

La formazione del consenso nel contratto

La conclusione tra due o più contraenti di un contratto prevede normalmente una fase di trattative antecedente al formarsi del consenso.

La definizione del contratto del nostro codice al 1321 è: l'accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro una situazione giuridico patrimoniale.

Si precisa inoltre all' 1325 c.c che vi devono essere quattro requisiti per la legittima conclusione del contratto : l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto, la forma.

La mancanza di uno di questi requisiti indicati nell'art. 1325 cc produrrebbe ai sensi dell'art. 1418 comma 2° nullità del contratto e i difetti o vizi annullabilità.

Seppur non menzionato in quanto superfluo, il primo requisito essenziale, proprio a tutti gli atti giuridici, è il soggetto su cui far ricadere gli effetti giuridici del contratto.

Il secondo requisito essenziale è l'accordo, espresso nell'art. 1325, l' accordo è definito come la convergenza delle manifestazioni di volontà da parte dei contraenti.

Il termine manifestazione di volontà però è molto ampio quindi si ci riferisce a gesti, atti diversi volti a significare alle altre parti le proprie intenzioni.

Su questo punto si sono scritte decine di sentenze molto interessanti:

citandone una:

Cass, Sez .III, 14 luglio 2006 n. 16118 statuisce che l'indagine del giudice deve accertare se le parti abbiano realmente inteso porre in essere il rapporto contrattuale sin dal momento dell'accordo, oppure se la loro intenzione sia stata quella di differire la conclusione del contratto ad una manifestazione successiva di volontà.

La manifestazione di volontà può essere espressa e tacita: espressa , chiaramente quando la manifestazione di volontà è dichiarata oralmente o per iscritto.

Manifestazione tacita quando si non si usano parole , scritti (telegrammi, lettere), che servano a veicolare la volontà ma si ha un comportamento tale che implica l'inequivocabile volontà di contrarre.

Se mi reco da un ferramenta e prendo dagli scaffali un oggetto avvicinandomi alla cassa tale comportamento veicola la mia manifestazione di volontà di comprare.

Indi possiamo affermare che il discorso sui requisiti non è racchiuso solamente in quanto espresso dal legislatore nell'art. 1325.

Un Autore (Messineo) ipotizzò la presenza di un procedimento di diritto privato per la fase giuridica che precede il contratto e che consiste nelle trattative volte al perfezionamento dello stesso.

In diritto civile esisterebbe secondo questo Autore un rapporto tra procedimento e contratto come in diritto amministrativo tra procedimento e provvedimento.

Tale procedimento volta al raggiungimento dell'accordo contrattuale, momento topico della formazione del contratto, presenta fasi necessarie e fasi eventuali ambedue necessarie per consentire alle parti stipulanti la valutazione degli interessi coinvolti nella contrattazione e funzionali al raggiungimento e al perfezionamento del contratto.

Le fasi eventuali sono volte a statuire con forme giuridicamente vincolanti, nelle trattative più impegnative (es. acquisto di un'immobile) , l'evoluzione nella formazione del contratto.

Esistono quindi per dirla come , Messineo, “atti endo-procedimentali” al raggiungimento dell'accordo contrattuale , atti che sono parti della fase necessaria del procedimento : distinguiamo proposta ed accettazione disciplinati dall'art. 1326 e ss. cc.

L'evento perfezionativo del raggiungimento dell'accordo contrattuale è lo scambio tra proposta ed accettazione ex art. 1326 cc che chiarisce quando il contratto si ritiene concluso e cioè quando “ chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione della controparte.

Secondo la teoria volontaristica è indispensabile per la formazione del contratto il consenso ossia l'incontro della volontà delle parti su un medesimo programma contrattuale.

Altri , teoria dell'affidamento sociale, ritengono che sia sufficiente l'accordo tra le dichiarazioni.

La proposta viene definita manifestazione unilaterale di volontà che indica l'intenzione di obbligarsi, dovrà avere la stessa forma prevista per il contratto, se imposta ad substantiam o ad probationem, che si vuole concludere.

La proposta deve essere completa in ogni suo aspetto altrimenti è un invito ad offrire.

In dottrina si discute molto sulla natura giuridica di proposta ed accettazione, secondo , Messineo, si tratterebbe di negozi giuridici unilaterali che arriverebbero a fondersi nel successivo contratto.

Secondo Autorevole dottrina (Bianca) sono dichiarazioni unilaterali di volontà che non hanno alcuno spessore negoziale.

Secondo , Mirabelli, sono atti bifasici cioè l'atto di proporre sarebbe in un primo momento atto giuridico unilaterale e così l'accettazione, ma se proiettati potenzialmente nel futuro contrattuale sarebbero negozi giuridici.

La proposta può essere revocata fino a quando il contratto non sia concluso, se però l'accettante ha in buona fede dato esecuzione , il proponente è tenuto ad indennizzarlo delle spese e delle perdite subite si parla in tal caso di responsabilità da atto lecito.

L'accettazione dovrà aderire completamente e senza modifiche alla proposta in alternativa si parla di controproposta.

La proposta e l'accettazione , atti prenegoziali, possono trovare manifestazione implicita attraverso comportamenti concludenti in senso lato esempio pratico è l'accettazione in forma esecutiva prevista dall'art. 1327 c.c.

Secondo alcuni Autori (Santoro , Passarelli) il modo ordinario di concludere un contratto è quello espresso dall'art. 1326 c.c. manifestazione espressa di volontà tra proponente e accettante. Questa teoria , classica, trova però in altri Autori (Messineo, De Nova- Sacco) degni oppositori secondo i quali si devono ravvisare due categorie nell'ambito di forme di esternazione della volontà negoziale.

Due categorie di esternazione della volontà negoziale che non devono ruotare attorno all'idea, dell'esternazione della volontà negoziale attraverso atto scritto ma anche comportamenti inequivocabili di manifestazione della volontà di contrarre. Esempio disciplinato dal nostro codice quello previsto dall'art. 1327 c.c. che recita “ Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione.”

Un esempio giurisprudenziale è dato dalla Cass. Sez III, 12 Gennaio 2007, n 453 che statuisce: Nelle vendite da piazza a piazza stipulate tra commercianti, ogni qual volta l'ordinazione venga fatta mediante moduli di commissione predisposti da parte venditrice, ai fini della conclusione del contratto, basta che ne sia data esecuzione, consegnando la merce al vettore o allo spedizioniere per l'inoltro all'acquirente. Ne

consegue che, qualora non vi sia prova di una preventiva risposta di accettazione, luogo di conclusione del contratto, per la determinazione della competenza territoriale, è quello in cui è avvenuta la consegna.

È palese che in suddetto caso giurisprudenziale non è necessario che vi sia una manifestazione di volontà esternata in un documento proprio in quanto la volontà di accettare e concludere il contratto è manifesta nell'esecuzione.

Tali negozi chiamati negozi attuativi, in quanto in essi la volontà non è dichiarata con documenti formali ma con fatti esecutivi.

Per concludere, possiamo affermare che la tematica dei contratti di fatto sta assumendo sempre maggiore importanza tanto che oggi la giurisprudenza ne fa largo uso.

Raffaele Mancuso

dottorando di ricerca Cà Foscari –Venezia

Bibliografia

ALPA GUIDO, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale*, oggi, in *Riv. Crit. di Dir. Priv.*, 2008, 26, 4, 571

ALESSI ROSALBA, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, C. Castronovo e M. Mazzamuto (a cura di), Giuffrè, 2007,, 406; G. Benacchio, *Diritto privato della comunità europea*, 4 ed., Padova, 2008, 122.

BENACCHIO GIANANTONIO, *Diritto privato della comunità europea*, Padova, 2008.

BIANCA CESARE MASSIMO, *Il contratto*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000.

CHERUBINI MARIA CARLA, *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, in *Studi di Diritto Privato*, Collana diretta da F.D. Busnelli-V.Patti-V.Scalisi-PZatti, Giappichelli, Torino, 2005

GALLO PAOLO, *I vizi del consenso*, in *I contratti*, Tomo I, *Trattato dei contratti*, (diretto da) Pietro Rescigno, Torino, UTET, 2006, 459

GAZZONI FRANCESCO, *Manuale di Diritto privato*, Napoli, ESI, 1996.

GIANOLA ALBERTO, *L'integrità del consenso dai diritti nazionali al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2008

MANTOVANI MANUELA, *La nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretta da Vincenzo Roppo, *Rimedi-1*, Tomo IV, A. Gentili (a cura di), Milano, 2006

ROPPO VINCENZO, *Il contratto*, Milano, 2001.

ROPPO VINCENZO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005.

RUSSO DOMENICO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001

SACCO RODOLFO, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco e De Nova Giorgio, Torino, Utet, 2004