcune condotte tipizzate siano da qualificarsi come atti negoziali, mentre altre ricadano nella categoria degli atti giuridici in senso stretto. La ricerca dei criteri distintivi, con il loro carico sistematico e applicativo, costituisce il nucleo della complessa analisi di S.

3. Le figure alternative al negozio giuridico e all'atto giuridico in senso stretto: posizione critica

In realtà, nota l'A., per lungo tempo la dottrina ha cercato di ricondurre i contegni tipizzati nell'ambito della categoria negoziale, al fine – come si è detto – di applicarvi la relativa disciplina, con finalità anche (e forse soprattutto) di ordine pratico. Nondimeno, le varie teorie che hanno cercato di conseguire un tale obiettivo non sono accolte da S. il quale, in primo luogo, supera le *teorie negoziali* che intendevano ricondurre le valutazioni legali alla figura del «negozio presunto», secondo le quali, posti gli effetti giuridici derivanti dalla norma di legge in base a una mera condotta dell'agente, si poneva una sorta di presunzione di corrispondenza con gli effetti voluti dallo stesso (par. 6-11).

Ugualmente, secondo l'A., la distinzione tra i contegni tipizzati qualificabili come atti negoziali e atti non negoziali non può fondarsi sulla tassatività o meno della valutazione legale: ossia sul fatto che la norma tipizzante consenta o escluda di dimostrare che la volontà del soggetto agente fosse in realtà diretta verso effetti giuridici differenti rispetto a quelli normativamente stabiliti. Impostazione, questa, secondo la quale ove la norma consenta una tale dimostrazione (così confutando la valutazione legale tipica) ci si troverebbe di fronte a un negozio; mentre qualora la escluda (tassatività della valutazione legale tipica) il contegno del soggetto agente sarebbe sempre riconducibile alla categoria degli atti giuridici in senso stretto⁷. Tale tesi, si è detto, non è accolta dall'A.

Non vengono condivise da S. neanche le impostazioni che prospettano le «nuove» figure, rispetto a quelle classiche del negozio giuridico e dell'atto giu-

⁷ S., *ivi*, p. 15.

ridico in senso stretto, del «comportamento socialmente tipico», dei «rapporti contrattuali di fatto» e delle «dichiarazioni legali tipiche».

La prima figura (par. 12 e 13), sviluppata nella dottrina tedesca, sarebbe da ricondurre non alla sfera dell'autonomia privata ma della responsabilità, cui andrebbe incontro colui il quale, colposamente, abbia posto in essere un comportamento «socialmente tipico» atto a ingenerare un ragionevole affidamento nel terzo circa la produzione dell'effetto giuridico. Anche l'effetto giuridico, in un certo senso, sarebbe dotato di una sorta di «tipicità»; tipicità, o quantomeno consequenzialità rispetto al comportamento – sembra di comprendere – che risiederebbe invece nella norma ritenuta applicabile in virtù del significato attribuito al comportamento stesso⁸. Figura, quindi, che proprio per la sua natura diretta fondamentalmente a tutelare in via esclusiva l'affidamento altrui non rappresenterebbe un atto di autonomia privata e dunque, conclude l'A., non consentirebbe di applicare le regole proprie dei negozi giuridici⁹.

Inoltre, sostiene ancora S., la teoria del «comportamento socialmente tipico» trova fondamento nell'affermata operatività del principio di buona fede oggettiva dal quale discenderebbero degli obblighi di rispondere degli affidamenti ingenerati verso terzi; la qual cosa di per sé appare condivisibile ma solo nell'ambito di rapporti giuridici già esistenti¹⁰, salvo non voler ritenere che la responsabilità dovuta al mancato rispetto di un generale dovere di agire secondo i criteri di onestà e lealtà possa essere fonte di rapporti giuridici diretti a regolare assetti di interessi tra le parti. Se così fosse, afferma l'A., si «finirebbe per far perdere ogni significato al concetto di autonomia privata e alle regole sancite per essa dall'ordinamento» (p. 79).

Obiezioni del medesimo tenore sono mosse all'orientamento giurisprudenziale fondato sulla teoria dell'apparenza¹¹, il quale – seguendo questa linea ricostruttiva – farebbe ugualmente dipendere da una condotta (in ipotesi) fonte di responsabilità il regolamento di interessi economici, da riservarsi invece, quest'ultimo, ad atti caratterizzati da volontarietà.

Anche la figura dei «rapporti contrattuali di fatto» non è ritenuta da S. adatta per spiegare il fenomeno della valutazione legale tipica. Infatti, se da un lato l'A., considerata l'evoluzione e la complessità dei traffici economici e commerciali, ammette la necessità di andare oltre le figure del contratto e del negozio così come elaborate in epoche passate, dall'altro lato ritiene che la categoria dei *rapporti contrattuali di fatto*, la quale viene vista anch'essa come una esplicazione del principio di buona fede, sia eccessivamente vaga sotto il profilo strutturale. Infatti, posto che effettivamente esistono nella realtà so-

⁸ Volendo accogliere questa impostazione, afferma l'A. (p. 65), la restituzione del titolo del credito al debitore da parte del creditore configurerebbe un comportamento socialmente tipico in quanto condotta espressiva della volontà di rimettere il debito.

⁹ V. in particolare *op. cit.*, p. 64.

¹⁰ Contrattuali (artt. 1362 e 1375 cc.), obbligatori (art. 1175 c.c.) o anche solo precontrattuali (art. 1337 c.c.): v. *op. cit.*, p. 76 ss.

¹¹ *Op. cit.*, p. 66 ss.

ziale ed economica delle situazioni non corrispondenti alla classica struttura del contratto o del negozio, «la giuridicità di queste ipotesi riposerebbe [...] nella circostanza che esse si sono concretamente realizzate, e quindi nel fatto in sé, nella sua rilevanza sociale, nella importanza che esso assume per la vita di relazione e per il traffico giuridico» (p. 71-72). Una impostazione, questa, che – nota S. – per la sua genericità strutturale non consentirebbe l'elaborazione di una precisa categoria, con «la conseguente difficoltà che ne deriverebbe di stabilire quando un rapporto giuridico sia effettivamente sorto» e ciò «comprometterebbe la certezza e la sicurezza del traffico» (p. 73). In definitiva, l'A. riconosce validità e utilità alla teoria dei rapporti contrattuali di fatto per avere messo in evidenza la necessità di un aggiornamento delle categorie tradizionali (che hanno come elemento discriminante e qualificante la *volontà degli effetti*, potremmo già aggiungere)¹², ma ne sottolinea l'insufficienza sotto il profilo dogmatico, sistematico e anche applicativo¹³.

In una posizione di maggiore apertura, ma sempre in termini critici, si pone S. con riguardo alla teoria delle «dichiarazioni legali tipiche» (par. 14-15). Rileva l'A. come secondo questa impostazione, oltre alle tradizionali figure del contratto e del negozio giuridico, si deve individuare una ulteriore figura: quella, per l'appunto, della dichiarazione legale tipica. Questa ricorrerebbe ogni qualvolta la legge faccia discendere degli effetti giuridici da un determinato comportamento volontario, caratterizzato o meno da una dichiarazione normativamente indicata, senza prendere in considerazione (vale a dire, senza conferire rilevanza giuridica) alla *volontà degli effetti* del soggetto agente. In buona sostanza, il contegno volontario configura la fattispecie legale produttiva di effetti i quali «possono nel singolo caso essere anche in contrasto con l'effettiva intenzione del soggetto» (p. 87).

Ciò, rileva S., ha – secondo la teoria in esame – la funzione di tutelare l'affidamento del terzo e la sicurezza del traffico, mentre dall'altro lato, l'autore del contegno, se non è animato dalla effettiva volontà degli effetti legalmente previsti, risponde per la sua trascuratezza. Inoltre, e per converso, se l'autore del contegno manifesta una volontà contraria alla produzione degli effetti legali

¹² Così S., *op. cit.*, p. 75 s.: «a me sembra in definitiva che la teoria dei rapporti contrattuali di fatto abbia avuto il merito di avere attirato l'attenzione della dottrina su alcuni difficili ed importanti problemi, e in particolare sulla difficoltà che sovente si incontra a dare un rigoroso inquadramento dogmatico a molti fenomeni tipici della vita moderna», tanto che il dibattito su tale teoria ha «costituito uno dei motivi che hanno spinto il legislatore italiano a disciplinare espressamente, nel codice civile vigente, l'ipotesi della prestazione di lavoro attuata in seguito a contratto nullo e quello della società che, seppure irregolarmente costituita, abbia tuttavia svolto una certa attività».

¹³ In altre parole, ritiene S., *op. cit.*, p. 73, che «la teoria in questione finirebbe per svuotare di qualsiasi significato il concetto di contratto, perché la nuova figura produttiva di effetti giuridici, per la sua ampiezza, finirebbe necessariamente per ricomprendere qualsiasi ipotesi in cui vi sia stato un accordo delle parti, e la fattispecie contrattuale acquisterebbe dunque rilevanza giuridica non più in forza del principio dell'autonomia privata, ma grazie ai motivi per cui questi diversi fatti hanno una particolare efficacia».

(es.: il locatore invia la disdetta al conduttore, manifestando la volontà contraria al rinnovo, che vi sarebbe stato in caso di omissione)¹⁴ viene impedito l'effetto *ex lege* in base alla mera dichiarazione.

I fenomeni giuridici appena descritti non sarebbero pertanto coerenti né con la figura del negozio né con quella dell'atto in senso stretto, di modo che, stante la loro previsione normativa, ricadrebbero nella diversa figura della dichiarazione legale tipica.

Come si è detto, S., pur apprezzando l'ampliamento della prospettiva di indagine scaturente dalla teoria della dichiarazione legale tipica, si pone criticamente anche nei confronti di tale teoria.

Tra le varie obiezioni, S. segnala anzitutto la insufficienza della teoria in esame in quanto essa considera irrilevanti, sotto il profilo della fattispecie, la conoscenza da parte del soggetto agente delle circostanze che ne qualificano il contegno, laddove viceversa in alcune ipotesi è proprio la disposizione di legge che, per qualificare il contegno medesimo, a tali circostanze fa espresso riferimento¹⁵.

Sotto un secondo profilo, l'A. afferma la sostanziale identità strutturale dell'atto giuridico in senso stretto e della dichiarazione legale tipica, giacché entrambe prevedono la rilevanza della mera volontà della condotta, la quale non si distingue, tra le due figure, neanche sotto il profilo funzionale¹⁶. Identità di funzione che consente di contestare l'idea che alle dichiarazioni legali tipiche trovino applicazione le regole negoziali, pacificamente non applicabili agli atti giuridici in senso stretto¹⁷.

Infine, secondo l'impostazione critica di S., non appare esatta l'idea che le dichiarazioni legali tipiche siano sempre fonte di regolamenti di interessi intesi come «effetti tipicamente negoziali», posto che tali effetti, o comunque effetti analoghi, possono essere prodotti anche da atti giuridici in senso stretto¹⁸.

S. rifiuta, dunque, la figura delle dichiarazioni legali tipiche, ritenendo che esse, così come prospettate dalla dottrina che la ha elaborata, siano invece riconducibili agli atti giuridici in senso stretto, e quindi non idonee a rispondere ai problemi ricostruttivi, sistematici e applicativi posti dalle norme di tipizzazione delle condotte.

¹⁴ V. l'esempio a p. 88-89.

¹⁵ Il riferimento è alla convalida tacita del negozio annullabile *ex art.* 1444, co. 2, c.c. e alla accettazione tacita dell'eredità *ex art.* 476 c.c. (p. 97).

¹⁶ V. *op. cit.*, spec. p. 100 ss., nelle quali l'A. sostiene l'inesattezza della tesi in base alla quale la volontà del contegno, secondo la figura della dichiarazione legale tipica, si risolverebbe in una decisione, benché indiretta, circa gli effetti giuridici del contegno stesso.

¹⁷ Una divergenza nell'ambito della stessa dottrina che sostiene la categoria della dichiarazione legale tipica, circa l'applicazione delle regole negoziali, con specifico riferimento ai vizi della volontà e alla incapacità naturale (oltre che alle disposizioni in materia di rappresentanza), è rilevata da S., *op. cit.*, al paragrafo 15; la questione sarà poi sviluppata dall'A. in particolare nel capitolo III.

¹⁸ Cfr. S., *op. cit.*, p. 99 s.: «basta ricordare, a questo proposito, che la gestione di affari altrui è fonte di un rapporto sostanzialmente analogo a quello che sorge dal mandato».

4. *La volontà di inserirsi nel traffico giuridico come elemento distintivo tra negozio e atto giuridico in senso stretto: irrilevanza qualificatoria della volontà degli effetti*

Rifiutate le teorie sopra esposte, secondo S. il fenomeno della valutazione legale tipica deve essere inquadrato all'interno delle due categorie classiche: il negozio giuridico e l'atto giuridico in senso stretto. In alcuni casi, queste ipotesi ricadranno nella figura del negozio giuridico, e in altri casi in quella dell'atto giuridico in senso stretto, senza discostarsi da questo binomio.

Precisa, però, l'A. che si tratta di categorie concettuali meritevoli di essere riconsiderate, superando l'idea – che qui si riporta sinteticamente – secondo cui l'atto giuridico in senso stretto si caratterizza per la «volontà dell'azione» e il negozio per la «volontà degli effetti». Al contrario, così come potranno aversi casi in cui l'atto in senso stretto contiene una volontà degli effetti, così anche vi sono negozi in cui una tale volontà difetta. In entrambe le ipotesi, però, vi è una *volontarietà* dell'azione umana.

Nel negozio giuridico la volontà richiesta «non consiste in una volontà alle conseguenze dell'atto, ma in qualcosa di più limitato [...] rappresentato [...] dalla volizione di dettare un particolare assetto di un determinato conflitto di interessi» (p. 123-124), avente la caratteristica «di dettare una nuova sistemazione della sfera giuridica del privato, di predisporre un diverso assetto dei suoi interessi», ossia «*deve avere carattere innovativo*, deve operare una nuova sistemazione della situazione del singolo» (p. 127-129: corsivo nostro). E ciò si ha ogni qualvolta il soggetto intende inserirsi nel traffico giuridico, cosciente (non necessariamente degli effetti giuridici ma) del fatto che il suo contegno consapevole è idoneo a creare un *nuovo* assetto di interessi¹⁹. In ciò si sostanzierebbe l'*autoregolamento* espressione dell'*autonomia privata*.

Viceversa, quando, pur essendovi in ipotesi una volontà di conseguire determinati effetti giuridici, l'intento del soggetto agente è quello di dare attuazione e svolgimento a un rapporto già esistente, nel quale abbia già trovato regolamento il conflitto di interessi (così configurandosi un assetto di interessi già posto), allora si versa in una ipotesi di atto giuridico in senso stretto, che sarebbe al di fuori del campo della autonomia privata.

Riconducendosi, dunque, alle ipotesi di valutazione legale tipica, secondo la ricostruzione di S. il dato discriminante tra negozio e atto in senso stretto starebbe in ciò: che se il soggetto agente ha l'intento di agire per inserirsi nel traffico giuridico, pur senza avere specifica nozione degli effetti giuridici che da

¹⁹ Questa impostazione si ritrova autorevolmente in A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 1 ss., ove tra l'altro si legge, relativamente alla distinzione tra atti negoziali e non negoziali (p. 54): «l'interesse evidenziato dagli atti che vengono ricondotti nello schema della dichiarazione non negoziale non è un interesse *nuovo* per il diritto, un interesse che il diritto sia chiamato a valutare per la prima volta»; per alcuni cenni ID., voce *Efficacia giuridica*, p. 497.

tale condotta scaturiranno, allora la condotta valutata tipicamente dalla legge è da qualificarsi come negozio giuridico; se invece il soggetto agente, che abbia o non abbia volontà di conseguire determinati effetti giuridici, intenda dare luogo allo svolgimento dell'assetto di interessi già esistente, allora il contegno tipizzato ricade nella categoria dell'atto giuridico in senso stretto.

Tra questi ultimi, inoltre – cioè tra i comportamenti tipizzati ricadenti nella categoria degli atti giuridici in senso stretto ove l'intenzione degli effetti è priva di rilevanza giuridica – l'A. indica come atto non caratterizzato dalla volontà degli effetti l'atto di costituzione in mora (sia del debitore che del creditore), giacché la produzione dei relativi effetti si realizza anche in mancanza di volontà dell'intimante.

Invece, tra contegni tipizzati qualificabili quali atti giuridici in senso stretto poiché interni a rapporti e assetti di interessi già insorti, ma al contempo caratterizzati dalla intenzione del privato di conseguire specifici effetti giuridici (volontà degli effetti), S. riconduce, a titolo di esempio, gli atti di istruzione del mandante, gli atti di direzione del datore di lavoro e la *scelta* del debitore nelle obbligazioni alternative di cui all'art. 1286 c.c. (p. 130, 134). Nelle prime due ipotesi il soggetto agente (mandante, datore di lavoro) intende conseguire un effetto (*specificativo o determinativo*, potremmo aggiungere)²⁰ idoneo a concretizzare l'obbligo di controparte; nell'ultima, invece, il debitore della prestazione plurima, con la sua dichiarazione, intende produrre l'effetto di *concentrazione* della prestazione stessa. Questi atti, infine, sulla scorta di una dottrina che pure si distingue sotto vari punti da quella dell'A., sono denominati da S. come *dichiarazioni non negoziali* (par. 24).

5. *Le tutele dell'autore del contegno negli atti giuridici in senso stretto: fatti-specie legale e libertà del contegno*

Posto che la diversa qualificazione del contegno tipizzato, quale negozio o quale atto giuridico in senso stretto, dipende dall'*intento* del soggetto agente, a seconda che esso intento sia diretto a inserirsi nel traffico giuridico, con la consapevolezza di dare luogo a un assetto di interessi «nuovo» (negozio giuridico), oppure a determinare lo svolgimento di un assetto già esistente (atto giuridico in senso stretto), S. si pone il problema del regime delle tutele. Regime che varia a seconda della qualificazione del contegno tipizzato.

Infatti, mentre le regole negoziali trovano naturale applicazione quando la valutazione legale tipica conduca alla qualificazione dell'atto come negozio, non altrettanto può dirsi quando, viceversa, la condotta del privato sia qualificabile come atto giuridico in senso stretto (par. 23-25). Tuttavia, anche in quest'ultima ipotesi può porsi il problema della salvaguardia dell'autore della

²⁰ V. ancora A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, loc. cit., p. 497.

condotta, il quale potrebbe essere condizionato, nel determinarsi verso di essa, da atti di terzi connotati da anti giuridicità (il riferimento è al dolo, alla violenza e all'errore) o dalla propria incapacità di intendere e di volere.

A tale proposito, S. non disconosce la rilevanza che il dolo, la violenza, l'errore e la (in)capacità del soggetto agente possano avere in termini di tutela anche negli atti giuridici in senso stretto, ma, distinguendosi da ampia e autorevole dottrina, ritiene che ad essi non siano applicabili le regole di annullabilità, proprie del negozio²¹, le quali presuppongono che il contegno del privato sia caratterizzato dall'intento di inserirsi nel traffico economico quale atto di autoregolamento di interessi (p. 138).

Quando, dunque, ci si trovi di fronte a un atto giuridico in senso stretto, anche se caratterizzato dalla volontà degli effetti – come negli atti di istruzione del mandante o del datore di lavoro, o della scelta della prestazione nelle obbligazioni alternative – la regola da applicarsi è diversa e discende, sostiene S., dalla stessa norma tipizzante, che prevede un contegno libero, spontaneo e consapevole. In tal caso, infatti, a fronte del condizionamento del contegno da una falsa rappresentazione, da una condotta decettiva altrui o da una altrui minaccia, allora la fattispecie normativa non sarebbe soddisfatta e i conseguenti effetti, ugualmente stabiliti dalla norma in virtù della valutazione effettuata dal legislatore, non sarebbero prodotti (par. 25). Da ciò conseguirebbe in capo a un'eventuale controparte che si renda conto della non spontaneità del contegno del soggetto agente (ad esempio il mandatario o il lavoratore che ricevano istruzioni evidentemente «viziate»²²), un obbligo di astensione da trarsi in base al criterio di diligenza *ex art. 1175 c.c.* o (come ci sembra preferibile) alla clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.*; obbligo la cui violazione potrebbe comportare una responsabilità di tipo risarcitorio (p. 149).

La fattispecie tipizzata, inoltre, precisa l'A., non sarebbe perfezionata neanche nel caso in cui il soggetto agente sia privo della capacità di intendere e di volere (par. 26)²³, trovando quindi – ci sembra di capire – le medesime tutele che si sono dette. A tale proposito S. precisa che se negli atti negoziali è pacificamente necessaria la *capacità di agire*, negli atti giuridici in senso stretto è sufficiente (e necessaria) la *capacità naturale* del soggetto agente, in quanto negli atti in senso stretto, poiché essi non comportano la determinazione di «nuovi» assetti di interessi, «mancano [...] quelle esigenze di tutela del traffico

²¹ Riferendosi alla avversa dottrina, afferma S., *op. cit.*, p. 137, che «l'errore della impostazione proposta non consiste però nell'ammettere che anche la falsa rappresentazione della realtà, la violenza, il dolo o la capacità del soggetto possano influire sulla disciplina dell'atto in senso stretto, ma nel ricorrere, per disciplinare tale ipotesi, alle regole disposte al riguardo per i negozi», aggiungendo che «la disciplina dei vizi del volere e della capacità, così come prevista dal codice civile, non sembra infatti applicabile fuori dell'ambito della autonomia privata».

²² Il termine virgolettato è usato descrittivamente e non è da attribuire all'A.

²³ Cfr. spec. S., *op. cit.*, p. 151: «il comportamento tenuto dall'incapace naturale non può mai costituire atto non negoziale perché non può in alcun modo essere accompagnato dalla volontà richiesta dalla legge».

che nell'ambito dei negozi inducono il legislatore a fissare in maniera precisa il requisito della capacità» (p. 153-154)²⁴.

Il regime delle tutele negli atti giuridici in senso stretto sembra dunque essere di tipo «strutturale», se così vogliamo dire, fondato cioè sulla struttura della fattispecie legale, che postula la libertà, spontaneità e consapevolezza del contegno e che, quindi, non si perfeziona in mancanza di tali presupposti²⁵.

6. I contegni concludenti

Altro argomento, più specifico ma al contempo di ampio respiro sistematico, affrontato da S. è quello della valutazione legale tipica nei «contegni concludenti», con particolare riferimento alla figura della c.d. dichiarazione tacita.

L'A. avverte anzitutto che nelle ipotesi di *contegni concludenti* è rinvenibile un esercizio dell'autonomia privata in quanto il soggetto pone in essere una condotta che si risolve in un regolamento di interessi. Da ciò la qualificazione di essi come negozi giuridici.

Sulla scorta di quanto precedentemente esposto, S. ribadisce che le condotte valutate tipicamente non possono essere qualificate come negozi in base alla sola volontà del contegno (nel qual caso la qualificazione esatta sarebbe quella di atto giuridico in senso stretto); né è sufficiente che alla condotta del soggetto sia attribuito uno specifico significato in base al mero affidamento del terzo e alla responsabilità che conseguirebbe in capo all'agente, giacché un atto di autonomia privata non può fondarsi su una colpa (p. 161). L'A. conferma, inoltre, l'idea che la volontà che caratterizza il negozio non sia la volontà degli effetti, la quale può anche mancare, come ad esempio nel caso della riserva mentale, senza che ciò escluda la natura di negozio giuridico dell'atto (p. 174-175).

Il contegno tipizzato assume una natura negoziale, invece, quando, così come anche nella dichiarazione espressa, «c'è nel privato la consapevolezza di compiere un atto che incide su una determinata situazione giuridica». Con la differenza, rispetto alla dichiarazione espressa, che nella manifestazione tacita perché possa assumersi che il privato abbia una tale consapevolezza «occorre che egli sia a conoscenza della situazione concreta nella quale il contegno va inquadrato, che gli siano note cioè le circostanze che attribuiscono al suo atto un particolare valore» (p. 164).

A tale proposito S. fa l'esempio del *dominus* che dà esecuzione a un contratto concluso dal *falsus procurator* senza sapere della circostanza della con-

²⁴ Sono fatte salve da S. le ipotesi in cui è la legge che prevede espressamente la capacità di agire dell'autore del comportamento, spiegando ciò con le specifiche necessità di tutela che si possono avere in determinati casi, come nella *negotiorum gestio* (*op. cit.*, p. 154).

²⁵ V. *op. cit.*, p. 150 s.: «se la legge pone come presupposto di determinati effetti un comportamento cosciente e volontario, sorretto da un preciso intento di realizzare quel contegno [...] tale intento non può logicamente provenire se non da chi sia nelle condizioni psichiche necessarie per formulare una consapevole volizione».

clusione del contratto. In quel caso l'atto esecutivo non potrà essere qualificato come negozio (e come ratifica) poiché completamente estraneo al contesto di riferimento. Nel caso in cui, al contrario, la circostanza della conclusione senza poteri gli fosse conosciuta, l'esecuzione si pone come atto diretto, consapevolmente, a «immettersi nel traffico giuridico», dal che consegue la natura negoziale dell'atto esecutivo a prescindere dalla sussistenza della volontà degli effetti di ratifica.

L'oggetto della volizione del soggetto agente giuridicamente rilevante, in altri termini, non è il mero contegno, nel qual caso si tratterebbe di atto in senso stretto; non è la produzione degli specifici effetti, che negli atti di esercizio della autonomia privata può anche mancare; ma è la condotta assistita dalla consapevolezza che mediante essa il soggetto si immette nel traffico giuridico regolando (*ex novo*) uno specifico conflitto di interessi²⁶.

Così la convalida tacita del contratto annullabile²⁷ o l'accettazione tacita di eredità, rispetto alla quale ultima ipotesi l'A. precisa che «l'accettazione della eredità può [...] essere ricollegata anche a contegni che non siano mossi dalla precisa volontà e dalla consapevolezza di divenire erede» (p. 189).

Tuttavia, sostiene S., in alcuni casi la volontà degli effetti assume rilevanza quando il soggetto agente può dimostrare che, pur avendo posto in essere la condotta tipizzata, egli intendeva conseguire diversi effetti giuridici rispetto a quelli previsti dalla norma (par. 47-51); in altri casi, invece, quando la valutazione tipica è *tassativa*, essa tassatività²⁸ «si concreta [...] nell'escludere la rilevanza della volontà di attuare l'effetto primario del negozio» (p. 196). Una differenza, questa, che opera direttamente sul piano normativo e discende dai diversi motivi posti a fondamento delle scelte di politica legislativa (p. 201).

Anche in quest'ultima ipotesi, comunque – avverte l'A. –, se il soggetto agente è caduto in errore circa la produzione degli effetti di legge in conseguenza della condotta tipizzata tassativamente, egli potrà chiedere l'annullamento per errore (*error in negotio*) se il terzo tutelato fosse a conoscenza dello stato di errore. Diversamente, cioè se gli effetti legalmente previsti si producessero anche nel caso di conoscenza dell'errore in cui è caduto l'autore, la valutazione legale tipica, posta a salvaguardia dell'affidamento del terzo, diverrebbe un inaccettabile strumento di approfittamento a vantaggio di quest'ultimo²⁹.

²⁶ V. quanto affermato da S., *op. cit.*, p. 182, secondo cui per la natura negoziale dell'atto: «non occorre [...] l'esatta consapevolezza della operazione giuridica che si compie, ma è sufficiente la coscienza di realizzare un atto che incide su un determinato conflitto di interessi».

²⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 187: «chi esegue volontariamente un contratto annullabile, sa di incidere sul rapporto che lo lega alla controparte, di modificare in qualche modo la sua posizione rispetto al negozio invalido. La convalida tacita è perciò ricollegata a un comportamento animato da una consapevole volontà di compiere un atto che incide sulla sfera di interessi del suo autore, cioè dalla volizione necessaria perché il comportamento assuma carattere di negozio».

²⁸ Che non esclude la natura negoziale della condotta tipizzata: par. 34.

²⁹ V. S., *op. cit.*, p. 205: «nei casi in cui la valutazione tipica assolve esclusivamente, o almeno principalmente, alla funzione di proteggere l'affidamento dei terzi, di tutelare cioè la legittima convinzione che il significato esteriore del comportamento corrisponda all'effettiva volontà di

7. Protestatio contra factum non valet

I risultati a cui S. è pervenuto in ordine alla figura del negozio giuridico, con specifico riferimento alle valutazioni tipiche, gli consentono di affrontare lo specifico tema della apposizione di una riserva, da parte dell'autore di un determinato contegno, con la quale questi manifesta espressamente l'intento di non produrre determinati effetti che pure dal contegno stesso sembrano essere prodotti (*protestatio*). La questione, che viene comunemente ricondotta alla massima *protestatio contra factum non valet*, non è circoscritta, come lo stesso S. rileva, al fenomeno della valutazione legale tipica, essendo propria di tutti i fatti concludenti, che si tratti o meno di condotte normativamente tipizzate.

A tale proposito l'A. contesta la dottrina più tradizionale, che vuole l'apposizione della riserva sempre irrilevante, data la prevalenza del *factum* rispetto alla *protestatio*, poiché la effettiva volontà dell'autore starebbe nel primo e non nella seconda³⁰. Ritiene viceversa S. che il *factum* deve essere inteso nella sua completezza, cioè come il contegno complessivo del soggetto, inclusa la riserva, che del *factum* fa parte. Sicché la riserva, ad esempio, deve essere intesa come efficace quando il debitore, che pure ritiene prescritto il debito, esegue ugualmente il pagamento per evitare azioni giudiziali, ma riservandosi la ripetizione, così impedendo l'effetto rinunziativo della prescrizione.

Secondo altra tesi, invece, la riserva sarebbe irrilevante solo per previsione di legge, come nel caso dell'accettazione tacita di eredità, per cui in tali casi la fattispecie dalla quale la legge fa discendere gli effetti si concretizzerebbe nella sola condotta del soggetto lasciando la volontà, seppur manifestata mediante la *protestatio*, nel campo della irrilevanza. Da ciò la qualificazione della fattispecie stessa come atto giuridico in senso stretto e non come negozio (p. 208-209). Anche questa impostazione non è accolta da S., fondandosi essenzialmente sull'idea che il negozio si caratterizzi per la volontà degli effetti.

Secondo S., la questione deve essere affrontata in maniera differente, dovendosi distinguere tra i «conegni realizzativi», rispetto ai quali la *protestatio* è irrilevante e dunque non produttiva di effetti, e gli altri conegni, dove invece prevale la apposizione della riserva.

Più precisamente – questa è in estrema sintesi la ricostruzione dell'A. – la riserva non è rilevante solo quando essa è apposta da colui il quale è titolare di un *potere* di porre in essere un contegno teso a realizzare un negozio logicamente presupposto: quello che l'A. definisce, per l'appunto, «conegno realizzativo». Ciò vale nel caso, ad esempio, del contraente che, pur potendo

chi lo ha tenuto, negare al soggetto che ha tenuto il contegno tipizzato la possibilità di fare valere l'incoscienza e la mancanza di volontà degli effetti che la legge vi riallaccia, significherebbe andare contro lo spirito di queste norme» posto che in tal caso «la tipizzazione, voluta [...] In virtù di principi equitativi, porterebbe a un risultato sostanzialmente iniquo» risolvendosi «in una protezione di chi ha consapevolmente approfittato dell'altrui ignoranza».

³⁰ Il che, nella prospettiva di questa dottrina, spiegherebbe, tra l'altro, la disposizione oggi prevista nell'art. 476 c.c. in tema di accettazione tacita dell'eredità: *op. cit.*, p. 213 s.

chiedere l'annullamento del contratto, esige dalla controparte la prestazione contrattuale. In tal caso egli agisce sia manifestando, tramite la condotta, la volontà di conseguire un nuovo regolamento di interessi; sia realizzando contestualmente (e in ciò il contegno è *realizzativo*) tale nuovo regolamento, sicché la *protestatio* cede di fronte al negozio che emerge (e viene realizzato) dalla condotta.

Diversa è la questione quando la riserva sia apposta da colui il quale è privo di un tale *potere realizzativo*, e anzi è gravato da un obbligo. Questa ipotesi si concretizza nel già portato esempio del debitore che esegue il pagamento di una obbligazione prescritta per evitare il giudizio, ma con riserva di ripetizione. In tal caso la *protestatio* è rilevante e, in coerenza con l'impostazione di S., fa piena parte del *factum*, impedendo così l'effetto rinunziativo della prescrizione.

In base a queste osservazioni, l'A. giunge alla conclusione secondo la quale «conserva [...] la sua validità la massima *protestatio contra factum non valet*, con l'avvertenza però che per *factum* deve intendersi, non un normale comportamento concludente, ma quello che si è definito un contegno realizzativo», che tale è «solo quando l'atto cui è apposta la riserva costituisce l'esercizio di un diritto o di un potere che non potrebbe che derivare dal negozio di cui si vorrebbe escludere l'attuazione» (p. 220).

Secondo questa impostazione dunque – per ritornare alle ipotesi di valutazione legale tipica – posto un contratto annullabile produttivo di un rapporto obbligatorio, se legittimato all'azione di annullamento è il creditore, l'atto di esazione del credito configura sempre e comunque una convalida tacita, anche in presenza della riserva con cui si dichiara la volontà di non convalidare, giacché l'esercizio del diritto presuppone (logicamente) l'effetto di convalida del contratto, che pure il soggetto agente dichiara di non volere. Se, invece, all'azione di annullamento è legittimato il debitore, e adempia l'obbligazione contrattuale, la riserva con cui dichiara di non voler produrre gli effetti convalidanti è efficace e pertanto l'adempimento non è qualificabile come convalida tacita.

Peraltro – conclude S. – quando, come nell'esercizio del diritto di credito appena esposto, l'effetto viene prodotto nonostante la manifestata volontà contraria dell'agente, comunque non viene a mancare la volontà negoziale, proprio perché la volontà negoziale – secondo la ricostruzione operata dall'A. – non è la volontà degli effetti, bensì la volontà di inserirsi nel traffico giuridico, ponendo in essere un *nuovo* autoregolamento di interessi³¹. Di conseguenza, non ci si troverebbe di fronte a un atto giuridico in senso stretto, come ritenuto dalla dottrina prima citata, bensì a un negozio giuridico.

³¹ Questa ricostruzione, applicata alle ipotesi di valutazione legale tipica, permette – rileva S. – di affermare la irrilevanza della riserva (e quindi l'operatività della massima *protestatio contra factum non valet*) nella accettazione tacita della eredità, consentendone al contempo di spiegarne la natura negoziale pur in difetto della volontà degli effetti (*op. cit.*, p. 222).

8. Il silenzio

Sulla scorta della ricostruzione del fenomeno della valutazione legale tipica, l'A. dedica gli ultimi due capitoli del volume alle singole ipotesi e figure che in tale fenomeno ricadono, affrontando sia i comportamenti positivi (cap. V), sia le ipotesi di silenzio (cap. VI). Non è possibile in questa sede dar conto delle analisi delle singole figure, rispetto alle quali S., con specifico riferimento alle condotte positive, ribadisce la loro diversa qualificazione a seconda che costituiscano atti giuridici in senso stretto o negozi giuridici.

Appare comunque opportuno soffermarsi, pur brevemente, sulla figura del silenzio, che tra i conegni legalmente tipizzati manifesta una sua peculiarità in considerazione del fatto che – come l'A. pone in evidenza – anche nel linguaggio giuridico si può distinguere un silenzio quale «conegno assolutamente passivo» da un silenzio quale comportamento specificamente omissivo (si potrebbe dire – aggiungiamo noi – come *fatto negativo*, cioè come «non fatto» assumibile in base a un giudizio controfattuale), generalmente inteso come «assenza di una dichiarazione esplicita, per lo più una dichiarazione recettizia» (p. 336).

Solo il primo tipo di silenzio, secondo S., può assumere una valenza negoziale, ma solo in quanto sia valutabile in ordine alle circostanze nelle quali esso si pone. Il silenzio-omissione, come può essere la mancata dichiarazione di ratifica del contratto concluso dal *falsus procurator* a fronte della azione interrogatoria *ex art. 1399, co. 4, c.c.*, è invece visto come una ipotesi di decadenza dal diritto di rendere efficace il contratto stesso, avente non la funzione di consentire l'esercizio dell'autonomia privata, ma quella di eliminare l'incertezza di una situazione giuridica non definitiva.

Una volta chiarito che solo il primo tipo di silenzio può concretizzare un negozio giuridico, e posto che ciò può avvenire in quanto il conegno passivo sia valutato in base alle circostanze in cui esso si manifesta, l'A. rileva altresì come in questo caso sia necessario che l'autore della condotta passiva sia a conoscenza delle circostanze medesime, secondo quanto avviene in generale per tutti i comportamenti tipizzati. Infatti, solo una tale consapevolezza consente di attribuire carattere negoziale al silenzio, atteso che l'autore della condotta silente è conscio che una tale condotta lo inserisce nel traffico giuridico, determinando un regolamento di interessi³².

Così, seguendo questa linea, l'accettazione tacita della proposta contrattuale che si realizzi mediante il silenzio, presuppone la conoscenza effettiva della proposta, poiché senza una tale conoscenza il soggetto non avrebbe la consapevolezza (oltre che delle circostanze, ci sembra) della valenza economica e sociale della propria condotta passiva. Da ciò l'A. evince che anche una mancata conoscenza della proposta dovuta alla negligenza dello stesso soggetto

³² V. *op. cit.*, p. 329: «la conoscenza degli elementi che conferiscono un determinato valore al conegno ottenuto è [...] condizione necessaria perché un comportamento concludente abbia valore negoziale».

«silente», renderebbe irrilevante la sua inerzia, non trovando pertanto applicazione l'art. 1335 c.c. (p. 338-339)³³.

Il silenzio, inoltre, può configurare un contegno negativo, legalmente tipizzato, qualificabile non come negozio giuridico bensì come atto giuridico in senso stretto. Tra le ipotesi di questo tipo, S. indica l'approvazione del conto corrente (art. 1832 c.c.) e l'accettazione dell'opera da parte del committente (art. 1665 c.c.). Quest'ultima fattispecie, nonostante il diverso avviso di dottrina e giurisprudenza, è esclusa dall'A. dal novero dei negozi giuridici in quanto, accertando l'esattezza della prestazione dell'appaltatore, «non pone un regolamento di interessi, ma lo esegue» (p. 353).

9. Sintesi conclusiva

Nella ricostruzione sistematica di S., è centrale l'idea di autonomia privata, che l'A. vede esprimersi, non tanto in una sorta di consapevole autodeterminazione giuridica che si razionalizzi in quella che generalmente è indicata come «volontà degli effetti»; quanto nell'attuazione di un comportamento libero e consapevole, e quindi volontario, che entri in contatto con il traffico giuridico, incidendo su di esso. Così determinando – e in ciò starebbe la consapevolezza del soggetto agente – la composizione di un conflitto di interessi, dei quali stabilisce un nuovo assetto.

La nozione di autonomia privata, nell'ottica dell'A., è quindi collegata alla sfera di azione del soggetto (e non alla sua volizione degli effetti) esclusivamente quando la condotta sia volontariamente diretta a porre in essere un nuovo assetto di interessi. Solo in questa ipotesi l'atto è qualificabile come negozio giuridico, e non anche quando l'intento è quello di *sviluppare* un assetto esistente.

In quest'ultimo caso, anche se gli effetti giuridici prodotti fossero coerenti con quelli «voluti»³⁴, la condotta del soggetto sarebbe da qualificarsi come atto giuridico in senso stretto.

L'intento di S. sembra essere quello di mantenere ferma la sfera di libertà del soggetto, nell'ambito delle sue scelte di condotta, evidenziando la idoneità del contegno a creare o a stimolare interessi economici che nel momento stesso in cui insorgono devono trovare un ordine; senza che però una tale vicenda, con il raggiungimento dell'assetto dei «nuovi» interessi³⁵, possa essere

³³ Il che appare coerente con l'impostazione secondo cui a fronte del mancato perfezionamento del fatto corrispondente alla fattispecie legale – che in questo caso prevederebbe la consapevolezza del comportamento silente – non si fa luogo alla produzione degli effetti che la norma stessa subordina alla fattispecie legale.

³⁴ Si vedano le ipotesi degli atti di istruzione del mandante o del datore di lavoro (*supra*, par. 4) il cui contegno – nell'impostazione di S. – non è qualificabile come negozio e al quale non si applicano le regole negoziali.

³⁵ *Supra*, nota 19.

condizionata dalla effettiva sussistenza o meno, sul piano della fattispecie, della volontà degli effetti. Il che aprirebbe la strada sotto il profilo dogmatico e ricostruttivo (ciò che l'A. nega) alla rilevanza della riserva mentale e in generale al difetto di volontà degli effetti accertata a posteriori.

In questo senso, l'opera di S. ci sembra possa iscriversi nel novero delle ricerche dirette a superare le difficoltà, anche di ordine applicativo, che si presentano a fronte della dicotomia negozio giuridico *vs* atto giuridico in senso stretto. Ma a differenza di queste, l'A. ritiene che tale difficoltà debba essere superata mediante una revisione delle due categorie, piuttosto che nella ricerca di categorie alternative.

Consequente a quanto esposto è l'altra linea conduttrice dell'indagine di S., che ci sembra prendere corpo essenzialmente nella preoccupazione, che l'A. non nasconde, di mantenere nettamente distinta la sfera della responsabilità da quella della autonomia privata.

Come si è detto, secondo S. l'atto di autonomia privata è dato dalla consapevolezza del soggetto che il proprio contegno assumerà una funzione ordinante rispetto a un preesistente conflitto di interessi, non rimanendo irrilevante nei rapporti giuridici intersoggettivi; tuttavia, ciò non richiede una necessaria rappresentazione psicologica e una specifica volontà di produrre effetti giuridici fisionomicamente (pre)individuati. Il privato, cosciente delle circostanze – e dunque di una contestualizzazione – del proprio comportamento, ne assume, oltre a un rilievo giuridico-patrimoniale generico, altresì la idoneità di esso contegno a creare un «nuovo» assetto di interessi, non un mero svolgimento di un assetto preesistente.

Così inteso, l'atto con cui si esercita l'autonomia privata non può seguire – questa ci sembra l'impostazione di fondo di S. – le dinamiche sanzionatorie, o compensative, che sono viceversa proprie della *responsabilità* del soggetto agente, e non di una sua scelta autonoma. Non vi è – si potrebbe aggiungere per esplicitare il pensiero dell'A., così come noi l'abbiamo colto – nella considerazione che l'ordinamento giuridico ha dell'atto di autonomia, una prospettiva di ricollocazione (o di allocazione) di costi privi di giustificazione giuridica, e quindi riconducibili alla figura del danno, con un conseguente interesse ripristinatorio. Vi è invece, quale dato giuridicamente rilevante, l'intento di comporre un conflitto di interessi mediante la predisposizione di un assetto economico e giuridico, nell'ottica (anche questa è una nostra interpretazione del pensiero di S.) del conseguimento di utilità nell'ambito della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto agente e di eventuali altri soggetti interessati.

Oltre alla diversa funzione svolta rispettivamente dalla responsabilità e dall'autonomia privata, S. sottolinea – pur non affrontando specificamente l'argomento – anche la differenza strutturale tra le due figure. E a tale proposito l'A. evoca più volte lo stato soggettivo di *colpa*³⁶ per enunciarne l'irrilevanza

³⁶ Cfr. *op. cit.*, spec. p. 161.

nel campo della autonomia, la quale invece si fonda su un diverso principio, che è quello della libertà e della spontaneità del contegno³⁷.

In questa ricostruzione rimane in ombra la figura della «autoresponsabilità». Figura che pure, almeno retrospettivamente, tenendo conto di come essa si è sviluppata e attestata nei tempi successivi alla pubblicazione dell'opera di S.³⁸, appare riconducibile alle dinamiche dell'autonomia privata, piuttosto che della responsabilità in senso proprio³⁹, in linea con la proposta ricostruttiva avanzata da S.

Anzi, in certo qual senso, l'impostazione di S. sembra consentire alla figura dell'autoresponsabilità un ambito operativo strettamente e immediatamente correlato all'intento del contegno, di per sé sufficiente per realizzare l'atto di autonomia privata. Si potrebbe dire, in definitiva, che posto il contegno *consapevole* (e cioè libero e volontario), e a prescindere dalla volontà degli effetti, l'insorgenza di interessi economici e la loro sistemazione in un assetto che ne superi e ne componga l'originario conflitto, dipendono dal contegno medesimo in sé considerato, il che sembra in certo modo confermare l'ambito operativo, e la centralità sistematica, dell'*autoresponsabilità* in quanto manifestazione dell'*intento* che regge il contegno *voluti*, e che in tal modo sembra seguire la stessa logica dell'autonomia privata.

In estrema sintesi, secondo S. l'autonomia privata si realizza anche quando non vi è corrispondenza tra la volontà degli effetti e gli effetti prodotti, purché vi sia l'intento del soggetto agente di porre in essere un contegno per (o con la consapevolezza di) determinare un nuovo assetto di interessi. In tal caso il contegno è da qualificarsi come negozio giuridico. Ove invece la condotta sia diretta a «sviluppare», ossia ad attuare, un assetto di interessi esistente, si ricadrebbe, anche se vi fosse corrispondenza tra gli effetti voluti e quelli prodotti, nella figura dell'atto giuridico in senso stretto.

In quest'ordine di idee, così come delineato da S., anche la valutazione legale tipica risponde al sistema prospettato, e i fatti (cioè le condotte) previsti dalle singole norme si inquadrano, secondo l'A., sempre all'interno della figura del negozio o, in alternativa, a quella dell'atto giuridico in senso stretto⁴⁰, senza

³⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 160 ss.

³⁸ Il richiamo all'autoresponsabilità è presente già nel rilievo di G. OPPO, *In tema di autonomia privata e valutazione legale tipica*, ora in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, p. 483 (pubblicato in origine come: Recensione a Mario Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 186 ss.), in termini, però, di non coincidenza dell'area della autoresponsabilità con quella dell'autonomia privata.

³⁹ Nel senso, quindi, di una autoresponsabilità derivante dalla percezione di un significato, ad opera del terzo, della condotta dell'agente che abbia determinato una «apparenza imputabile»: in questa prospettiva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *il contratto*, Milano, 2ª ed., p. 120.

⁴⁰ Vale a dire che la norma, sulla base di una scelta di *politica legislativa*, «tipizza» il contegno, presupponendolo libero, spontaneo e cosciente. Rendendolo, su questi presupposti, oggetto di valutazione, e facendone così discendere la produzione di coerenti effetti giuridici che talora mettono in gioco interessi «nuovi» e ne compongono il relativo conflitto, configurando un negozio giuridico, e talaltra hanno invece la funzione di svolgere e dare attuazione a

necessità di ricorrere a ulteriori categorie, potendo così applicarsi il regime di tutele – e in genere di regole negoziali – alle ipotesi qualificabili come negozi, e facendo invece discendere la tutela del soggetto agente negli atti in senso stretto dall'esclusione dell'efficacia⁴¹ dei conegni che non rispondono ai requisiti di libertà e consapevolezza, in quanto non integrano la fattispecie tipizzata⁴².

Significativa è inoltre l'attenzione che, pur con brevi richiami, S. dedica ai principi generali, dei quali coglie la rilevanza sul piano della ricostruzione del sistema, ma ai quali non attribuisce una funzione immediatamente precettiva nei rapporti privati. In particolare, l'A. individua i limiti operativi dei principi generali nell'ambito del diritto privato nel senso della inidoneità di essi a fondare specifici rapporti giuridici solo in base alla loro forza assiologica. Il riferimento più preciso, sotto questo profilo, è fatto al principio di buona fede, il quale, secondo S., può costituire il fondamento della norma – e in particolare della norma di valutazione legale tipica, e quindi manifestarsi sul piano della fattispecie tipizzata⁴³ – ma non può essere di per sé fonte di rapporti giuridici.

Tuttavia, questa impostazione, che a prima vista può apparire il portato di uno strutturalismo normativo, non impedisce a S. di vedere nell'*obbligo* di buona fede (e non già nel principio), secondo una prospettiva che già l'A. aveva anticipato in un precedente lavoro⁴⁴ e che avrebbe poi ripreso in un contributo successivo⁴⁵ – in linea con la dottrina che all'epoca andava sviluppandosi⁴⁶ –, la fonte di atti giuridicamente doverosi strumentali allo *sviluppo* (per rimanere alla terminologia dell'A.) di rapporti giuridici preesistenti. Il che oggi, in una lettura retrospettiva, risulta come una chiara intuizione verso l'evolversi della teoria delle clausole generali e della loro capacità precettiva nell'ambito dei rapporti giuridici privati⁴⁷. A conferma di una apertura verso nuove soluzioni, che pur nel rispetto delle categorie classiche – il che, comunque, non sembra essere visto come un valore fondante della ricerca giuridica – trovino nel funzionamento ordinato del sistema la loro prova di resistenza.

un assetto già esistente, qualificandosi come atti giuridici in senso stretto, trovandovi il relativo regime di disciplina e tutela.

⁴¹ Coerentemente a questa impostazione S. (*op. cit.*, p. 140) afferma che «nell'atto non negoziale [...] non può parlarsi di validità o di invalidità, ma solo di esistenza o di inesistenza».

⁴² V. *supra*, nota 25.

⁴³ Cioè del «conegno tipizzato», secondo la ricostruzione di S.

⁴⁴ SEGNI, *Diligenza e buona fede nella esecuzione del mandato*, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 1189 ss.

⁴⁵ SEGNI, *Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge su beni immobili della comunione*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, p. 598 ss.

⁴⁶ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (v. anche la ristampa integrata, Milano 2004, e ora la ristampa anastatica in *La memoria del diritto*, Roma, 2024); PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, ed. provv., Padova 1969. In precedenza, SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949.

⁴⁷ Per una sintetica, benché parziale, ricostruzione del fenomeno, e per i relativi riferimenti, ci si permette il rinvio a UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali*, in *Liber Amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze, 2022, p. 4251 ss., ora anche in *Riv. dir. priv.*, 2023, p. 207 ss.

In conclusione, l'opera ha il merito di avere indagato, con riconosciuto rigore metodologico⁴⁸ e al contempo con una propensione alla innovazione, un fenomeno di particolare complessità, dove il potere normativo e l'autonomia privata si incontrano, e dove questo incontro pone vasti problemi applicativi e di ordine sistematico; e così affronta molteplici questioni di fondo – come la natura degli atti di volontà, l'oggetto della volizione, l'affidamento del terzo e le tutele del soggetto agente, gli obblighi non volontaristici, l'autonomia, la libertà di azione e la responsabilità – che ancora, almeno in gran parte, possono considerarsi aperte.

Ancora oggi, una lettura dell'opera e delle proposte di S., le quali si fondano sull'idea di un cambiamento che parta dal sistema piuttosto che dalle singole categorie, aggiornata dalla consapevolezza dell'esperienza giurisprudenziale successiva e dell'evoluzione delle teorie giuridiche, può tradursi, oltre che in un arricchimento del pensiero, in una riflessione sulla attuale validità delle soluzioni offerte, e della loro elaborazione in chiave anche applicativa, a fronte delle aperture dogmatiche, sistematiche – per l'appunto – e culturali in generale, che in oltre cinquant'anni si sono realizzate.

⁴⁸ V. OPPO, *In tema di autonomia privata e valutazione legale tipica*, cit., p. 480.

Abstract [Ita]

Il saggio costituisce l'introduzione alla recente ristampa anastatica dell'opera di Mario Segni dal titolo *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, dedicata al fenomeno della valutazione legale tipica. L'Autore sottolinea, innanzitutto, come l'obiettivo di Mario Segni sia stato quello di individuare, all'interno di tale fenomeno, gli ambiti di operatività riservati all'autonomia privata, ricercando i criteri che consentono di differenziare i vari contegni tipizzati dal legislatore. Viene messa in luce, inoltre, la posizione di Mario Segni in merito ad alcune figure nuove rispetto al negozio giuridico e all'atto giuridico in senso stretto. Si tratta, in particolare del comportamento socialmente tipico, dei rapporti contrattuali di fatto e delle dichiarazioni legali tipiche. L'attenzione si sposta successivamente su altre problematiche affrontate da Mario Segni nella sua opera: la distinzione tra negozi giuridici e atti giuridici in senso stretto, basata sull'intento del soggetto agente; la valutazione legale tipica dei comportamenti concludenti; la questione della *protestatio contra factum non valet* e, infine, la figura del silenzio.

Parole chiave: autonomia privata; valutazione legale tipica; negozio giuridico; atto giuridico in senso stretto; comportamento concludente.

Abstract [Eng]

This essay serves as the introduction to the recent facsimile reprint of Mario Segni's work titled *Autonomia privata e valutazione legale tipica* (*Private Autonomy and Typical Legal Assessment*), which focuses on the phenomenon of "typical legal assessment." The author highlights, first and foremost, how Segni aimed to identify the scope of private autonomy within this phenomenon by seeking criteria to distinguish between the various forms of conduct typified by the legislature. Furthermore, the essay examines Segni's position regarding certain concepts that differ from the traditional legal transaction (*negozio giuridico*) and the legal act in the strict sense; specifically, these include socially typical conduct, *de facto* contractual relationships, and typical legal declarations. Attention then shifts to other issues addressed in Segni's work: the distinction between legal transactions and legal acts in the strict sense, based on the acting party's intent; the typical legal assessment of conclusive conduct; the principle of *protestatio contra factum non valet*; and, finally, the concept of silence.

Keywords: private autonomy; standard legal assessment; legal transaction; legal act in the strict sense; conclusive conduct.