

# RIVISTA DI DIRITTO CIVILE

FONDATA E RETTA DA

**WALTER BIGIAVI**

(1955-1968)

E DA

**ALBERTO TRABUCCHI**

(1968-1998)

DIREZIONE

**C. MASSIMO BIANCA FRANCESCO D. BUSNELLI**

**GIORGIO CIAN ANGELO FALZEA GIOVANNI GABRIELLI**

**ANTONIO GAMBARO NATALINO IRTI GIUSEPPE B. PORTALE**

**ANDREA PROTO PISANI PIETRO RESCIGNO RODOLFO SACCO**

**VINCENZO SCALISI PIERO SCHLESINGER**

**PAOLO SPADA VINCENZO VARANO**

REDATTORE CAPO

**VITTORIO COLUSSI**



**CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI**

**P A D O V A**

ENRICO DEL PRATO  
Prof. ord. nell'Università « Roma Tre »

## CONTRATTI MISTI: VARIAZIONI SUL TEMA (\*)

SOMMARIO: 1. Perché occuparsene ancora. Varietà delle prospettive teoriche. Sostanziale uniformità delle soluzioni concrete. — 2. Intendersi su significati e questioni. — 3. Fatti e norme. — 4. Soluzioni: normative e dottrinali. Criteri di soluzione. — 5. Specificità. Onerosità e gratuità. — 6. Prospettive e criteri generali. Ragionevolezza, bilanciamento, proporzionalità. Sussidiarietà sociale e autonomia privata. Portata del principio di sussidiarietà sociale sull'applicazione delle norme inderogabili.

1. — Il tema appartiene ai « classici ». E, quando si incontra un classico, la prima cosa da chiedersi è se ci siano ragioni per tornarci su.

Questo, come tutti i temi utili, serve per risolvere un problema: quello del regime applicabile ai contratti non integralmente inquadrabili in uno schema tipico, che è il riflesso di un altro problema, quello del conflitto di norme. Entrambi i problemi, di sempiterna attualità, sono conditi da qualche curiosità suscitata dalle tante visioni con cui vengono percepiti e digeriti. Ed è, forse, il momento di affrontarli avvalendosi di ulteriori strumenti.

La questione nasce dalla legiferazione per tipi di contratti <sup>(1)</sup> e dalla constatazione che, con l'incremento degli schemi tipici, nessun contratto è integralmente atipico <sup>(2)</sup>, ma riproduce almeno in parte i caratteri di un tipo. L'esigenza, concreta, di stabilire se e come applicare qualche norma di un tipo a scapito di quelle della parte generale del contratto o di un altro tipo si è naturalmente spostata su un piano di osservazione generale e si è convertita nella ricerca di una soluzione univoca al problema della disciplina applicabile a quei contratti che, per le prestazioni od altri caratteri, non sono compiutamente inquadrabili in uno schema tipico.

(\*) In onore di Antonino Cataudella.

<sup>(1)</sup> Si tratta — osserva A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano 1970, p. 49 ss. — di un problema di legislazione piuttosto che di un problema di diritto, richiamando l'opera più innanzi citata di O. Schreiber, che definiva quello dei contratti misti un *Gesetzproblem* più che un *Rechtsproblem*. Ed infatti esso ha avuto un intenso sviluppo con le codificazioni ed è proceduto di pari passo con la tipizzazione di modelli contrattuali. Cfr. ora l'art. II.1: 107 del DCFR.

<sup>(2)</sup> R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *R. trim.*, 1966, p. 785 ss. Di recente, C. GIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti atipici*, Torino 2008, p. 1 ss. e p. 285 ss., assume che gli schemi tipici disciplinati dal codice civile sono elaborati come concetti di classe e « sono posti in un sistema di relazioni interno ». D'altronde, numerose norme consentono l'applicazione ad un tipo contrattuale della disciplina dettata per un tipo diverso (cfr. gli artt. 1555, 1570, 1677, 1782, comma 2°, c.c.); sulla questione M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino 2005, p. 26 ss., p. 182 s. a proposito della c.d. disciplina transtipica, p. 276 s.

Si registrano approcci e soluzioni ampiamente diversificati: essi, per impostazione o soluzione, si riflettono sul, più generale, tema dei contratti atipici.

Il primo approccio, che potremmo definire classico, consiste in una visione logico-sistematica.

Esso scaturisce, essenzialmente, dalla codificazione civile tedesca, ed è segnato da dommatismo pragmatico, dove la teorizzazione è costantemente funzionale alla soluzione di problemi concreti <sup>(3)</sup>; ha avuto ampio seguito in Italia <sup>(4)</sup>.

A questa impostazione si riconducono le tre teorie « classiche » circa la disciplina applicabile ai contratti misti. Per la prima, detta dell'assorbimento o della prevalenza <sup>(5)</sup>, dovrà applicarsi la disciplina del tipo di cui siano prevalenti le note. Non a caso, forse, la sua più risalente elaborazione <sup>(6)</sup> attiene all'incontro di prestazioni con quella propria del lavoro subordinato, per l'attitudine di quest'ultimo a segnare l'impronta del rapporto <sup>(7)</sup>. Essa ha ricevuta

<sup>(3)</sup> Classici i contributi di PH. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs*, I, Leipzig 1902, p. 176 ss.; H. HOENIGER, *Untersuchungen zum problem der gemischten Verträge*, I, *Die gemischte Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim-Liepzig 1910 (lo stesso autore aveva, poco prima, pubblicato i *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge*, Freiburg 1906), O. SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Rechtsschuldrecht*, in *Jherings Jahrbuecher*, 60, 1912, p. 106 ss.

<sup>(4)</sup> V. G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina*. *Negotia mixta cum donatione*, Padova 1934; A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit.; G. SICCHERO, *Il contratto con causa mista*, Padova 1995, *passim*; C. CIOFFI, *Classe concetto e tipo*, loc. cit.

<sup>(5)</sup> Attribuita a PH. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, cit., il quale, tuttavia, ne aveva delineato la portata entro confini abbastanza più ristretti (p. 193 e ss.) di quelli che essa ha acquisito successivamente. Essa ha avuto ampio seguito in Italia (già L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, I, Milano 1915, p. 568, il quale, tuttavia, nella *Teoria generale delle obbligazioni*, 2ª ed., II, Milano 1948, p. 325 ss., ravvisava alcuni casi di impraticabilità della teoria; F. CARNELUTTI, *Natura del contratto di cassetta di forte custodia*, in *R. d. comm.*, 1911, II, p. 902 ss.; da ultimo, sia pure con qualche accorgimento, A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, Napoli 2010, p. 263 ss., a cui si rinvia per ulteriori riferimenti; ed ha costanti riscontri giurisprudenziali (v., Cass. 26 gennaio 1963, n. 106; Cass. 16 luglio 1975, n. 2811 e, tra le più recenti, Cass. 28 novembre 1994, n. 10158; Cass. 24 luglio 2000, n. 9662; Cass. 20 gennaio 2005, n. 1150).

Di recente la prospettiva della prevalenza è seguita da BGB 4 marzo 2010, Az. III, ZR 79/09, secondo cui il contratto di « sistema internet » (Internet-System-Vertrag), avente ad oggetto la creazione e la gestione di un sito web, è un contratto misto con elementi prevalenti dell'appalto. La questione è frequentemente avvertita, nell'esperienza tedesca, in tema di locazione: cfr., da ultimo, BGH, 9 luglio 2008, XII ZR 117/06.

D'altronde la giurisprudenza non affronta il tema con finalità sistematiche perché il problema non le viene posto nella sua generalità, ma solo per decidere se applicare l'una o l'altra norma.

<sup>(6)</sup> L'opera citata di Ph. Lotmar, appunto. Ma anche al maestro di H. Hoeniger si deve un contributo in tema di prestazione lavorativa, e l'anticipazione, in questo quadro, della teoria della combinazione: G. RUEMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tuebingen 1905 (rist. Nabu Press, 2010), *passim*, spec. 320.

<sup>(7)</sup> Ancora nella recente esperienza lavoristica sono stati dedicati sforzi alla demarcazione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo (R. PESSI, *Contributo allo studio della fatti-*

to qualche accreditamento normativo dalle norme di diritto internazionale privato, là dove il diritto applicabile ad un contratto viene individuato, in mancanza di scelta delle parti e di altri parametri, in base alla « prestazione caratteristica »<sup>(8)</sup>.

La seconda teoria, quella della combinazione<sup>(9)</sup>, muove dall'assunto che le discipline dei contratti tipici si riferiscono, in definitiva, alle singole prestazioni che improntano il tipo<sup>(10)</sup>. Ne segue che la disciplina accompagnerà la

---

*specie lavoro subordinato*, Milano 1990; P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milano 1989), mentre lo stesso lavoro subordinato ha formato oggetto di analisi nell'ottica del tipo e dei sottotipi (A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *D. lav.*, 1983, p. 81 ss.).

<sup>(8)</sup> Cfr. l'art. 4, comma 2°, del regolamento CE 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (e già l'art. 4, comma 2°, della convenzione di Roma del 19 giugno 1980).

<sup>(9)</sup> H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit. In Italia, sia pure con adattamenti ed osservazioni critiche, ha avuto il favore, con note diversificate, di G. MESSINA, *I negozi fiduciari*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1948, p. 115 ss.; in parte, di G. DE GENNARO, *I contratti misti*, cit., p. 176 ss. (che, tuttavia, a p. 156, aderisce, sia pure in modo articolato, alla c.d. teoria dell'assorbimento) e di G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit.

Non si può, invece, annoverare *tout court* tra i seguaci della teoria della combinazione A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 67 ss., p. 81 s. (e di recente Id., *I contratti. Parte generale*, 3ª ed., Torino 2009, p. 196), per il quale la diretta e contemporanea applicazione delle discipline di più tipi nasce dalla delimitazione logico-normativa dei contratti misti, individuati come categoria concettuale, ai soli contratti caratterizzati da « duplice sussumibilità », cioè contemporaneamente inquadrabili, senza residui, in due schemi tipici, caratterizzati, evidentemente, dalla genericità di una delle prestazioni (es. locazione e lavoro autonomo). Questi contratti (che H. Hoeniger chiamava *doppeltypische Verträge*, con terminologia ripresa dalla dottrina successiva e, con riguardo alla mistione locazione-lavoro, da O. GASSNER, *Rechtsanwendung beim doppeltypischen Vertrag am Beispiel der Werkdienstwohnung*, in *Arch. fuer die civ. Praxis*, n. 186, 1986, p. 325 ss.) sono, appunto, doppiamente tipici.

Nella dottrina francese essa ha avuto il seguito di J.-F. OVESTAKE, *Essai de classifications des contrats spéciaux*, Paris 1969, p. 121 ss., relativamente all'applicazione delle discipline dettate per le prestazioni caratterizzanti i tipi.

<sup>(10)</sup> Che H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., p. 382 ss., chiamava *Tatbestandsalphabet*, dopo aver fornito un variegato ed estremamente vasto novero di esempi. Egli collega al *Tatbestandsalphabet*, « il punto più importante dell'intero problema dei contratti misti » (p. 385), un programma ambizioso ma irrealizzato: « una teoria generale della fattispecie civilistica, per la quale si deve fare un primo tentativo nel campo ristretto di questo esame, sarebbe contemporaneamente l'inizio di una scienza della legislazione, poiché, indubbiamente, nella sicura delimitazione e nel sicuro ordine delle fattispecie giuridiche è fondata la parte principale della tecnica della legislazione » (p. 386). Per la ricostruzione di questo alfabeto di fattispecie « devono essere sbrogliati in primo luogo gli agglomerati giuridici e devono essere riportati ai loro elementi, dai quali possono formarsi contratti misti in un'altra combinazione; ma non basta soltanto scomporre fattispecie giuridiche, bensì devono essere poste in un certo ordine le parti reperite attraverso la loro scomposizione prima che si possa iniziare a cercare le conseguenze giuridiche afferenti ad esse » (p. 384). In definitiva H. Hoeniger mirava, attraverso una ristrutturazione dei tipi contrattuali volta a cogliere gli effetti che si connettono a ciascun elemento, a pervenire ad una « situazione aggregata più alta (Jhering), ad una distruzione e ad uno scioglimento dei tipi legali di contratto »: « le fi-

prestazione ovunque essa si trovi: donde la contemporanea applicazione diretta delle norme delle prestazioni presenti nel concreto contratto <sup>(11)</sup> con la conseguente necessità di individuare criteri per la soluzione dei conflitti.

La terza teoria, dell'analogia <sup>(12)</sup>, vede nella deviazione dal tipo, che consegue all'innesto di prestazioni ad esso estranee, un impedimento ad applicarne in via diretta le norme: pertanto il contratto misto sarà da considerare come un contratto atipico, a cui si applicheranno in via diretta la disciplina generale del contratto ed in via analogica le discipline proprie dei singoli tipi coinvolti nel concreto contratto. S'intende che, nel contrasto, prevarrà la disciplina applicata in via diretta.

Veniamo al secondo approccio, che si suole definire « metodo tipologico » <sup>(13)</sup>, e che tende ad individuare un criterio con cui cogliere gli ambiti di applicazione delle discipline speciali dei tipi contrattuali e, conseguentemente, la loro fenomenologia. Esso muove da una visione scettica circa l'utilità del concetto, della fattispecie e del procedimento logico sussuntivo; a quest'ultimo andrebbe sostituita la riconduzione al tipo, che si risolve in un procedimento di individuazione della disciplina legato all'impressione d'insieme, di cui, peraltro, non è agevole cogliere la diversità dalla percezione volta a verificare la sussumibilità.

A prescindere dalle critiche che gli sono state mosse <sup>(14)</sup>, tale metodo è

---

gure tipiche sono gli edifici che veramente stanno per essere distrutti, però dai loro materiali (...) deve essere eseguita la nuova costruzione » (p. 387).

<sup>(11)</sup> Una esposizione sintetica ma compiuta della questione in Germania si rintraccia in W. FIKENTSCHER-A. HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10<sup>a</sup> ed., De Gruyter 2006, p. 388 ss.; tra i contributi più recenti v. O. GASSNER, *Rechtsanwendung beim doppeltypischen Vertrag am Beispiel der Werkdienstwohnung*, cit.; K.D. STEIN, *Der gemischte Vertrag im Recht der Ausenbeziehungen der europaeischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin 1986, *passim*.

<sup>(12)</sup> Riferita a O. SCHREIBER, *Gemischte Verträge in Reichsschuldrecht*, cit. Essa è espressamente seguita in Italia da R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, 2<sup>a</sup> ed., Milano 1966, p. 135; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano 1981, p. 231 ss.

<sup>(13)</sup> Anch'esso sorge in Germania: K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1979, p. 323, la cui concezione nasce dall'intento di contrastare i concetti astratti in favore dei concetti concreti; ne segue l'impostazione D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode fuer die Rechtsfindung dergestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin 1971, *passim*; sulla questione v. anche J. KOKERT, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin 1995, *passim*; per una più ampia comprensione della sua elaborazione concettuale, M. WEBER, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della scienza politica*, in *Il metodo nelle scienze storico-sociali*, trad. it., Torino 1958, p. 108; G. LANGENFELD, *Grundlage der Vertragsgestaltung*, 2<sup>a</sup> ed., München 2010, *passim*; J. PETERSEN, *Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre*, Berlin-New York 2008, p. 133 ss. È stato seguito in Italia da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, p. 59 ss., e recentemente ripreso da G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano 1999, *passim*, nell'approccio alle questioni alimentate da questo peculiare modello tipico.

<sup>(14)</sup> B. GRASSO, *Recensione a G. De Nova, Il tipo contrattuale*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1976, p. 1609 e ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 231 ss.; C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Padova 1992, p. 100, nota 16; C. CIOFFI, *Classe concetto e tipo*, cit., p. 65 ss., p.

questione di vocabolario, perché, là dove viene in considerazione il problema della disciplina applicabile, si riduce ad una formula descrittiva dell'analogia. Il procedimento di riconduzione al tipo si fonda, infatti, su una valutazione di compatibilità con gli interessi che caratterizzano la fattispecie concreta, sebbene possa condurre a risultati concreti affini a quelli della teoria della combinazione<sup>(15)</sup>, come accade ogni qual volta la norma speciale non deroghi a quella generale.

Il terzo approccio si spinge ad una critica di fondo alla disciplina per tipi, a cui si imputa l'insufficienza a percepire gli interessi che ciascun contratto concretamente riflette e persegue<sup>(16)</sup>. Alla sterilità della sussunzione nella fattispecie e della riconduzione al tipo andrebbe sostituita la percezione degli interessi funzionale a rintracciare, di volta in volta, la disciplina adeguata al loro perseguimento<sup>(17)</sup>. Ma la fattispecie in sé non è un dato contro

209 ss., p. 266, secondo cui la ricerca della norma applicabile sarebbe condotta nel metodo tipologico a prescindere da una verifica circa la identità di *ratio* che caratterizza l'analogia, sicché gli effetti legali enunciati per uno specifico tipo contrattuale si produrrebbero (anche in ipotesi di contratto atipico) purché vi sia la mera identità tra i singoli spezzoni del contratto e le singole attribuzioni costitutive del tipo legale, anche se nel diverso contesto promuovono una funzione diversa, e richiama a sostegno l'opinione di P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli 2003, p. 417 ss.

Una sintesi sull'esigenza di individuare gli ambiti applicativi delle norme sezionali sui contratti a prescindere dalla sede è in P. VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, in *Contratto e impr.*, 1988, p. 804 ss.

<sup>(15)</sup> Cfr. G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 143 ss.

<sup>(16)</sup> Uno spunto in questo senso si rintraccia in R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 135.

<sup>(17)</sup> Con determinazione — e tuttavia evocando, nelle linee di fondo, il pensiero bettiano in tema di autonomia negoziale: cfr. E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, ora in *Diritto Metodo Ermeneutica, Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano 1991, p. 325 ss., spec. 345 — P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, ora in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli 2003, p. 391 ss., spec. 408 s., secondo cui « è da ritenere superata la distinzione tra tipicità e atipicità nei contratti c.d. misti »; *Id.*, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. d. civ.*, 2000, p. 549 ss.; *Id.*, *La contrattazione tra imprese*, in *R. d. impr.*, 2006, p. 323 ss., spec. 343 ss.; in linea G. BISCONTINI, *Onerosità, correttezza e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli 1984, p. 116 ss.

Il punto era toccato anche dai primi costruttori delle ipotesi di mistione contrattuale: H. HOENIGER, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, cit., nel riferire dei casi che maggiormente si allontanano dai tipi legali — e che chiama « forma base senza fusione di tipi » (p. 32) — e della conseguente questione della conseguibilità di un regime esauriente mediante l'applicazione delle norme generali sulle obbligazioni, rileva che, quando questa non risulta soddisfacente, si dovrebbero ricercare « le speciali norme che si addicono al contratto di questa specie ».

Di recente propugna l'abbandono della fattispecie e del tipo A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, cit., 198 ss., il quale, dopo aver preso sul serio l'illazione che il ricorso alla locuzione « operazione economica » possa aiutare a comprendere meglio il contesto in cui un contratto od un complesso di contratti è destinato ad operare, preferisce adoperare, per alludere allo stesso fenomeno, l'espressione « ope-

cui valga la pena di approfondire energie, perché è un fenomeno neutro<sup>(18)</sup>. Ogni questione circa la sua utilità sorge per l'uso che ne viene fatto, sostanziale o formalistico. E nella prima dimensione la valutazione dell'interprete deve comprendere gli interessi a cui la fattispecie, nella sua concretezza, è strumentale.

Comunque, a prescindere da riflessioni di carattere generale e teorico, il punto, che questo orientamento intende mettere a fuoco, sta nell'esigenza di cogliere la dinamica degli interessi espressi da un contratto in concreto in vista dell'individuazione della disciplina da applicare. Ma proprio da questa prospettiva emerge il fatto che la classificazione per tipi c'è, e manifesta una consistente resistenza al preannunciato tramonto, dacché non si registrano tendenze verso il suo superamento nei tanti dibattiti e progetti sullo *jus condendum* in vista di un diritto europeo dei contratti: qui, invece, alcune regole proprie di determinati tipi sono elevate a regole generali<sup>(19)</sup>, senza che, tuttavia, ciò porti a risultati diversi da una migliore allocazione sistematica di norme che, in sé, posseggono tale portata. Sicché la disciplina per tipi rimane una lente obbligata mediante cui l'interprete deve analizzare gli interessi contrattuali concreti in funzione del regime normativo da applicare.

Le novità degli ultimi due decenni sono piuttosto l'emersione di ulteriori criteri di delineazione delle discipline in funzione degli interessi perseguiti<sup>(20)</sup>; l'accresciuta incidenza della normativa secondaria sulle discipline speciali trasversali ai tipi<sup>(21)</sup>; il richiamo normativo a modelli contrattua-

---

razione negoziale » (p. 81 ss.; p. 208 ss.; p. 245 s.), che è quindi assunta come veicolo per affrontare le questioni alimentate dal collegamento di contratti (p. 157 ss.; p. 247 ss.). Peraltro sia la prima che la seconda espressione, se fossero neologismi, non andrebbero oltre l'innovazione del vocabolario, dacché non apportano elementi di novità né collegano fenomeni prima sfuggiti, ma si limitano a definire con altre parole i criteri classicamente impiegati dalle dottrine sul collegamento negoziale. Sul punto, tra i molti, di recente, M. GORGONI, *Regola generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., p. 33 ss., p. 188 ss.

<sup>(18)</sup> L'osservazione secondo cui la possibilità, accordata alle parti dal diritto internazionale privato, di scegliere la legge applicabile, in tutto o in parte, al contratto rappresenterebbe « un colpo definitivo alla teoria della sussunzione e della riconduzione, cioè alla teoria della fattispecie astratta e del tipo » qualora nella legge straniera di riferimento « non esistesse la fattispecie astratta o non esistesse quel tipo » (così P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 397) non scalfisce la perdurante necessità di accertare quale sia la disciplina applicabile in quell'ordinamento.

<sup>(19)</sup> Alludo, essenzialmente, al *Draft common frame of reference*, il quale contiene, peraltro, un articolo (II.1: 107) dedicato ai contratti misti, che ne delinea la disciplina privilegiando, per quanto possibile, la combinazione.

<sup>(20)</sup> Cfr. G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *R. trim. d. proc. civ.*, 1994, p. 935 ss.; G. GITTI, *La « tenuta » del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 491 ss.

<sup>(21)</sup> Cfr., per una ricognizione, F. CAFAGGI, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *R. trim.*, 2008, p. 95 ss.; inol-

li <sup>(22)</sup> elaborati da « istituzioni » private <sup>(23)</sup>. Ciò suscita ulteriori questioni che, tuttavia, non scalfiscono quella che la teoria dei contratti misti intende risolvere, ed, anzi, possono, almeno in parte, essere affrontate con lo stesso strumentario di fondo, in quanto inerisce all'individuazione dell'ambito di applicazione di una disciplina.

A questo orizzonte teorico piuttosto articolato non corrispondono soluzioni pratiche diversificate se non per quanto attiene alla forma della donazione mista <sup>(24)</sup>. In concreto il problema da risolvere è se vi sia conflitto tra due norme e, in caso affermativo, come risolverlo <sup>(25)</sup>.

---

tre, per una panoramica su quest'ordine di problemi, mi permetto di rinviare ai miei *Autonomia indipendente, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *R. d. priv.*, 2001, p. 515 ss., e *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 257 ss.; AA.VV. (a cura di G. GITTI), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna 2006.

<sup>(22)</sup> Mi permetto di rinviare al mio *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese*, in questa *Rivista*, 2001, II, p. 271 ss.

<sup>(23)</sup> Cfr., ad es., i modelli contrattuali elaborati dall'UNI — Ente Nazionale Italiano di Unificazione, che è un'associazione privata che svolge attività normativa nei settori industriali, commerciali e del terziario. Alcuni di questi modelli sono menzionati da norme primarie: è il caso del contratto di manutenzione basato sui risultati (c.d. *global service*) elaborato dalla UNI 10685 richiamato dall'art. 28, comma 2 *bis*, lett. e), della l. 23 dicembre 1998, n. 448 (introdotto dall'art. 30, comma 8°, della l. 23 dicembre 1999, n. 488): la norma dispone che: « Tra le specifiche misure da adottare in relazione a quanto previsto dal comma 2° gli enti, nella loro autonomia, possono provvedere in particolare a: (...) e) sviluppare iniziative per il ricorso, negli acquisti di beni e servizi, alla formula del contratto a risultato, di cui alla norma UNI 10685, rispondente al principio di efficienza ed economicità di cui all'art. 4, comma 3°, lett. c) della l. 15 marzo 1997, n. 59 ». Dal che si trae la conclusione che quel modello contrattuale, quantunque di fonte privata, e perciò atipico, persegue interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.

<sup>(24)</sup> Da ultimo Cass. 17 gennaio 2010, n. 23215 ha confermato l'orientamento, decisamente dominante in giurisprudenza, secondo cui la donazione mista è una ipotesi di negozio indiretto, e perciò di donazione indiretta (v. in questo senso T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *R. d. comm.*, 1930, II, p. 464 ss.; G. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 227 ss.); essa pertanto non è assoggettata alla prescrizione di forma *ad substantiam* posta dall'art. 782 c.c., e partecipa della natura della donazione solo ai fini stabiliti dall'art. 809 c.c. In senso contrario si era espressa la sentenza cassata, App. Genova 863/2004, ravvisando nella specie una prevalenza della liberalità rispetto alla corrispettività.

Nel senso che la donazione mista è un contratto misto in cui si mescolano corrispettività e non corrispettività v. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 32 s., p. 102 ss.; Id., *La donazione*, in *Tratt. Bessone*, Torino 2005, p. 59 ss.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. Rescigno*, 6, Torino 1997, p. 573; B. AGOSTINELLI, *La donazione mista*, in E. DEL PRATO-M. COSTANZA-P. MANES, *Donazioni, atti gratuiti, patti di famiglia e trusts successori*, Bologna 2010, p. 201 ss., e qui riferimenti ulteriori.

Il problema del *negotium mixtum cum donatione* è certo, accanto alla locazione mista, quello più antico: v., di recente, ma nella prospettiva squisitamente romanistica, R. SCEVOLO, 'Negotium mixtum cum donatione'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008.

<sup>(25)</sup> V., tra i molti, da ultimo, C. CIOFFI, *op. cit.*, p. 3 e ss.; possono ritenersi classici i



2. — Delineato il contesto, vediamone più da vicino i profili tradizionalmente salienti. Dicevamo che il problema nasce dai criteri di legiferazione. Ma alla sua soluzione non ha giovato la genericità con cui l'espressione « contratto misto » è stata adoperata: ampia al punto da imporre la preliminare esigenza di intendersi sul suo significato <sup>(26)</sup>.

Uno sguardo indietro ci porta a ravvisarne la risalente non univocità <sup>(27)</sup>, e la conseguente critica volta a superare una nozione empirica e fondata sul solo dato esteriore della concorrenza delle prestazioni di diversi tipi ed a ricercare una categoria concettuale muovendo dalle note strutturali <sup>(28)</sup>, avvertendo la stretta interdipendenza tra disciplina giuridica e struttura in funzione della costruzione di una categoria dommatica <sup>(29)</sup>, caratterizzata, cioè, da un trattamento giuridico uniforme e diversificato da quelli dei contratti tipici e dei contratti atipici.

---

contributi di T.R. SCHMIDT, *Die Gesetzkonkurrenz im bürgerlichen Recht*, München 1915; A. GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München 1967 e P. SCHLECHTRIEM, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, Frankfurt am Main 1972.

<sup>(26)</sup> Ora l'art. 26 del d. legisl. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici) definisce il « contratto misto » come vedremo più innanzi. Ma, ovviamente, la definizione è limitata al piano sezionale dei contratti pubblici di appalto ecc. e non rileva altrove.

<sup>(27)</sup> Che ancora si ravvisa nell'opera di G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit.; nella dottrina risalente I. LA LUMIA, *Contratti misti e innominati*, in *R. d. comm.*, 1912, I, p. 719 ss.; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *R. it. sc. giur.*, 1934, p. 290; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, loc. cit.; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano, rist. emend., 1973, p. 700 ss., il quale catalogava nel contratto misto in senso ampio tre sottocategorie: quella in cui una parte è tenuta ad una prestazione unitaria a fronte dell'obbligo di adempiere prestazioni multiple dell'altra (contratti di combinazione o gemelli); quella in cui per ambo le parti si riscontrino prestazioni proprie di tipi diversi, combinate in modo che l'intero contratto sia riconducibile ad ambedue i tipi a cui le prestazioni si riferiscono (contratti accoppiati, o tipo « duplice » o ibridi); quella in cui siano presenti nel contratto più elementi fra loro combinati, ciascuno dei quali appartiene ad un certo tipo nominato (contratti con mescolanza di tipi o misti in senso stretto); considera, descrittivamente, contratto misto il conto corrente bancario G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu Messineo*, Milano 1978, p. 490 ss.

Anche la dottrina tedesca ha attribuito all'espressione un significato ampio (tra i primi contributi, O. SCHREIBER, *op. cit.*, p. 111, definiva misti quei contratti « che contengono interamente o in parte tipi contrattuali disciplinati dalla legge, senza coincidere con essi »). Riferisce H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., p. 55, che essa — o una affine, come *Mischvertraege* o *Kombinationsvertraege* è divenuta di uso corrente dopo una dissertazione sulla mescolanza di tipi contrattuali di Blociszewski (*Die Vermengung der Vertragstypen*) del 1905.

<sup>(28)</sup> Cfr. G. DE GENNARO, *I contratti misti*, cit., p. 107; M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, cit., p. 286. La critica era mossa essenzialmente a H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., la cui concezione si fonda sul valore da attribuire alle norme che disciplinano le prestazioni e gli elementi dei singoli contratti tipici (il *Tatbestandsalphabet* di cui si riferiva in precedenza), ed attribuisce natura mista ad un contratto su cui si riscontri la contemporanea applicabilità di almeno due gruppi di norme.

<sup>(29)</sup> Così A. CATADELLA, *La donazione mista*, cit., p. 38 ss.

Il primo passo in questa direzione si coglie, tradizionalmente, nel discernere il caso in cui non vi sia un contratto unico bensì una pluralità di contratti collegati <sup>(30)</sup>. E tuttavia, in concreto, il regime delle prestazioni che caratterizzano tali contratti finisce col coincidere con un'esplicazione della teoria della combinazione — in quanto ciascun contratto soggiace alla applicazione diretta della disciplina che lo contempla — e le conseguenze del collegamento, sintetizzate nella regola *simul stabunt simul cadent*, portano ad assimilare, quanto agli effetti, al contratto unitario il collegamento di contratti <sup>(31)</sup>. L'esigenza della distinzione sorge, invece, naturale quando questi ultimi, benché funzionalizzati ad uno scopo empirico unitario, non sono stipulati tra i medesimi contraenti <sup>(32)</sup>.

Avvertito che non ha soverchia rilevanza l'unità documentale né la presenza di un corrispettivo unitario, un contratto unico si individua nel caso di prestazione prevalente corrispettiva ad una pluralità di prestazioni (c.d. missione unilaterale) e nell'incontro di due prestazioni corrispettive (c.d. missione bilaterale) <sup>(33)</sup>. Di contro la coesistenza di interi schemi contrattuali tipici

<sup>(30)</sup> Notoriamente il tema si sovrappone in ampia misura — a seconda dei significati prescelti — a quello dei contratti misti: cfr., tra i molti, S. ORLANDO CASCIO e C. ARGIROFFI, voce *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, *ad vocem*; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano 1999, *passim*; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova 1999, *passim*; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano 1997, *passim*; B. MEOLI, *I contratti collegati nelle esperienze giuridiche italiana e francese*, Napoli 1999, p. 83 ss.; da ultimo A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, cit., p. 157 ss., il quale ripercorre la questione dell'unità o pluralità contrattuale con dovizia di richiami.

Tra i vari criteri distintivi, già in epoca risalente, la dottrina ha privilegiato quelli oggettivi a scapito del mero intento delle parti richiamandosi prevalentemente alla causa, sebbene questa conservi un significativo margine di ambiguità e si riduca, ai nostri fini, quasi ad una tautologia perché impiegata come proiezione del tipo. Ampiamente seguito è il criterio della subordinazione di un contratto all'altro o del coordinamento di contratti ai fini del perseguimento di uno scopo empirico unitario.

<sup>(31)</sup> V. da ultimo sul punto A. DI BIASE, *op. cit.*, p. 192 ss., il quale, assimilando contratti misti e collegamento di contratti, attribuisce all'unitarietà dell'operazione contrattuale il regime espresso dal brocardo *simul stabunt simul cadent*. Cfr., tuttavia, Cass. 25 settembre 1996, n. 8477, in *F. it.*, 1997, I, c. 2608, che ha escluso la percorribilità dell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) se riferita ad una prestazione di un contratto diverso benché collegato.

<sup>(32)</sup> E la questione, singolarmente, non appare seriamente approfondita nei contributi dottrinali in tema di collegamento di contratti, mentre ha ampi riscontri pratici nei casi di vizi o mancata consegna di cosa il cui prezzo sia stato erogato dal compratore mediante provvista attinta da un finanziamento concesso in modo strumentale all'acquisto, dove la soluzione è approntata al livello normativo (da ultimo dagli artt. 121 e ss. del d. legisl. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.) novellati dal d. legisl. 13 agosto 2010, n. 141).

<sup>(33)</sup> V. A. CATADELLA, *La donazione mista*, cit., p. 25. Già H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., p. 89, osservava che « l'unità del contratto non è un quid ad esso inerente per ragioni intrinseche e naturali, ma una qualità che gli si attribuisce dall'esterno, in diverso senso, secondo il punto di vista da cui lo si considera ». G. MEREU, *Contratti reciproci*, Ca-

porta a presumere una pluralità di contratti distinti benché collegati <sup>(34)</sup>, ma il perseguimento di un assetto di interessi unitario e non scindibile depone per l'unità della funzione e quindi del contratto <sup>(35)</sup>.

Con questo siamo al secondo punto. Appurata l'unità del contratto, quest'ultimo, oltre ad un contenuto complesso <sup>(36)</sup>, presenta elementi propri di diversi tipi disciplinati dalla legge. Qui le antiche ma ricorrenti teorie richiamate in precedenza — dell'assorbimento o prevalenza, della combinazione e dell'analogia — offrono una soluzione al problema della disciplina, ma lasciano in ombra, almeno nelle prime elaborazioni, le ragioni, necessariamente inerenti alla funzione del contratto, su cui si fondano.

Solo i fautori della teoria della combinazione <sup>(37)</sup> imprimono alla nozione la portata di una categoria: segnatamente là dove, in una accezione tecnica, il contratto misto si ravvisa solo quando un singolo contratto concreto si inquadri compiutamente e senza residui in due schemi tipici <sup>(38)</sup>, perché in questo caso non è dubbia la contemporanea applicazione diretta della disciplina dei due tipi.

Una corretta percezione di tale prospettiva aiuta a comprendere che il problema concreto non è la costruzione di categorie concettuali quanto piuttosto la disciplina applicabile ad un certo contratto. E con questo torniamo alla considerazione da cui siamo partiti: la relazione tra disciplina dei tipi e vicende fattuali.

3. — Questa relazione pone la questione di fondo. A prescindere dalle prospettive, finanche epistemologiche, da cui può essere affrontata <sup>(39)</sup>, essa si riduce, da un lato, alla percezione dell'assetto di interessi concretamente perseguito, dall'altro alla individuazione della portata di un tipo o di un modello contrattuale normativamente regolato. A tale individuazione concorre la cernita dei criteri normativi di tipizzazione, di cui, nel tempo, si è andata accentuando <sup>(40)</sup> la varietà in concomitanza con l'emersione di ulteriori esigenze

---

gliari 1923, p. 71 ss., configurava il contratto di reciprocità come contratto innominato di natura bilaterale avente ad oggetto la conclusione di due contratti (appunto reciproci) da effettuarsi contemporaneamente tra le medesime parti; i presupposti di tale connessione erano indicati nell'identità dei contraenti, nella dipendenza reciproca dei contratti di guisa che l'esecuzione dell'uno è subordinata all'esecuzione dell'altro, nell'unità del fondamento economico e giuridico.

<sup>(34)</sup> V. già Cass. 17 marzo 1978, n. 1346.

<sup>(35)</sup> V., in tal senso, A. CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 198.

<sup>(36)</sup> Anche qui una antica ricostruzione si attinge dalla dottrina coeva all'elaborazione del BGB: REGELSBERGER, *Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Vertragsgen?*, in *ACP*, 1890, p. 452.

<sup>(37)</sup> Già H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit. 4, e G. DE GENNARO, *I contratti misti*, cit.

<sup>(38)</sup> A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 32 ss.; O. GASSNER, *op. cit.*, p. 333, con riguardo al godimento dell'alloggio di servizio.

<sup>(39)</sup> Cfr., per una diffusa trattazione, C. CIOFFI, *op. cit.*, p. 33 ss.

<sup>(40)</sup> V. *supra*, note 20-22.

di tutela sovente estranee alla dinamica dei tipi <sup>(41)</sup> e talvolta concepite per inibire o plasmare realtà effettuali a prescindere dal modello contrattuale adoperato per perseguirle, ponendo impronte normative effettuali. Si pensi, ad esempio, oltre al caso, ormai non recente, della riconduzione di tutti i contratti « agrari » tra le cui prestazioni vi sia la concessione in godimento o il conferimento di un fondo rustico al tipo imperativo dell'affitto di fondo rustico dettato dall'art. 27 della l. 3 maggio 1982, n. 203 <sup>(42)</sup> (salva l'ammissibilità degli accordi in deroga dettata dall'art. 45 della stessa legge), alla tutela contro l'abuso di dipendenza economica (art. 9 legge 18 giugno 1998, n. 192), che muove da una nozione circoscritta della « subfornitura » senza tuttavia descrivere un tipo contrattuale, ed alla tutela contro l'usura (art. 644 c.p.), il cui ampliato spettro applicativo, a seguito della riforma del 1996, ne ha esteso la portata oltre il mutuo. La questione, naturalmente, abbraccia le esplicazioni giurisprudenziali dei divieti: così alla concezione essenzialmente effettuale del divieto del patto commissorio (art. 2744 c.c.) è corrisposta l'individuazione dell'alienazione in garanzia, ed a quest'ultima si tende a sottrarre — non sempre in modo persuasivo — la locazione finanziaria di ritorno (*c.d. sale and lease back*) in quanto caratterizzata, in assenza delle ragioni empiriche su cui si fonda il menzionato divieto, da funzione di finanziamento <sup>(43)</sup>.

Il criterio generale di demarcazione dei tipi — e conseguentemente di inquadramento di un concreto contratto nell'ambito di un tipo — è dato dalle prestazioni e dalle note che le caratterizzano (ad es. la somministrazione) o dallo scopo a cui esse sono funzionali (art. 1965 c.c.); ed in ragione di tale criterio viene in rilievo tanto la portata delle nozioni dettate per i singoli tipi <sup>(44)</sup>, quanto i dati tipizzanti che emergono dalle corrispondenti discipline <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(41)</sup> È quanto è accaduto, ad esempio, per i contratti del consumatore, dove si avverte il problema dell'applicazione della relativa disciplina speciale ai casi di beni destinati ad uso promiscuo. Nei contratti bancari, nella disciplina speciale del T.U.B. (d. legisl. 1° settembre 1993, n. 385) e nella normativa secondaria, il tema si può sintetizzare nella « connotazione » del contratto (cfr. G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, cit.; per una verifica di questi problemi in un settore specifico v. R. RESTUCCIA, *Profili del contratto di gestione patrimoniale individuale*, Milano 2009, *passim*).

<sup>(42)</sup> In proposito era avvertito l'interrogativo circa il destino del comodato di fondo rustico. Il problema, qui, è dato dall'esigenza di stabilire se il comodato possa possedere qualche « connotazione » di agrarietà tale da ricondurlo alla previsione dell'art. 27 della l. 203/1982: ed è da risolvere in senso negativo in ragione dell'onerosità che caratterizza i contratti agrari (per questa soluzione mi permetto di rinviare al mio *Atipicità « limitata » dell'inadempimento causa di risoluzione dell'affitto di fondo rustico*, in *G. it.*, 1986, I, 1, p. 417 ss.).

La « riconduzione » al tipo imperativo si inquadra nel contesto del primo comma dell'art. 1322.

<sup>(43)</sup> Da ultimo Cass. 9 marzo 2011, n. 5583, in *Notariato*, 2011, p. 259.

<sup>(44)</sup> A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 49 ss. Sul senso normativo delle nozioni v. A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano 1977, *passim*.

<sup>(45)</sup> V. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., p. 63 ss.; M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 189 ss., p. 207; C. CIOFFI, *op. cit.*, p. 86 ss., dove è una analitica ricognizione dei criteri di tipizza-

Con la concomitante presenza di note di più tipi sorge l'esigenza di ricercare il centro di gravità del contratto per stabilire dove collocarlo. Ma l'alternativa, in concreto, non è tra tipi ma tra singole disposizioni: e, per risolverla, il ricorso al tipo è un veicolo di generalizzazione non sempre, come vedremo, persuasivo.

Per il modo in cui vengono normativamente delineati, si distinguono tipi ad ambito ristretto e tipi ad ambito ampio <sup>(46)</sup>. I primi sono individuati da prestazioni specifiche, i secondi da una prestazione generica, come il « corrispettivo » (è il caso della locazione, art. 1571 c.c., e del contratto d'opera, art. 2222 c.c.). Controverso è se la prestazione pecuniaria (il « prezzo »: ad es. nella vendita, art. 1470, e nell'appalto, art. 1655 c.c.) sia da considerare o meno generica <sup>(47)</sup>: il punto rileva ai fini dell'applicazione diretta o analogica della normativa del tipo caratterizzato da un prezzo <sup>(48)</sup>, sebbene vada tenuto presente che nell'ambito della disciplina di un tipo si possono rintracciare norme che lo regolano in tutta la sua ampiezza ed altre dettate per alcune specifiche modalità in cui esso può presentarsi.

Dicevamo che il tipo può essere descritto in ragione dello scopo: è quanto accade nella transazione, la cui nozione (art. 1965 c.c.) non individua il tipo in base al contenuto di una od entrambe le prestazioni, ma descrive una funzione assolvibile da qualsiasi prestazione di cui le parti possano disporre, porre fine ad una lite già incominciata o prevenire una lite che può sorgere, con la possibilità di disporre anche di diritti estranei alla controversia: il che qualifica come concessioni le prestazioni transattive. L'idoneità dello schema transattivo ad assorbire qualsiasi prestazione in funzione della composizione della lite lo rende ampio al punto da escludere che la c.d. transazione mista — quella in cui si dispone di diritti non controversi — possa annoverarsi tra i contratti misti <sup>(49)</sup>. L'adempimento delle prestazioni in cui si sostanziano le « concessioni » sarà regolato dalla disciplina del tipo a cui esse appartengono nei limiti della compatibilità col regime della transazione <sup>(50)</sup>.

---

zione emergenti dalle singole discipline; nella prospettiva dell'*intuitus personae* A. CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, ora in *Scritti giuridici*, Padova 1991, p. 169 ss.

<sup>(46)</sup> Cfr. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, loc. cit.

<sup>(47)</sup> Per la soluzione negativa v. A. CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, p. 56 ss., e qui un'analisi della terminologia del codice civile relativamente ai « corrispettivi »; per la affermativa G. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 126; G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 273.

<sup>(48)</sup> In modo peculiare si atteggia, invece, la prestazione pecuniaria nel lavoro subordinato, in quanto si caratterizza per la sua funzione di sostentamento del lavoratore e della sua famiglia ai fini dell'art. 36 Cost.

<sup>(49)</sup> Sul punto, e per ulteriori riferimenti dottrinali, rinvio al mio *La transazione*, rist., 1992, p. 1 s., p. 29 ss. Altra questione è il nesso tra controversia e lite, nel senso che la transazione è il contratto funzionale a comporre la lite, ma quest'ultima può anche risultare « superata » restando relegata al novero dei motivi di un altro contratto (cfr. il mio *Superamento della lite e transazione*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano 2006, p. 173 ss.).

<sup>(50)</sup> È da tener presente che quella della vendita (art. 1470 e ss. c.c.) opera come disci-

Talvolta, poi, il tipo emerge da una funzione non descritta normativamente mediante uno schema contrattuale, come avviene per la divisione (art. 753 e ss. c.c.), che realizza lo scioglimento della comunione mediante l'apporcionamiento sottraendosi, finanche, ad una qualificazione in chiave di onerosità/gratuità<sup>(51)</sup>.

I criteri di analisi propri dei tipi sinallagmatici solo in parte si adattano alle discipline dei contratti associativi del primo libro del codice civile (associazioni, comitati) e di quelle figure speciali ad essi assimilabili. Anche qui, però, si è dibattuto se l'associazione fosse un unico tipo contrattuale su cui innestare la personalità giuridica<sup>(52)</sup>, con la conseguente applicabilità diretta alle associazioni non riconosciute delle norme dettate per le associazioni riconosciute, con l'eccezione di quelle inerenti al riconoscimento. La preferibile soluzione negativa porta a negare che l'associazione non riconosciuta debba avere inderogabilmente un'organizzazione strutturata con assemblea e amministratori, e preclude l'applicabilità estensiva delle norme cogenti dettate per

---

plina generale del trasferimento di diritti a titolo oneroso: ma non si applicherà la garanzia per evizione né quella per vizi alla disposizione della cosa controversa, perché in questo caso la transazione produce un effetto dispositivo (far cessare la controversia sulla proprietà della cosa) non traslativo. Vigeranno, invece, entrambe le garanzie se la concessione transattiva abbia ad oggetto il trasferimento di una cosa non controversa (rinvio ancora al mio *La transazione*, cit., p. 42).

<sup>(51)</sup> Molto avvertito è il problema del regime da applicare nel caso in cui la divisione sia realizzata mediante una transazione o in concomitanza con questa. Le discipline di entrambi gli schemi, infatti, derogano alla norma dettata in tema di rescissione per lesione nel regime del contratto in generale (art. 1448 c.c.).

La transazione non è rescindibile per lesione (art. 1970 c.c.) perché la controversia, che ne costituisce la premessa funzionale, impedisce di ravvisare un parametro oggettivo su cui commisurare la lesione *ultra dimidium* (questa, a mio avviso, è la *ratio* dell'eccezione, ma essa è dibattuta: ulteriori riferimenti nel mio *La transazione*, cit., p. 123 ss.).

La divisione, di contro, è rescindibile per lesione *ultra quartum* (art. 763 c.c.) senza necessità dello stato di bisogno e dell'approfittamento: il che si spiega con la sua natura, da un lato puramente ricognitiva della situazione giuridica (comproprietà e quote), dall'altro volta a tradurre tale situazione in porzioni corrispondenti alle quote, che consente di ravvisare nella rescindibilità *ultra quartum* anche un rimedio all'errore nell'attività determinativa (cfr., sul punto, il mio *Le annullabilità*, in *Tratt. Roppo, IV-Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Milano 2006, p. 234 ss.).

Sull'annoso problema della concomitanza di transazione e divisione, v. W. BIGIAVI, *Divisione transattiva e transazione divisoria*, in *Temi emil.*, 1930, I, 1, p. 123 ss.; L.V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, in *R. trim.*, 1963, p. 540 ss., spec. p. 560 s.; Id., *La transazione mista*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli 1972, p. 469 ss.

<sup>(52)</sup> Per la soluzione affermativa F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, artt. 36-42, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1976, p. 177 s.; per la negativa, tra i molti, M. BASILE, voce *Associazioni non riconosciute*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma 1983, *ad vocem*; una ampia riflessione è in AN. FUSARO, *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi e esperienze atipiche*, Padova 1991, p. 100 ss. Un abbozzo di riflessione circa le ipotesi di mistione nei contratti associativi è svolto da G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 312 ss.

le associazioni riconosciute<sup>(53)</sup>, che non si caratterizzano per imperatività materiale<sup>(54)</sup>.

A prescindere dalla loro chiusura, gli schemi societari, da un lato, sono analiticamente regolati, dall'altro si espandono al punto da coprire (cfr. l'art. 2247 c.c.) ogni novero di attività strumentale ad uno scopo di lucro, cioè alla distribuzione di utili ai soci, sicché si sottraggono ad una valutazione di atipicità secondo la prospettiva del libro delle obbligazioni. Alle prestazioni in cui si sostanziano i conferimenti si applicheranno le norme che le caratterizzano nell'ambito dei tipi in cui sono previste<sup>(55)</sup>.

Si sottraggono ad una valutazione in chiave di atipicità, sebbene per ragioni sensibilmente diverse, anche i contratti costitutivi di diritti reali, dove il problema della tipicità è trasferito dal contratto al diritto reale e, perciò, non rileva nella fenomenologia contrattuale<sup>(56)</sup>.

4. — La soluzione del conflitto tra norme è, talvolta, individuata al livello normativo. La si rintraccia<sup>(57)</sup> nell'ipotesi di mistione contrattuale con riscontri più antichi, quella in cui sono legate, in un nesso di parziale o integrale corrispettività, una prestazione d'opera o lavorativa ed una prestazione locativa<sup>(58)</sup>.

La soluzione è dettata da una norma estranea alla « sede » civilistica, ma non per questo non idonea a regolare i profili sostanziali del rapporto contrattuale: l'art. 659 c.p.c., rubricato « rapporto di locazione d'opera », secondo cui

<sup>(53)</sup> V., con riguardo all'inapplicabilità dell'art. 24 c.c. all'associazione non riconosciuta ed alla conseguente validità della clausola statutaria che demandi ad un organo diverso dall'assemblea l'esclusione di un associato v. Cass. 10 dicembre 1988, n. 6725, in *Nuova g. civ. comm.*, 1990, I, p. 9 ss., con nota di M.V. DE GIORGI.

<sup>(54)</sup> Cioè non intendono impedire un effetto a prescindere dallo strumento adoperato per perseguirlo.

<sup>(55)</sup> Una diffusa analisi è svolta sul punto da H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., p. 45, il quale considera la società un « contratto misto senza commistione di tipi »: il che deriva dall'attitudine della società a comprendere molteplici prestazioni e dal fatto che i conferimenti dei soci possono consistere in prestazioni proprie di altri tipi contrattuali. La questione è ripresa, con riferimento alle prestazioni dovute dalla società ai soci, da T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 468, il quale osservava che « un caso limite è quello offerto dalle mutue assicuratrici nelle quali la prestazione della società verso ciascun socio è quella stessa di un assicuratore, pur rimanendo sempre il contratto di società », concludendo nel senso che all'intero rapporto si debba applicare « la prescrizione dettata per il contratto di società, pur convenendo sulla subordinata applicazione di alcune norme sulle assicurazioni ».

<sup>(56)</sup> La questione è affrontata da M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 232 ss.

<sup>(57)</sup> Un caso di mistione « unilaterale », con applicazione della regola della prevalenza, era contemplato dall'art. 1554 c.c. abr., in tema di permuta, per stabilire l'applicabilità della rescissione per lesione — prevista, in quel codice, solo a favore del venditore (art. 1536) — alla permuta in cui era « convenuto a carico di uno dei permutanti un rifacimento in danaro che supera il valore dell'immobile da lui dato in permuta », la quale era considerata normativamente una vendita.

<sup>(58)</sup> Ne riferisce H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., p. 349.

« se il godimento di un immobile è il corrispettivo anche parziale di una prestazione d'opera, l'intimazione di licenza o di sfratto (...) può essere fatta quando il contratto viene a cessare per qualsiasi causa ». Dunque, non vige in tal caso la disciplina inderogabile sulla durata del rapporto locativo: il contratto è anche locazione, e tuttavia viene disapplicato un profilo inderogabile della disciplina di questo tipo. La norma evoca l'atteggiarsi romanistico della tipologia contrattuale: una disposizione processuale che plasma il rapporto sostanziale.

Ma anche la soluzione normativa presuppone un criterio che ne definisca l'ambito cogliendone la funzione. Secondo la scarsa giurisprudenza sul tema l'art. 659 c.p.c. « non si riferisce alle sole ipotesi di custodia, portierato e guardiana, ma a tutte quelle di concessione in godimento di un immobile funzionalmente collegata con un rapporto di prestazione d'opera in modo da costituirne, anche parzialmente, il corrispettivo »<sup>(59)</sup>, dove « funzionalmente » allude ad un mero legame di corrispettività, anche parziale.

Di contro la cessazione della prestazione locativa trova la sua ragion d'essere nel fatto che « il godimento dell'immobile non trova la sua fonte in un distinto contratto di locazione, ma in un contratto di lavoro », di modo che « la concessione in godimento non è fine a se stessa ma riveste nell'economia del contratto, che appunto per questo è caratterizzato da una diversa funzione economico-sociale, una rilevanza accessoria e non primaria, ricollegata alla prestazione d'opera »<sup>(60)</sup>.

In altri termini la prestazione locativa deve essere strumentale a quella lavorativa; ne segue che il centro di gravità del contratto è nel lavoro, e ciò spiega la subordinazione del regime della locazione a quello della prestazione d'opera<sup>(61)</sup>.

---

<sup>(59)</sup> Così Cass. 21 giugno 1984, n. 3680, in *G. it.*, 1985, I, 1, c. 308, con mia nota contraria *Concessione di immobile in godimento collegata con prestazione d'opera*, dove sono esaminati i possibili atteggiamenti del rapporto. Cass. 12 marzo 1986, n. 2674, ha affermato che il godimento dell'immobile si fonda sul contratto di lavoro, che, perciò, ha portata assorbente; secondo Cass. 5 maggio 2003, n. 6800, in *Arch. civ.*, 2004, p. 408, l'art. 659 c.p.c. si applica anche al caso di contratti collegati, pur confermando la sentenza di merito che, nella specie, aveva escluso un'ipotesi di collegamento.

<sup>(60)</sup> Con questo argomento Corte cost., 17 dicembre 1975, n. 238, in *G. it.*, 1976, I, 1, p. 721, ha respinto la censura di illegittimità costituzionale in relazione agli artt. 2, 3 e 24 Cost., secondo cui la disposizione in commento determinerebbe una irrazionale disparità di trattamento (sia in relazione all'interesse a disporre di una casa di abitazione, sia riguardo al diritto di difesa) tra i conduttori-prestatori d'opera e gli altri conduttori, giacché questi ultimi fruiscono della favorevole disciplina vincolistica sulle locazioni (così Pret. Cavarzere 17 aprile 1973, in *G. it.*, 1974, I, 2, c. 412). La Corte costituzionale, oltre ad affermare quanto riportato nel testo, ha sottolineato l'applicabilità dell'art. 659 c.p.c. ai soli casi in cui la cessazione del rapporto di lavoro non sia più controversa.

<sup>(61)</sup> Con la conseguente inapplicabilità del regime vincolistico circa la durata delle locazioni: cfr. Cass. 21 ottobre 1982, n. 5474, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1242 ss., secondo cui, in tal caso « il rapporto locativo assume carattere atipico ».

L'indagine sulla mistione tra locazione e prestazione lavorativa, pur risalendo agli esordi del tema, è stata ripresa da O. GASSNER, *op. cit.*, p. 325 ss., con specifico riguardo all'alloggio di servizio, alla cui vita nell'ombra sul piano normativo corrisponde una notevole ri-



Ad un livello definitorio, e quindi più generale, si colloca l'emersione normativa interna della locuzione « contratti misti », avvenuta recentemente ad opera dell'art. 14 del d. legisl. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici) <sup>(62)</sup>. Qui però la nozione ha una portata esclusivamente « sezionale »: è strumentale, cioè, alla materia dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture <sup>(63)</sup>. Essa, è impiegata per risolvere il problema della qualificazione del contratto allo scopo di assoggettarlo ad una disciplina esclusiva: ed il regime dettato dal citato art. 14 è appunto volto a stabilire la prevalenza, tendenzialmente sulla base del valore, di una prestazione sulle altre in vista della qualificazione del contratto <sup>(64)</sup>. Perciò la nozione è impiegata in un ambito circoscritto: ma sorge l'interrogativo se il criterio esprima un principio generale, ormai sancito sul piano normativo.

Senonché l'interrogativo è in sé fallace, perché non coglie il nocciolo del problema: il quale, infatti, non è di stabilire se sia necessario ricercare una

---

levanza pratica in considerazione del fatto che, già nel 1986, riguardava in Germania oltre un milione di persone (l'a. tocca anche, nella prospettiva della protezione del contraente « debole », il problema del rapporto con la normativa sull'incremento del canone locativo: p. 346 ss.).

<sup>(62)</sup> E richiamata dall'art. 8, comma 1°, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione e attuazione del d. legisl. 163/2006.

<sup>(63)</sup> Un altro caso, ormai superato, era nell'art. 13, comma 3°, della l. 15 settembre 1964, n. 756, in tema di contratti agrari, il quale disponeva che: « Ai contratti che contengono elementi comuni ad uno o a più tipi di contratto si applicano esclusivamente le disposizioni che regolano il contratto tipico e il tipo di contratto prevalente ».

<sup>(64)</sup> Questo il testo dell'art. 14 d. legisl. 163/2006:

« Contratti misti.

1. I contratti misti sono contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture; servizi e forniture.

2. I contratti misti sono considerati appalti pubblici di lavori, o di servizi, o di forniture, o concessioni di lavori, secondo le disposizioni che seguono:

*a)* un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un "appalto pubblico di forniture";

*b)* un contratto pubblico avente per oggetto prodotti e servizi di cui all'allegato II è considerato un "appalto pubblico di servizi" quando il valore dei servizi supera quello dei prodotti oggetto dell'appalto;

*c)* un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un "appalto pubblico di servizi".

3. Ai fini dell'applicazione del comma 2°, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto.

4. L'affidamento di un contratto misto secondo il presente articolo non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza ».

prestazione prevalente quanto, piuttosto, di accertare se in concreto vi sia prevalenza. Del resto, lo stesso terzo comma dell'art. 14 d. legisl. 163/2006 chiarisce che la prevalenza, quantunque in termini economici, non va intesa in senso meramente quantitativo. Ne emerge la regola secondo cui la qualificazione presuppone l'accertamento della prestazione « principale » a prescindere dal suo valore economico in relazione alle « caratteristiche specifiche dell'appalto ».

Questa regola è effettivamente ricognitiva di un criterio generale insito nel procedimento di qualificazione: è pacifico, infatti, che a tal fine occorre cogliere la funzione in concreto del contratto. Ma la regola non significa che vada comunque rintracciata una prestazione assorbente, finanche a scapito dell'effettività dell'assetto di interessi perseguito.

L'assorbimento, dicevamo, costituisce il criterio di soluzione formulato da una risalente dottrina e privilegiato dalla giurisprudenza: il quale, sul piano delle categorie generali, riconduce il contratto misto nell'alveo di un contratto tipico <sup>(65)</sup>. È, quindi, acconcio quando sia effettivamente possibile stabilire che una prestazione è principale in quanto informa la funzione del contratto <sup>(66)</sup>; le altre prestazioni soggiaceranno alla disciplina dei tipi a cui appartengono nei limiti in cui non collida con la disciplina del tipo assorbente <sup>(67)</sup>.

Esso appare accreditato dalle regole di diritto internazionale privato là

<sup>(65)</sup> La notazione risale a G. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 171 s. ed è ripresa da A. CATAUDELLE, *La donazione mista*, cit., p. 45.

<sup>(66)</sup> Senza, peraltro, necessariamente far assumere alle altre prestazioni carattere accessorio (cfr. Cass. 20 gennaio 2005, n. 1150; Cass. 28 novembre 1994, n. 10158; Cass. 24 luglio 2000, n. 9662).

<sup>(67)</sup> È quanto accade — si diceva — per le prestazioni in cui si sostanziano le concessioni transattive ai sensi dell'art. 1965, comma 2<sup>o</sup>, c.c.

Nella giurisprudenza, in linea generale, v. Cass. 2 dicembre 1997, n. 12199; Cass. 12 aprile 1999, n. 3578; Cass. 20 gennaio 2005, n. 1150. Non ritengo, peraltro, che ciò si risolva in una applicazione analogica; se ciò fosse, infatti, dovrebbero applicarsi le disposizioni sul contratto in generale a scapito di quella speciale, mentre, invece, quest'ultima troverà comunque applicazione nei limiti della compatibilità col regime del tipo assorbente (pensiamo al caso di una locazione « a prova », a cui potranno applicarsi le norme sul patto di prova nella compravendita, che non hanno virtù informativa del tipo né contrastano con la funzione locativa; ad una permuta con conguaglio mediante una prestazione d'opera, sia pure in posizione secondaria rispetto alla prestazione traslativa).

Pur aderendo alla teoria della combinazione G. DE GENNARO, *op. cit.*, 174 s., criticava giustamente la tesi del *Tatbestandsalphabet* di H. Hoeniger (su cui *supra*, nota 10) osservando come « perché si possa parlare di applicazione diretta e non analogica non sia sufficiente la perfetta coincidenza tra le esteriori fattispecie considerate, ma occorre anche che la fattispecie legale si presenti, nel caso concreto, rivestita della sua funzione tipica, e non in una posizione di subordinazione funzionale rispetto ad un'altra. Infatti, in quest'ultima ipotesi, la prestazione non è voluta per se stessa, nella funzione che le è tipica, ma solo come mezzo per raggiungere uno scopo di diversa natura ».

Sotto il regime del codice previgente la natura accessoria della prestazione volta alla produzione delle cose da fornire aveva portato a qualificare la somministrazione, allora atipica, come vendita.

dove il diritto applicabile è dato, in mancanza di scelta dei contraenti e di altre soluzioni, « dalla legge del paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale »<sup>(68)</sup>. Tuttavia non sempre è possibile scorgere una « prestazione caratteristica » — la quale, peraltro, viene individuata in negativo, per il fatto di non consistere in una somma di denaro<sup>(69)</sup>, mentre non è affatto scontato che possa essere colta solo in base al dato quantitativo<sup>(70)</sup> —.

In mancanza di una prestazione funzionalmente principale<sup>(71)</sup>, l'assorbimento si risolverebbe in un ingiustificato limite all'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.) ed alla indiscriminata vigenza del regime sul contratto in generale (art. 1323 c.c.)<sup>(72)</sup>, la quale — va tenuto presente — può ricavarsi anche dalla disciplina di contratti tipici, come accade per la vendita<sup>(73)</sup>. Esso, infatti, non è praticabile nei casi di c.d. mistione bilaterale, dove l'oggetto del contratto consiste in due prestazioni l'una corrispettiva dell'altra<sup>(74)</sup>, né, in generale, può essere praticato ove determini lo straripamento di un tipo oltre la funzione per cui è stato concepito<sup>(75)</sup>. In definitiva si tratta di un criterio

---

<sup>(68)</sup> La disposizione è ora contenuta nell'art. 4, comma 2°, del regolamento CE n. 593/2008 del 17 giugno 2008 (c.d. Roma I), relativo alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ed era stata introdotta dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980.

<sup>(69)</sup> In argomento v. M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano 1989, p. 330 ss. Un parallelo con le questioni proprie del diritto internazionale privato è tracciato da O. GASSNER, *op. cit.*, p. 337.

<sup>(70)</sup> Eloquente è il tenore del già richiamato comma 3° dell'art. 14 del d. legisl. 163/2006.

<sup>(71)</sup> Peraltro non si può parlare di assorbimento se lo schema tipico entro il quale si colloca il contratto concreto è delineato con ampiezza tale da ricomprenderlo, come accade per i tipi caratterizzati da un corrispettivo generico. Per descrivere tale fenomeno, talvolta, si fa riferimento all'idea di una « causa » generica: ma la causa, col suo perdurante alone di mistero, non aiuta a cogliere la sostanza della questione; e tuttavia è stata (G. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 183 ss.) ed è tuttora impiegata (G. SICCHIERO, *op. cit., passim*) come dato, sia pure lessicale, di impostazione del tema.

<sup>(72)</sup> Lo rilevava già O. SCHREIBER, *op. cit.*, p. 151.

<sup>(73)</sup> Che appresta la disciplina generale dell'alienazione onerosa. Cfr. in argomento P. VIUCCI, *op. cit.*, p. 809; e più in generale M. GORONI, *op. cit.*, p. 66 ss., dove ulteriori riferimenti.

<sup>(74)</sup> In questo caso PH. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, cit., p. 161 ss., probabilmente persuaso dalla matrice lavoristica della sua opera, attribuiva natura assorbente alla prestazione svolta professionalmente (nel caso della mistione tra contratto d'opera e locazione). Ma nel caso della mistione tra contratto d'opera e contratto di lavoro subordinato, che definiva, a seconda del suo atteggiarsi, *Werkdienstvertrag* e *Dienstwerkvertrag*, egli ravvisava dei « centauroi che il BGB non conosce » (p. 161), mentre rilevava che « ove lavoro ed uso della cosa vengano messi in un rapporto di scambio in un contratto bilaterale, può esserci o una locazione o un contratto d'opera. Uno e uno soltanto deve essere presente ».

<sup>(75)</sup> In effetti, nella sua formulazione originaria (PH. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag*, cit., p. 193 ss.) l'assorbimento era destinato ad operare in un ambito ristretto, e cioè per i casi di mistione unilaterale (cioè per individuare una prestazione principale tra quelle dovute da un contraente) ed aveva un solido fondamento logico (ed entro quest'ambito trovò l'adesione di T. ASCARELLI, *op. cit.*, p. 465, e di G. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 127, p. 156, p. 175 s.):

che rispecchia una soluzione adeguata per un'area di ipotesi concrete, senza assurgere a regola generale.

La stessa conclusione vale per le altre due teorie classiche, quella della combinazione e quella dell'analogia.

Quest'ultima, nella sua formulazione originaria <sup>(76)</sup>, muoveva dalla premessa, rigida e riduttiva, che l'applicazione diretta della disciplina di un tipo contrattuale fosse possibile solo al contratto concretamente coincidente col tipo fin nei dettagli. In altri termini, le discipline dei tipi contrattuali non avrebbero alcun valore astratto, ma opererebbero alla stregua di « decisioni » di casi concreti. Da qui la totale equiparazione dei contratti misti ai contratti atipici <sup>(77)</sup>: alla applicazione solo analogica della disciplina dei singoli tipi conseguirà la prevalenza delle disposizioni sul contratto in generale in caso di incompatibilità.

Opportunamente dimensionata, essa ha un ambito applicativo a quei casi in cui la pluralità di prestazioni impedisce di ravvisare la funzione corrispondente ad un determinato schema tipico, a cui segue la semplice atipicità del contratto: che non preclude, dopo una attenta valutazione di compatibilità, l'applicazione analogica delle norme dettate per un tipo che presenti affinità con l'assetto di interessi voluto dai contraenti.

La teoria della combinazione consente, invece, di attribuire al contratto misto l'impronta di una categoria <sup>(78)</sup>, caratterizzata dalla contemporanea applicazione diretta delle discipline di più schemi tipici. Tuttavia, se generalizzata, anche una prestazione è prevalente perché le altre servono a renderne possibile l'adempimento o a completarla, e quindi non sono dedotte nel contratto per se stesse, ma per il nesso funzionale che le lega alla prima. Tuttavia in seguito l'assorbimento è stato impiegato sino a comprendere una valutazione quantitativa delle prestazioni (su cui era ampiamente critico G. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 129).

<sup>(76)</sup> O. SCHREIBER, *op. cit.*, p. 111 ss., p. 168.

<sup>(77)</sup> O. SCHREIBER, *op. cit.*, 210 s.; immediata la critica di A. ASQUINI, *Il contratto di trasporto di persone*, Padova 1915, p. 83, secondo cui, così facendo, si perveniva ad una « semicollocazione a riposo » delle norme sui contratti tipici.

Più suggestiva l'impostazione di F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in questa *Rivista*, 1959, I, p. 412 ss. spec., p. 426: « l'espressione misto sta ad indicare soltanto, quasi come attraverso un procedimento da laboratorio chimico, l'origine composita di questi contratti. Senonché, la rilevanza della formula di composizione si esaurisce nel momento in cui si è giunti ad un tutto unitario: dire perciò che questa unità è la risultante dei vari elementi concorrenti significa fermare la propria osservazione su un momento logico che è già stato superato dall'aver postulato l'unità (...). In sostanza è attraverso l'indagine sulla disciplina giuridica che può a volte venire in luce la struttura composita di questi contratti (per sé priva di rilevanza); ma non è attraverso l'esame di questa composizione che può venire alla luce la disciplina: semmai si potrà dire che è rilevante la struttura (composita) ma non la composizione ».

<sup>(78)</sup> Peraltro, già agli esordi del tema, non mancavano valutazioni scettiche intorno all'utilità di una nozione dommatica di contratto misto: nella dottrina italiana, A. GIOVENE, *Il contratto di albergo (artt. 656-659 del Progetto del IV libro del codice civile)*, in *R. d. comm.*, 1940, p. 157 ss.; successivamente F. DI SABATO, *op. cit.*, p. 425 ss.; L.V. MOSCARINI, *Gli atti equiparati alla divisione*, cit., p. 544.

essa è fuorviante <sup>(79)</sup>, mentre si attaglia spontaneamente solo ad un novero limitato di casi, quelli in cui vi è un nesso sinallagmatico solo tra due prestazioni caratterizzanti due tipi ad ambito ampio, nei quali, cioè, la controprestazione è individuata in un generico « corrispettivo » (il caso della locazione e del contratto d'opera) <sup>(80)</sup>. Qui, infatti, non può negarsi che ciascuna prestazione informa la funzione del contratto, con la conseguente « duplice sussumibilità ».

Nasce, però, l'interrogativo se la delineazione dei tipi mediante più prestazioni caratterizzanti rifletta una *ratio* che preclude l'applicazione diretta delle norme di altri schemi tipici; se cioè il conflitto di norme debba essere circoscritto solo al caso in cui il « corrispettivo » è generico o possa configurarsi anche in altri casi, e precisamente in dipendenza delle funzioni proprie di alcune specifiche norme inerenti ad un tipo. L'interrogativo lambisce il dubbio che il « prezzo », cioè il corrispettivo pecuniario, sia da annoverare tra le prestazioni generiche <sup>(81)</sup>, ma è più ampio e il suo nocciolo esula dal problema della natura del prezzo.

In effetti non pare che vi sia una ragione « ontologica » nella previsione secondo cui l'appalto è dato da un corrispettivo in denaro (art. 1655 c.c.) sebbene lo schema tipico più generale in cui esso si colloca — il contratto d'opera — sia delineato a prescindere dalla natura del corrispettivo (art. 2222 c.c.) <sup>(82)</sup>. Se — come appare ragionevole — ciò dipende semplicemente dalla constatazione che, nella maggioranza dei casi, il corrispettivo della prestazione di un appaltatore è di natura pecuniaria <sup>(83)</sup>, è necessario applicare

---

<sup>(79)</sup> Come nella impostazione di H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., p. 32 ss., per il quale è misto un contratto nel quale siano presenti, a prescindere dalla rispettiva portata, elementi di più contratti tipici, ciascuno dei quali soggiace alla applicazione diretta della sua disciplina. Va, tuttavia, ricordato che Hoeniger aveva presente la diversa attitudine comprensiva degli schemi contrattuali tipici e ne offriva una minuziosa analisi, pur finendo col conferire alla locuzione una portata sostanzialmente descrittiva.

<sup>(80)</sup> A questo limitato ambito di casi A. CATADELLA, *La donazione mista*, cit., p. 45 ss., p. 81 ss., circoscrive la categoria dei contratti misti; esso, invece, ne rappresentava la terza « forma base » per H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., 53 s.: la « forma base con commissione di tipi con una duplice sussumibilità — ovvero contratti di reciprocità di doppio tipo »; sul punto anche G. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 129 ss.

<sup>(81)</sup> V. *supra*, nota 47.

<sup>(82)</sup> Del resto non si dubita della possibilità di applicare analogicamente al contratto d'opera le norme sull'appalto che non presuppongono una struttura imprenditoriale, come gli artt. 1659, 1661, 1662 e 1664 c.c.: v. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 203. Sull'ambito della disciplina dell'appalto v., di recente, M. GORGONI, *op. cit.*, p. 174 ss.

<sup>(83)</sup> In mancanza di corrispettivo in denaro qualifica il contratto « come innominato del genere *do ut facias*, analogo al contratto d'appalto », Cass. 4 maggio 2005, n. 10257, in *Notariato*, 2006, p. 536 (in una fattispecie in cui si dibatteva configurabilità del possesso *ad usucapionem* sulle aree interessate alla prestazione dell'appaltatore), sulla scia di Cass. 12 aprile 2001, n. 5494. In dottrina, dà per scontata la portata qualificatoria del « prezzo » F. MARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Padova 1996, p. 4 ss., p. 199 ss.

direttamente le norme sull'appalto anche al caso in cui la controprestazione dovuta all'appaltatore sia, in tutto o in parte, di natura diversa.

Un simile ordine di questioni è sollevato dalle prestazioni assicurative. Sebbene la normativa cogente (dapprima il r.d. 4 gennaio 1925, n. 63, poi la l. 10 giugno 1978, n. 295 e, da ultimo il d. legisl. 7 settembre 2005, n. 209), integrata da un cospicuo novero di disposizioni secondarie di vario genere, riserva l'attività assicurativa ad un'impresa debitamente autorizzata — e dunque con determinate caratteristiche<sup>(84)</sup> — il tipo codicistico ne prescinde<sup>(85)</sup>, sicché la relativa disciplina può reggere quegli assetti di interessi latamente riconducibili all'assicurazione ancorché concepiti in contesti più ampi<sup>(86)</sup>.

È questione, perciò, di accertare, anche oltre le espressioni adoperate dal testo normativo, la funzione assoluta da una data prestazione nell'ambito di un tipo per stabilire se la sua disciplina è destinata ad operare anche oltre il tipo stesso: in altri termini se essa possa considerarsi, a prescindere dalla sua sede, espressione del regime generale delle obbligazioni e dei contratti, come accade, ad esempio, per le disposizioni in tema di garanzia per vizi e per evizione nella vendita (artt. 1481 e segg. c.c.)<sup>(87)</sup>, che compongono il regime generale del trasferimento di diritti a titolo oneroso<sup>(88)</sup>.

Ma non c'è solo questo. Il punto saliente è, come abbiamo rilevato in

---

<sup>(84)</sup> Gli artt. 305 e ss. del d. legisl. 7 settembre 2005, n. 209 sanzionano, sul piano penale, l'«abusivismo» in materia assicurativa.

<sup>(85)</sup> Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *La causa del contratto di assicurazione*, in *Libertà e autorità nel diritto civile*, Napoli 1977, p. 140 s., per il quale il requisito dell'imprenditorialità caratterizza il sottotipo socialmente rilevante, ma non è necessario ai fini del tipo legale. Di contro la dottrina mostra una pressoché unanime uniformità di vedute nel negare l'ammissibilità di operazioni assicurative al di fuori dell'impresa assicurativa (v. A. JORIO, voce *Impresa di assicurazione*, I, *Diritto commerciale*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma 1989, ad vocem, 1; V. DE LORENZI, *Contratto di assicurazione. Disciplina giuridica e analisi economica*, Padova 2008, p. 65 ss.; M. GAGLIARDI, *Il contratto di assicurazione. Spunti di atipicità ed evoluzione del tipo*, Torino 2009, *passim* e p. 68 ss.).

<sup>(86)</sup> Ad esempio: il caso dell'obbligo assunto dall'imprenditore nei confronti del dipendente nel senso pagare — in alternativa ad un'assicurazione a favore del terzo — una determinata somma di denaro in caso di invalidità permanente o morte del secondo a favore dello stesso o dei soggetti da lui designati. Qui la circostanza che la pattuizione assicurativa sia inserita nel contratto di lavoro esclude che l'assunzione del relativo rischio sia riservata alle società che esercitano le assicurazioni in forma di impresa: cfr. Cass. 21 giugno 1969, n. 2211; Cass. 1° ottobre 1970, n. 1756; Cass. 24 marzo 1977, n. 1150. Sebbene tale prestazione risulti ammissibile anche a prescindere dal ricorso allo schema assicurativo, per la meritevolezza che la caratterizza (art. 1322 c.c.), l'annoverarla o meno tra le prestazioni tecnicamente assicurative rileva ai fini dell'applicabilità del termine di prescrizione breve dettato in materia di assicurazione dall'art. 2952, comma 2°, c.c., che non è suscettibile di applicazione analogica, e quindi non può operare oltre il tipo.

<sup>(87)</sup> Per questa ragione le mistioni di permuta e vendita (cioè scambio di beni con conguaglio in denaro) non creano particolari problemi (v., del resto, l'art. 1555 c.c.).

<sup>(88)</sup> E perciò, se il corrispettivo dovuto all'appaltatore fosse il trasferimento di un diritto, le norme riferite troverebbero comunque applicazione diretta.

apertura, stabilire se ci sia conflitto di norme: perciò il vero problema è di stabilire i criteri per rilevarlo. Ed a tal fine non risulta appagante fermarsi all'analisi semantica del testo normativo e delle previsioni contrattuali, ma occorre, in una costante osmosi tra contratto concreto e schemi normativi, accertare la funzione e la conseguente portata delle clausole che lo compongono e delle norme che vi ineriscono. Questa prospettiva può portare ad escludere la mistione anche in qualche caso di « duplice sussumibilità »: quando, ad esempio, una prestazione, benché sinallagmatica, sia strumentale all'adempimento della controprestazione <sup>(89)</sup>.

5. — Una riflessione specifica è tradizionalmente dedicata alla mistione di onerosità e gratuità, dove l'incontro di discipline si fa più stridente per la naturale collisione di norme dettate per schemi incompatibili. Esso tocca la donazione mista <sup>(90)</sup> ed il comodato oneroso <sup>(91)</sup>: di cui, ovviamente, manca traccia normativa. Entrambi sono dati dalla concordata determinazione di un corrispettivo volto a beneficiare rispettivamente il donatario ed il comodatario senza tuttavia che si possa configurare un *modus* né una attribuzione senz'altro onerosa. In definitiva, requisito essenziale di tali figure è l'intento delle parti di realizzare la mistione ponendo in essere una liberalità <sup>(92)</sup>.

Noto è l'orientamento dominante <sup>(93)</sup>. Questo intento rimane sullo sfondo dei contratti; è, tutt'al più, un motivo comune: di modo che, in entrambi i casi, avremmo una vendita ed una locazione a basso prezzo. La tesi, però, inizia a vacillare quando non si dubita che la donazione mista, sia pure vestita da vendita, ha la sostanza della donazione indiretta, con la conseguente applicabilità dell'art. 809 c.c., e cioè delle disposizioni in tema di collazione, riduzione, imputazione *ex se* <sup>(94)</sup>. Se, infatti, si trattasse di vendita, non vi sarebbe spazio alcuno per le disposizioni sulla donazione.

<sup>(89)</sup> Il caso del godimento dell'immobile del guardiano, dove, pure in mancanza di qualche retribuzione pecuniaria, il rapporto di lavoro subordinato ha forza informativa del contratto: in proposito mi permetto di rinviare ancora al mio *Concessione di immobile in godimento collegata con prestazione d'opera*, cit.

<sup>(90)</sup> Per un recente quadro di dottrina e giurisprudenza in argomento v. B. AGOSTINELLI, *op. loc. cit.*; V. TAVASSI, in C. IACOVINO, V. TAVASSI, T. CASSANDRO, coordinati da A. Cataudella, *La donazione*, Milano, 1996, p. 82 ss.

<sup>(91)</sup> Il c.d. comodato oneroso si caratterizza per l'esistenza di obblighi in capo al comodatario ulteriori a quello di custodire la cosa (art. 1804 c.c.) e tali da assumere funzione di corrispettivo (cfr. Cass. 16 novembre 1994, n. 9694; Cass. 4 giugno 1997, n. 4976, in *G. it.*, 1998, p. 1128, con nota di B. STANCHI, *Comodato, comodato modale e locazione*). In mancanza si configura un comodato modale (su cui v. A. MORA, *Il comodato modale*, Milano 2001).

<sup>(92)</sup> V. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 17, p. 102 ss.

<sup>(93)</sup> V. *retro*, nota 24 e, per ulteriori riferimenti alla precedente giurisprudenza, B. AGOSTINELLI, *op. cit.*, p. 207, nota 22, nonché, *passim*, per la dottrina.

<sup>(94)</sup> V. ora, sull'applicazione dell'art. 809 c.c., U. CARNEVALI, *Donazioni indirette e successione necessaria*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di A. Cataudella*, dove ulteriori riferimenti.

Sorge così la questione di definire l'ambito delle liberalità diverse dalla donazione, a cui allude l'art. 809 c.c. senza dare alcun ausilio<sup>(95)</sup>. Occorre, infatti, accertare se vi rientrano: la vendita fatta a basso prezzo per il motivo del venditore di beneficiare l'acquirente, non comunicato a quest'ultimo; la vendita a basso prezzo per il medesimo motivo del venditore, comunicato all'acquirente; la vendita a basso prezzo per il medesimo motivo del venditore condiviso dall'acquirente; occorre, poi, accertare se tale ultimo motivo possa ritenersi comune. S'intende che, ai nostri fini, viene in rilievo solo la terza ipotesi.

In sintesi. Scorgere la donazione indiretta nel solo arricchimento, quale vicenda effettuale, la rende esorbitante rispetto ai fini dell'art. 809 c.c. perché comprende ipotesi in cui l'arricchimento non è sostenuto da un intento corrispondente benché affidato ad un mezzo diverso dalla donazione<sup>(96)</sup>. Anche quando l'effetto in cui si riflette la liberalità deriva da un fatto — ad es. l'accessione — occorre l'intento di beneficiare colui che ne trae vantaggio: se così non fosse, infatti, non residuerebbe spazio per le disposizioni che regolano le restituzioni (artt. 935 ss. in tema di accessione) e per il regime dell'arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

Questa constatazione porta ad un interrogativo: se gli strumenti per realizzare la liberalità indiretta debbano essere neutri sotto il profilo funzionale — come sono i fatti e determinati modelli contrattuali o negoziali, come il contratto a favore del terzo e la remissione — o possano comprendere anche figure, come la vendita, la cui natura sinallagmatica appare incompatibile con la non corrispettività propria della donazione.

La prima ipotesi si sottrae all'interrogativo: la determinazione di praticare un prezzo basso è solo un motivo del venditore; rimane, perciò, sullo sfondo del contratto. La stessa conclusione vale per la seconda ipotesi: la circostanza che il motivo sia stato esternato all'acquirente, sebbene possa rendere conosciuto qualche errore, non rileva nel caratterizzare il contratto. La terza ipotesi, dove l'intento liberale, condiviso dall'acquirente, impregna il contratto, invece vi si imbatte.

Qui, in effetti, appare una forzatura escludere la configurabilità di una donazione solo perché c'è un prezzo, sebbene determinato in funzione del comune intento di trasferire il diritto avvantaggiando al contempo l'acquirente.

---

<sup>(95)</sup> Tra i molti A. CATAUDELLA, *La donazione*, in *Tratt. Bessone*, V, Torino 2005, p. 58.

<sup>(96)</sup> Precisa Cass. 29 settembre 2004, n. 19601, in *F. it.*, 2005, I, c. 2434, che « la vendita ad un prezzo inferiore a quello effettivo non realizza di per sé un *negotium mixtum cum donazione*, essendo all'uopo altresì necessario non solo che sussista una sproporzione tra le prestazioni ma anche che questa sia di entità significativa e, inoltre, che la parte alienante sia stata consapevole dell'insufficienza del corrispettivo percepito rispetto al valore del bene ceduto, abbia voluto il trasferimento della proprietà e l'abbia voluto allo specifico fine di arricchire la controparte acquirente della differenza tra il detto valore e la minore entità del corrispettivo ».



te <sup>(97)</sup>. Onerosità e gratuità non sono note incompatibili, ma mescolabili in gradi intermedi <sup>(98)</sup>, senza possibilità di distinguere la parte onerosa da quella gratuita <sup>(99)</sup>: ciò porta a caratterizzare integralmente il contratto nei due schemi tipici della vendita e della donazione (o della locazione e del comodato).

Ora, la contemporanea presenza dello schema della vendita e della donazione porta, evidentemente, ai più acuti contrasti di norme, come, appunto, quello relativo alla forma. La soluzione del conflitto, ovviamente, è l'applicazione di una norma a scapito dell'altra: ma il problema è individuare i criteri della prevalenza.

6. — Abbiamo potuto rilevare che ciascuna delle tre teorie tradizionali è ritagliata su un problema, ed è adeguata ad un segmento della realtà compresa nell'area semantica del contratto misto.

Ma rimane il problema di come individuare e risolvere il conflitto di norme <sup>(100)</sup>. I criteri tradizionali, in parte attinti dall'esperienza penalistica, ruotano intorno al problema che ci interessa senza coglierne la fisionomia. Lo stesso criterio della specialità, quello più accreditato, risolve i conflitti di norme in rapporto di genere e specie: è, dunque, estraneo al conflitto di norme nelle autentiche ipotesi di mistione, il quale si pone tra disposizioni che stanno sullo stesso piano, anche là dove un elemento discriminante si scorga nella maggior ricchezza di note caratterizzanti una previsione, alla quale, perciò,

<sup>(97)</sup> V. B. AGOSTINELLI, *op. cit.*, p. 209, nota 32.

<sup>(98)</sup> Da ricordare che H. HOENIGER, *Untersuchungen*, cit., p. 168 ss., definiva la mistione tra onerosità e gratuità « contratti con causa mista », per i quali aveva delineato, con una sbrigliata fantasia, un vasto ventaglio di ipotesi che definiva Zwischenstufe (gradini intermedi tra onerosità e gratuità) (p. 184 ss., p. 279 s.).

Correttamente Hoeniger segnalava l'arbitrarietà dell'inquadramento nello schema della vendita o della donazione perché assoggetta ad un eguale trattamento sia il caso in cui un bene viene trasferito per 9/10 a titolo di donazione e per 1/10 a titolo di vendita, sia quello in cui il rapporto tra onerosità e gratuità è l'inverso. Per H. HOENIGER, *op. cit.*, p. 171, a questa constatazione dovrebbe essere collegata « una mutevole e differenziata combinazione delle conseguenze giuridiche: (...) tanto più vicino il contratto misto è alla vendita e tanto più si distanzia dall'altro estremo della donazione, allora troveranno applicazione tanto più le norme della vendita quanto meno quelle della donazione. A questo ragionamento fa da base il concetto che certe norme sulla donazione richiedono per la loro applicazione una qualche misura minima di gratuità, e viceversa certe norme sulla vendita richiedono una qualche misura minima di onerosità ».

Per la rilevanza dell'ingratitude del donatario lo stesso H. HOENIGER, *op. cit.*, p. 308 s. richiedeva un'ingratitude maggiore di quella richiesta per la donazione.

<sup>(99)</sup> Così A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 134 s., il quale rileva che detta scissione sarebbe ipotizzabile solo quando i contraenti si siano pronunciati espressamente in proposito.

<sup>(100)</sup> V., per una sintesi, F. MODUGNO, voce *Antinomie e lacune*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988, p. 1 s.; Id., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, Torino 2009, p. 167 ss.

corrisponderà un ambito più circoscritto. Analoga considerazione vale per il criterio della competenza <sup>(101)</sup>, la cui portata appare maggiormente accreditata dall'emersione di ordinamenti sezionali.

Il criterio essenziale tradizionale può essere così sintetizzato: nel conflitto tra norme dispositive dovrà prevalere quella più rigorosa, che menoma maggiormente l'autonomia privata. Difatti, nel caso di norme dispositive, la constatazione che le parti, pur potendo, non hanno disposto altrimenti attesta il loro disinteresse sul punto. Nel conflitto tra norme cogenti dovrà prevalere quella che limita maggiormente l'autonomia privata <sup>(102)</sup>; ovvia la prevalenza delle norme cogenti su quelle dispositive.

Questo criterio, per quanto coordinato con l'esigenza di attribuire la prevalenza alle regole che attuano un principio di rilevanza costituzionale, non appare, tuttavia, appieno soddisfacente perché, nei casi limite, offre, inevitabilmente, soluzioni rigide, che talvolta non perseguono un'effettiva esigenza di giustizia sostanziale né riflettono una lecita esigenza delle parti. Occorre, allora, chiedersi se sia costantemente attendibile la soluzione logico-sistematica e se non vi siano strumenti ermeneutici idonei a soddisfare le menzionate esigenze senza approdare all'arbitrio.

Pensiamo al caso — frequentemente dibattuto — della forma della donazione mista. Evidentemente, una volta ritenuto che la donazione mista è al contempo donazione e vendita, dovrà applicarsi la disposizione più rigorosa dettata dall'art. 782 c.c., secondo cui è necessario l'atto pubblico sotto pena di nullità <sup>(103)</sup>. La tesi opposta, l'abbiamo constatato, nega la presenza della funzione donativa e vi ravvisa una donazione indiretta, realizzata mediante una vendita, nonostante l'incompatibilità delle due funzioni: donde l'applicazione della più libera disciplina formale.

Sebbene quest'ultima soluzione sia posta come corollario della qualificazione, non credo sia da escludere che, al contrario, l'abbia preceduta condizionandola. Da qui l'esigenza di riflettere sul procedimento di qualificazione in funzione degli interessi che, concretamente, emergono mediante il contratto.

L'analisi di questi interessi in funzione del regime normativo da applicare è, ovviamente, il necessario approccio, che sorge solo nel caso di conflitto tra norme: perciò appare opportuno ricercare se, oltre ai tradizionali principi di logica giuridica (gerarchia, specialità, sussidiarietà, consunzione) <sup>(104)</sup>,

<sup>(101)</sup> Sul quale v., per tutti, V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *R. trim. d. pubbl.*, 1960, p. 775 ss.; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. d., Agg.*, I, Milano 1997, p. 561 ss., spec. p. 567 ss.; Id., *Lineamenti di teoria del diritto oggettivo*, cit., p. 178 s., p. 186 s.

<sup>(102)</sup> Cfr. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 148.

<sup>(103)</sup> La necessità di due testimoni è prescritta dall'art. 48 della l. 16 febbraio 1913, n. 89.

<sup>(104)</sup> Cfr. A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., p. 141 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e*

possano essere praticati altri criteri, senza demolire il sistema e tuttavia cercando di risolvere il conflitto tra norme in ragione di un'esigenza di giustizia sostanziale.

L'esperienza degli ultimi decenni è segnata dall'accrescersi dei dati normativi e dal conseguente incremento delle antinomie, segnatamente dinanzi ad un ordine giuridico dei privati non più esclusivamente incentrato sulla dimensione economica, ma volto a raccogliere situazioni esistenziali nel quadro dei diritti fondamentali.

In tale contesto, il bilanciamento degli interessi, la ragionevolezza, la proporzionalità, per quanto antiche espressioni della decisione giuridica, hanno acquistato uno spazio di maggior rilievo, da cui possono essere attinti anche i criteri per risolvere le questioni che stiamo esaminando.

Quella esplicitazione della ragionevolezza che è il bilanciamento <sup>(105)</sup>, in particolare, lungi dal ridursi alla ricerca di una soluzione « transattiva », serve per individuare la prevalenza di un diritto su un altro, così come di una norma su un'altra ad essa pariordinata. La proporzionalità, a sua volta, impronta la soluzione dei conflitti all'effettiva strumentalità alla gerarchia dei valori di un'esperienza giuridica <sup>(106)</sup>. Il suo suggello normativo, elevato al rango di principio anche nell'art. 5 Tr. Unione europea, non rileva limitatamente all'ambito in cui è enunciato, ma è il riconoscimento della necessità di commisurare gli interventi normativi all'effettivo perseguimento degli interessi a cui essi sono funzionali.

La proporzionalità, dunque, mentre ha poco spazio per attecchire nell'esercizio dell'autonomia privata <sup>(107)</sup>, riveste un ruolo importante nell'applicazione delle norme inderogabili in quanto ne commisura la portata sull'effettività degli interessi perseguiti. In tale contesto il principio di proporzionalità va coordinato col principio di sussidiarietà sociale, il quale non rileva soltanto ai fini dell'amministrazione dei pubblici interessi, dove è espressamente sancito dal dettato costituzionale (artt. 118, ult. comma Cost.), ma costituisce il principale suggello del primato dell'autonomia dei privati e della sua prevalenza, nel dubbio, sui dati normativi. Ne deriva un veicolo di adeguamento delle disposizioni inderogabili agli interessi a cui esse sono rivolte: il quale af-

*dogmatica delle fonti*, in *Tratt. Cicu Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano 1998, p. 215 ss.; *Id.*, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Tratt. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger*, Milano 2010, p. 355 ss.

<sup>(105)</sup> Mi permetto di rinviare al mio *Bilanciamento e ragionevolezza*, in questa *Rivista*, 2010, I, p. 23 ss.

<sup>(106)</sup> V., nella dottrina civilistica, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, ora in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli 2003, p. 443 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli 2008, p. 272 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico « proporzionale » nel diritto privato comunitario*, Napoli 2001, *passim*.

<sup>(107)</sup> Cfr. A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. d. civ.*, 2008, p. 625 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano 2005, *passim*.

fida agli interpreti un compito gravoso ma fondamentale nella concreta attuazione del diritto <sup>(108)</sup>.

Se ne può ricavare, quindi, un nuovo criterio di soluzione dei conflitti tra norme nell'ottica dei contratti atipici, che si apprezza per la sua elasticità e capacità di adattamento alle situazioni concrete, e rappresenta uno strumento di adeguamento dei principi tradizionali prima enunciati.

A questo punto qualche esempio può essere d'aiuto. Il rigore formale della donazione porta alla nullità dell'atto pubblico fatto senza la presenza dei due testimoni. Ma se il senso della forma nella donazione sta nel rendere edotto il donante di ciò che compie, non sarei alieno dall'affermare la validità di una donazione mista fatta per atto notarile sebbene in assenza dei testimoni. Qui l'interesse che si intende presidiare mediante il formalismo è comunque realizzato sia pure con modalità attenuate. Questa conclusione gradua la prescrizione formale sull'assetto di interessi: la minore intensità della forma così ricostruita appare una soluzione proporzionata allo scopo <sup>(109)</sup>.

Il comodato oneroso di immobile urbano, segnatamente ad uso non abitativo, o di fondo rustico si imbatte nelle normative vincolistiche dettate dalla l. 27 luglio 1979, n. 392 e dalla l. 3 maggio 1982, n. 203. Tali leggi dettano regimi in gran parte cogenti, che porterebbero a travolgere pressoché del tutto l'intento delle parti di creare un rapporto in cui si mescolano le note dell'onerosità e della gratuità: qui, dunque, riconoscere la prevalenza della norma cogente significherebbe negare la stessa ammissibilità del comodato oneroso, come se quei regimi intendessero impedire assetti di interessi diversi dalla locazione e dall'affitto.

L'ammissibilità del comodato oneroso <sup>(110)</sup> emerge, in linea di principio,

<sup>(108)</sup> Sempre utile il richiamo a V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. d.*, XIII, Milano 1964, p. 195 ss.

<sup>(109)</sup> Lo stesso criterio — in un contesto, ovviamente, distinto da quello che andiamo esaminando — può essere impiegato per attribuire la prevalenza alle norme dettate a tutela dei consumatori nel caso di uso promiscuo dei prodotti. Questa soluzione, del resto, si registra nei recenti progetti normativi europei. Più rigido è, invece, il regime dettato specificamente per i contratti misti del DCFR nell'art. 107 del cap. I del libro II.

<sup>(110)</sup> Sofferriamoci su qualche profilo, poco indagato. In linea di principio la gratuità del comodato dovrebbe portare alla prevalenza delle norme maggiormente limitatrici delle facoltà del comodatario: così all'art. 1804, comma 2°, c.c., secondo cui il comodatario « non può concedere ad un terzo il godimento delle cose senza il consenso del comodante », a scapito dall'art. 1594, comma 1°, che accorda al conduttore la facoltà di sublocare. Ugualmente dovrà prevalere l'art. 1805 sull'art. 1588 c.c.: il primo statuisce la responsabilità del comodatario per il perimento della cosa anche per un caso fortuito, nonché, nel secondo comma, « in caso di uso diverso o per un tempo più lungo di quello a lui consentito », anche per le perdite avvenute per cause a lui non imputabili; l'art. 1588 sancisce, invece, la responsabilità del conduttore solo qualora non provi la non imputabilità a lui del perimento o del deterioramento della cosa. Si può, inoltre, applicare al comodato oneroso l'art. 2764 c.c., previsto per la locazione, il quale riconosce, a garanzia dei crediti del locatore di immobili, un privilegio su « tutto ciò che serve a fornire l'immobile o a coltivare il fondo locato ».

dal fatto che il vantaggio del locatore-concedente, consistente nella disponibilità del termine finale del rapporto, è ampiamente bilanciato dal vantaggio del conduttore-affittuario, che deve un canone plasmato da una liberalità. Del resto, con particolare riguardo ai contratti agrari, l'ostacolo costituito dal tenore dell'art. 27 della l. 203/1982 <sup>(111)</sup> secondo cui « le norme regolatrici dell'affitto di fondi rustici si applicano anche a tutti i contratti agrari, stipulati dopo l'entrata in vigore della presente legge, aventi per oggetto la concessione di fondi rustici o tra la cui prestazioni ci sia il conferimento di fondi rustici » è solo apparente se si conviene che il comodato non appartiene al novero dei contratti « agrari » essendo questi ultimi connotati dalla strumentalità ad una impresa agricola: sicché è sottratto alla riconduzione al tipo <sup>(112)</sup>.

Segnatamente la soluzione in tema di forma della donazione mista non è argomentabile mediante gli enunciati criteri sulla soluzione del conflitto di norme. Essa, tuttavia, è accreditabile mediante gli strumenti, di recente affinamento, dianzi accennati: la ragionevolezza, di cui il bilanciamento degli interessi costituisce una tecnica quando si tratta di risolvere il conflitto tra due diritti antagonisti, cioè un conflitto di norme in concreto, che impone di coordinare due valori collidenti stabilendo quale debba prevalere <sup>(113)</sup>.

La questione merita un breve approfondimento. Tra i criteri per risolvere

---

In mancanza di una previsione pattizia circa la durata, appare preferibile, in linea di principio, la prevalenza della durata fissata per la locazione, essendo la norma sul comodato senza prefessione di termine (art. 1810 c.c.) dettata in considerazione dell'assoluta gratuità del comodato. Ciononostante ritengo che la gratuità che permea comunque il contratto porti all'applicazione dell'art. 1809, comma 2°, c.c., che consente al comodante di esigere la restituzione immediata della cosa in caso di bisogno urgente e non prevedibile al momento della stipulazione. Così come l'esistenza di un corrispettivo, sia pure ridotto, induce a far leva sul regime della locazione, la contemporanea presenza della liberalità induce a far prevalere l'interesse del concedente, in quanto non derivi da una volontà mera ma da una necessità.

Ciò, peraltro, non vale ad escludere la possibilità di un precario oneroso, in cui le parti convengano che il corrispettivo sia fissato a restituzione avvenuta e dunque commisurato sull'utilità che il comodatario-conduttore ha potuto trarre dal godimento della cosa (l'ammette, invece, in linea generale Cass. 18 ottobre 1986, n. 6146).

Tratta il tema delle prestazioni apparentemente gratuite ma funzionali ad un assetto di interessi complessivamente oneroso A. DI BIASE, *Onerosità e gratuità delle operazioni negoziali complesse*, cit., p. 292 ss., per il quale i profili di onerosità del rapporto portano alla disapplicazione delle norme dettate per la gratuità.

<sup>(111)</sup> Rubricato « riconduzione all'affitto ».

<sup>(112)</sup> Sul punto mi permetto nuovamente di rinviare al mio *Atipicità « limitata » dell'inadempimento causa di risoluzione dell'affitto di fondo rustico*, in *G. it.*, 1986, I, 1, p. 417 ss. Per evitare che l'espressione « agrari » nel testo dell'art. 27 cit. sia tautologica, alludendo a quei contratti che realizzano la concessione in godimento o il conferimento di fondi rustici, è necessario imprimervi un altro significato, che certamente esclude dall'« agrarietà » il godimento gratuito. Nella giurisprudenza, per l'ammissibilità del comodato di fondo rustico, Cass. 23 giugno 1990, n. 6358, in *G. agr. it.*, 1991, p. 507; per il comodato modale Cass. 7 giugno 2006, n. 13349.

<sup>(113)</sup> Mi sia consentito ancora il rinvio al mio *Ragionevolezza e bilanciamento*, p. 33.

il conflitto tra norme la ragionevolezza appare il più sfuggente e, forse, il più arbitrario. Ma militano in suo favore alcune considerazioni. Da un lato, i classici principi logico-sistematici — che rilevano a monte, come premesse logiche — non sempre risultano soddisfacenti sul piano della giustizia sostanziale; dall'altro, proprio l'insoddisfazione che essi possono generare porta a risolvere il problema sul piano della qualificazione ricorrendo a ragionamenti formalistici, come accade, ad esempio, quando si qualifica come vendita la donazione mista. Infine, il bilanciamento, che è esplicazione della ragionevolezza, si pone come criterio finale: esso serve, infatti, per risolvere i conflitti tra principi costituzionali, dove il principio gerarchico non può operare, e perciò opera tra disposizioni pariordinate <sup>(114)</sup>.

Il timore di scompaginare i principi regolatori della gerarchia tra norme non deve, tuttavia, favorire un procedimento di qualificazione del contratto in funzione dell'effetto auspicato dall'interprete.

Di ragionevolezza e bilanciamento si è fatta ampia e risalente applicazione nella giurisprudenza costituzionale e comunitaria <sup>(115)</sup>: ma nulla esclude di farvi ricorso anche per risolvere, in generale, un conflitto tra norme di pari grado. Occorre, tuttavia, cercare di definire qualche criterio mediante cui operano, allo scopo di prevenire o limitare il rischio che possano tradursi in scelte arbitrarie <sup>(116)</sup>.

In questa prospettiva è necessario aver presente che ragionevolezza e bilanciamento possono essere correttamente impiegati solo dopo aver percepito la fisionomia di un istituto — così come di un singolo contratto concreto — mediante l'interpretazione delle norme che lo delincono, ma non consentono di alterare i comuni canoni ermeneutici. In altri termini essi non costituiscono strumenti per dar rilievo all'idea che un interprete si sia fatta di un istituto, o addirittura per piegare il senso della sua regolamentazione ad una precomprensione <sup>(117)</sup>. Vengono, perciò, in considerazione solo dinanzi all'esigenza di sindacare l'applicazione di una norma di cui è dibattuta la vigenza in un caso concreto, quali mezzi per risolvere antinomie ed aporie non altrimenti risolvibili in via interpretativa.

La ricerca va quindi orientata verso le applicazioni giurisprudenziali:

<sup>(114)</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 229.

<sup>(115)</sup> Per ulteriori riferimenti, oltre a quelli richiamati nel lavoro citato nella precedente nota, v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2006, *passim* e, per una rassegna di giurisprudenza ordinaria, p. 127 ss.; AA.Vv. (a cura di G. MANIACI), *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, Milano 2006; F. PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Europ. d. priv.*, 2010, p. 1117 ss., spec. p. 1172 ss.

<sup>(116)</sup> Con riferimento alla discrezionalità della Corte costituzionale, R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 403 s.

<sup>(117)</sup> La recente e non felice disciplina del patto di famiglia (art. 768 *bis* e ss. c.c.) ha alimentato l'illazione che la ragionevolezza potesse utilmente essere impiegata per indirizzarne od alterarne il senso.

non, tuttavia, rivolgendosi agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, dove ragionevolezza e bilanciamento sono parametri di valutazione della conformità di una norma a disposizioni sovraordinate, ma, essenzialmente, alla giurisprudenza ordinaria <sup>(118)</sup> e comunitaria <sup>(119)</sup>, dove la ragionevolezza viene impiegata nel concorso di diritti pariordinati, ed il bilanciamento costituisce una regola volta ad individuare la prevalenza di un diritto mediante una valutazione improntata all'adeguatezza del trattamento giuridico ed alla sua proporzionalità agli interessi perseguiti.

La testimonianza che viene dalle applicazioni giurisprudenziali non è, esplicitamente, riferita alle nostre questioni. Ma ciò non impedisce di attingervi utili criteri. Il primo è costituito dalla preminenza dei c.d. diritti fondamentali, ma indica una linea interpretativa che opera oltre il loro ambito: presuppone, infatti, una lettura funzionale tanto degli assetti di interessi contrattuali quanto delle norme ad essi riferibili, in modo da percepire lo scopo che impronta i primi e la capacità delle seconde a presidiarlo adeguatamente e conformemente ai valori dell'ordinamento.

Con questo si avverte, da un lato, l'inettitudine di una valutazione formale e letterale dei modelli contrattuali impiegati nel concreto; dall'altro la necessità di garantire la preminenza dei diritti costituzionalmente protetti. L'autonomia privata, come è noto, può appartenere a questo novero, se veicolata attraverso l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) o la proprietà (art. 42 Cost.): ma un ruolo ulteriore ed una più intensa copertura costituzionale deve esserle riconosciuta in ragione dell'introduzione del principio di sussidiarietà sociale (o verticale) nell'art. 118, ult. comma, Cost. <sup>(120)</sup> ad opera della legge costituzionale del 18 ottobre 2001, n. 3 <sup>(121)</sup>.

L'impegno di non interferenza del sistema nell'autonomia, che si ricava tradizionalmente dall'art. 1322 c.c., è, dunque, accresciuto in ragione della funzione sociale a cui l'iniziativa privata sia funzionale. Questa constatazione, così come porta ad estendere l'ambito ed il peso dell'iniziativa privata, indica anche un criterio di discernimento e soluzione del conflitto tra norme che eventualmente emerga dalla combinazione di più schemi contrattuali tipici: discernimento nel senso di cogliere preventivamente la funzione delle norme in conflitto, e soluzione nel senso della prevalenza di quella norma che più appare congruente col principio di sussidiarietà.

Ne consegue che, nel contrasto tra norme inderogabili, non necessaria-

<sup>(118)</sup> Cfr. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., p. 127 ss.

<sup>(119)</sup> Alcuni casi sono riferiti nel mio *Ragionevolezza e bilanciamento*, cit., p. 35 ss.

<sup>(120)</sup> Questo il testo: « Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà ».

<sup>(121)</sup> Mi sia concesso di rinviare, anche per questa prospettiva, ad una mia riflessione: *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in questa *Rivista*, 2008, I, p. 257 ss., dove ulteriori riferimenti.

mente deve prevalere quella che più menoma l'autonomia privata, ma quella la cui funzione risulta più adeguata ed il cui effetto più proporzionato al complessivo assetto di interessi perseguito dai contraenti. In questa prospettiva la stessa inderogabilità di una norma può essere messa in discussione, e la sua portata deve essere analizzata e ricostruita non solo nell'ottica della funzione che rispecchia, ma anche delle circostanze in cui viene in considerazione e del bilanciamento tra le situazioni soggettive che presidia e quelle compromesse dalla sua applicazione: attraverso, cioè, una valutazione della proporzionalità del rimedio.

Senza troppo indugiare nelle disquisizioni, possono aiutare a comprendere questo approccio due recenti decisioni di merito, che — senza soffermarsi sulla teoria generale — verificano, però, con accortezza la funzione del contratto e il senso delle norme in conflitto per stabilire quale debba essere applicata.

La prima decisione concerne il c.d. contratto di gestione globale (*global service*)<sup>(122)</sup>: un contratto con cui un soggetto si obbliga alla manutenzione, in tutto o in parte, del patrimonio immobiliare di un ente pubblico; innominato, ma caratterizzato da tipicità sociale ed impiegato dalle amministrazioni per beneficiare della c.d. formula del programma a risultato espressamente indicata nella UNI 10685 ed introdotta dall'art. 30, comma 8°, lett. e) della l. n. 488 del 1999<sup>(123)</sup>.

Si trattava di stabilire se la contestazione relativa all'inadempimento da parte del gestore soggiacesse al regime decadenziale e prescrizione dei vizi dell'opera nell'appalto (art. 1667, comma 2° e 3°, c.c.)<sup>(124)</sup>. Il tribunale ha escluso che il c.d. contratto di *global service* sia un appalto tipico, di opere o di servizi, e lo ha ritenuto caratterizzato « dalla combinazione di elementi dell'appalto e di elementi del mandato »<sup>(125)</sup>. « I due elementi » — prosegue la sentenza citata — « mirano a realizzare un unico scopo, che è quello di consentire all'ente pubblico una gestione globale del patrimonio immobiliare in via preventiva », senza affidare « al privato la soluzione dell'emergenza o del

<sup>(122)</sup> Cfr. Trib. Roma 19 febbraio 2010 (2ª sez., G.U. Cricenti, ined.). Sul tema v. Cass. 17 aprile 2001, n. 5609.

<sup>(123)</sup> Sulla fonte normativa v. *supra*, nota 23.

<sup>(124)</sup> Secondo cui « il committente deve, a pena di decadenza, denunziare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta » (comma 2°), e « l'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dalla consegna dell'opera » (comma 3°).

<sup>(125)</sup> La sentenza citata osserva che « l'appalto tipico, sia esso di opere che di servizi, si caratterizza per lo svolgimento di un'attività materiale, mentre nel caso presente » il gestore, « e ciò risulta chiaramente dal testo contrattuale, si è impegnato a gestire tutti gli immobili anche relativamente agli aspetti giuridici, ossia alla gestione dei contratti di locazione. L'incarico di compiere atti giuridici (stipulare contratti, predisporre i rinnovi, la registrazione degli atti ecc.) per conto » del committente « è attività chiaramente corrispondente ad un mandato e non già ad un appalto ».

Affronta il diverso problema della riconducibilità della prestazione propria dell'appalto all'appalto d'opera o a quello di servizi V. CESÀRO, *op. cit.*, p. 262 ss.



singolo problema gestionale »: da qui la conclusione che si tratti di contratto misto.

Richiamato l'orientamento dominante in giurisprudenza, secondo cui il contratto atipico, ed in particolare quello misto, è da ricondurre alla disciplina dello schema tipico più affine o prevalente nell'economia dell'affare, sicché « il contratto atipico (e con esso quello misto) è sempre incorporato nel contratto tipico che più gli somiglia », la sentenza ne rileva gli inconvenienti, ma al contempo coglie le controindicazioni della applicazione combinata delle norme dell'appalto e del mandato, chiedendosi « quale sarebbe la differenza tra un contratto "globale" ed una pluralità di contratti "singoli" se il committente dovesse rispettare gli oneri propri di ogni singola prestazione » <sup>(126)</sup>.

Da qui la conclusione che « l'applicazione integrale ed esclusiva delle norme sull'appalto è incompatibile con lo scopo concretamente perseguito », ed in particolare quella « delle norme (art. 1667 e ss. c.c.) sui vizi dell'opera ». « E questo vale *mutatis mutandis* — soggiunge la sentenza — se si ritenesse prevalente il contratto di mandato. L'applicazione escludente delle relative norme impedirebbe di tenere in considerazione il fatto che le parti mirano a soddisfare un interesse più complesso di quello che il riferimento al tipo mandato consente di considerare ».

---

<sup>(126)</sup> L'interrogativo è preceduto da queste constatazioni. Il criterio della prevalenza « ha però un inconveniente. L'applicazione secca del tipo prevalente non consente di tenere in considerazione gli interessi che le parti hanno voluto far valere introducendo nella operazione negoziale anche elementi del tipo "non prevalente". Se si applica al contratto di *global service* l'intera disciplina dell'appalto si trascurano gli interessi che le parti hanno voluto perseguire inserendo nel contratto anche una prestazione corrispondente al mandato, e viceversa ovviamente.

La soluzione forse allora più consona è quella di applicare al contratto misto la disciplina sia dell'uno che dell'altro dei contratti a cui esso è astrattamente riconducibile, salva ovviamente la loro compatibilità, avendo di mira la funzione concretamente perseguita.

Nel caso del contratto di *global service*, tra l'altro, non è affatto detto che il tipo prevalente sia l'appalto. Nell'economia dell'affare conta, sì, la manutenzione degli immobili, ma conta altresì la gestione dei contratti di locazione. La rigida applicazione delle norme sull'appalto tradisce gli interessi perseguiti dalla prestazione di attività di tipo giuridico, alla quale del resto le norme sull'appalto non si attagliano.

Come si è già accennato, uno degli interessi che muovono alla stipula di un contratto di *global service* è che l'amministrazione pone a carico della controparte il rischio del risultato. La convenienza del contratto di *prestazione globale* (corsivo mio) rispetto al ricorso a singoli contratti di opera, appalto, mandato ecc., sta proprio nel fatto che l'amministrazione affida ad una società la realizzazione del risultato voluto. L'ente si disinteressa della gestione degli immobili, paga una società perché se ne occupi lei. Questo scopo è primario nell'economia dell'affare. Non avrebbe senso un contratto di *global service* nel quale l'ente dovesse, per ogni intervento di manutenzione, verificare l'opera, accettarla o denunciarne i vizi riconosciuti o riconoscibili. Non vi sarebbe differenza con il ricorso ai singoli contratti. Stipulando un contratto di *global service* su centinaia di immobili, l'amministrazione mira proprio ad evitare di dovere, volta per volta, verificare l'operato della controparte contrattuale, e di incorrere negli oneri di tempestiva verifica e denuncia che il contratto di appalto invece impone, rimettendo alla società l'obbligo di raggiungere un risultato utile, ossia gestire il patrimonio sollevando l'ente dal peso di dovere risolvere da sé i problemi connessi alla gestione immobiliare ».

In definitiva, dunque, l'accertamento dell'assetto di interessi complessivamente perseguito costituisce il cuore dell'indagine a cui è tenuto l'interprete. Esso può portare alla disapplicazione delle norme dei singoli tipi contrattuali, di cui pure ricorrano in concreto gli elementi, a vantaggio del regime generale del contratto se quei regimi risultino inadeguati a quell'assetto di interessi. Qui, in definitiva, la preminenza dell'autonomia privata si traduce nell'assoggettamento alla disciplina sul contratto in generale.

L'altra decisione riguarda un programma di gestione del risparmio<sup>(127)</sup>. Si dibatteva, in particolare, se, essendo qualificato dal predisponente come contratto di assicurazione sulla vita, si dovesse applicare il termine prescrizione breve sancito dall'art. 2952, comma 2°, c.c.<sup>(128)</sup>.

Anche qui il giudice ha superato gli schemi formali per capire quale fosse l'assetto di interessi voluto<sup>(129)</sup>, mediante una decisione che scorpora diversi

<sup>(127)</sup> Si tratta di Trib. Roma (ord. *ex art.* 702 *bis* c.p.c.), 20 ottobre 2010, inedito.

<sup>(128)</sup> Che l'art. 3, comma 2 *ter*, del d.l. 28 agosto 2008, n. 134 (c.d. decreto Bersani), convertito, con modificazioni, dalla l. 27 ottobre 2008, n. 166, ha elevato a due anni modificando il comma 2° dell'art. 2952 c.c.

<sup>(129)</sup> Il peso che avrebbe potuto avere, in questa vicenda, la circostanza che si trattava di un contratto « del consumatore » è rimasto assorbito dalla valutazione dell'effettività dell'assetto di interessi programmato.

Questo il nocciolo della decisione:

« — la finalità del contratto indicata nella premessa dello stesso (“il programma di risparmio è un piano d'accumulo finalizzato alla costituzione di un capitale consistente, tramite versamenti successivi di importi marginali, protratti per periodi medio lunghi”) è evidentemente una causa di “risparmio”, in cui quindi il c.d. “assicurato” (secondo la terminologia contrattuale) versa delle somme (il c.d. “premio”, secondo la terminologia contrattuale) al fine di realizzare un risparmio forzoso, per disporre alla scadenza del contratto di una somma predeterminata, costituita dalle somme versate, e rivalutata secondo i criteri indicati nel contratto;

— la causa così espressamente indicata e caratterizzante il contratto in oggetto è realizzata attraverso una “gestione finanziaria orientata al giusto equilibrio tra alta redditività e massima sicurezza e in concreto attuale attraverso la garanzia di un rendimento minimo di almeno il 4% annuo composto”;

— la società assicuratrice quindi assume (al fine della realizzazione della citata causa, che altrimenti sarebbe negata) in sostanza un obbligo di gestione e di restituzione della somma rivalutata secondo le regole contrattualmente indicate: un obbligo di restituzione nei confronti dell’“assicurato” in caso di vita di questi alla scadenza del contratto, ovvero un obbligo di restituzione al beneficiario da questi indicato, per il caso di morte (restituzione limitata in tal caso, come previsto espressamente, “di tutti i premi netti pagati debitamente rivalutati”);

— dal complesso delle citate disposizioni emerge che la causa del contratto in oggetto non identifica nella causa di un contratto di assicurazione sulla vita (ipotesi in cui sarebbero quindi applicabili tutte le relative norme di legge ivi compresa la prescrizione breve), atteso che la causa tipica del contratto di assicurazione è collegata al “*verificarsi di un evento attinente alla vita umana*” (art. 1882 c.c.), da cui invece il contratto in oggetto appare del tutto svincolato, essendo il “caso morte” e il “caso vita” eventi rilevanti solo per stabilire se al termine di scadenza del contratto la società sia obbligata a corrispondere il capitale rivalutato all'avente diritto ovvero a restituire i premi pagati e rivalutati ai beneficiari indicati per il caso di morte;

aspetti del contratto: il suo modo di porsi e la sua funzione. Ciò non porta a rinnegare radicalmente l'efficacia del ricorso ad un modello contrattuale assicurativo, ma esclude che ciò implichi l'integrale assoggettamento alla disciplina speciale dell'assicurazione.

---

— nel caso in esame, non è infatti il verificarsi di un "evento attinente alla vita umana" che dà diritto al capitale rivalutato, sibbene il semplice compiersi del termine decennale di scadenza del contratto, in cui l'"assicurato" ha diritto al conseguimento della somma come predeterminata alle condizioni contrattuali;

— per espressa disposizione contrattuale, la causa (di risparmio) del contratto è tuttavia attuata "nella forma contrattuale di una polizza assicurazione caso vita" (cfr. la premessa del contratto, alla voce "forma contrattuale");

— la diversità della causa del contratto di assicurazione e quella del contratto in oggetto induce a ritenere tuttavia che la "forma contrattuale della polizza assicurazione caso vita" (e le norme di legge previste per il contratto di assicurazione) rilevi in concreto solo per gli aspetti (ed es. relativi all'obbligo di pagamento dei "premi", alla revoca della designazione del beneficiario, ovvero al riscatto della polizza, ovvero ancora agli aspetti fiscali), che non siano funzionalmente connessi con la causa di assicurazione e contrastanti con la causa di risparmio del contratto, e con il sostanziale diritto alla "restituzione" della somma corrisposta di un premio di assicurazione al termine di scadenza del contratto;

— in particolare, le norme sulla prescrizione breve, in linea di principio "non hanno un carattere necessariamente eccezionale e ben possono esprimere un principio generale all'interno del loro sistema, così da essere suscettive di svolgimento logico e, quindi, di ampliamento dell'ipotesi normativa a casi non previsti, *ma che abbiano lo stesso razionale fondamento, secondo la regola generale dell'art. 12, comma 2, delle disposizioni preliminari al codice civile*" (così Cass. 6846/2000, che richiama anche Cass. 8 settembre 1997, n. 8695, 4 luglio 1983, n. 4461, 25 giugno 1980, n. 3983, 10 agosto 1961, n. 953);

— nel contesto della causa del contratto in oggetto, caratterizzata dalla funzione di un risparmio fruttifero, non trova invece alcuna valida ragione l'applicazione del disposto di cui all'art. 2952 in ordine alla prescrizione breve del diritto derivante dal "contratto di assicurazione", che introduce il "criterio secondo cui, verificatosi l'evento tutelato, l'assicurato deve far valere la sua pretesa entro un termine breve onde *non rendere troppo difficile la prova dell'evento suddetto*, verificatosi a distanza di tempo eccessiva rispetto al momento in cui il diritto viene esercitato" (Cass. 6846/2000, cit.);

— nel caso in oggetto, infatti, l'"assicuratore" ben conosce sin dall'inizio della stipulazione del contratto il termine di scadenza dello stesso (nella specie, dieci anni), onde non occorre alcuna prova di alcun altro "evento", della cui esistenza debba essere reso edotto tempestivamente, al fine di giustificare l'applicazione della prescrizione breve, ragione per cui non vi è ragione di derogare alla prescrizione decennale ».