

CAPITOLO PRIMO

NOZIONI

SOMMARIO

1. Il contratto: natura e funzione. – 2. La patrimonialità del rapporto giuridico regolato. – 3. I contratti collegati. Rinvio. – 4. Il contratto come atto e come rapporto. – 5. Le clausole. – 6. Atti unilaterali a contenuto patrimoniale. – 7. Il contratto tra autonomia privata e legge. – 8. (*Segue*). Contratti tipici e atipici. – 9. Il contratto misto. – 10. Volontà delle parti, disciplina legale e ruolo del giudice. – 11. I negozi giuridici preparatori e il contratto preliminare. Rinvio. – 12. Il contratto quadro. – 13. Contratto collettivo: autonomia collettiva e autonomia assistita.

1. *Il contratto: natura e funzione*

L'ordinamento giuridico riconosce ai privati, seppure a certe condizioni ed entro certi limiti, il potere di *autoregolare* i propri interessi economici, attraverso lo strumento del **contratto**. Trattasi di una scelta comune a tutti gli ordinamenti degli Stati moderni la cui economia si basa sulla libera iniziativa dei privati e sul libero mercato, e nei quali, appunto, il contratto serve a sancire e regolare l'incontro tra domanda ed offerta e lo svolgimento delle attività economiche sul mercato.

Sia che si tratti di soddisfare bisogni della vita quotidiana o esigenze del tempo libero (procurarsi beni alimentari di prima necessità, avere il godimento di un appartamento per viverci, abbonarsi a un periodico o ad una stagione teatrale, ecc.), sia che si tratti di conservare o incrementare il proprio patrimonio o procurarsi i beni di produzione per lo svolgimento di un'impresa (ottenere un prestito in denaro dalla banca, assumere lavoratori, procurarsi la fornitura di energia elettrica, vendere la propria automobile), gli individui e gli enti devono entrare in relazione

tra loro, al fine di scambiare beni e servizi o cooperare per la realizzazione di un obiettivo comune. L'incontro delle loro volontà e le loro determinazioni di carattere economico producono effetti rilevanti per il diritto (il trasferimento della proprietà di un bene da A a B, la fissazione di regole, rilevanti per il diritto, che governeranno per un periodo più o meno lungo il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore, banca e cliente, ovvero la vita della società, ecc.). Lo strumento ad essi apprestato è appunto **il contratto**.

Il contratto, secondo il disposto dell'art. 1173 c.c. è una delle fonti delle obbligazioni: da esso (dalla sua valida stipulazione) trarrà origine il vincolo giuridico che legherà le parti, *obbligando* entrambe o una di esse ad un comportamento (dare, fare, non fare) a vantaggio dell'altra parte che vanterà al riguardo una pretesa (secondo il rapporto creditore-debitore proprio dell'obbligazione). Il contratto è anche l'atto mediante il quale circolano i diritti: idoneo cioè a produrre, quale effetto ad esso riconosciuto dall'ordinamento giuridico, il trasferimento dei diritti (art. 1376 c.c.).

La funzione del contratto, nei termini che abbiamo ricordato, è ben esplicitata dalla nozione fornita dall'art. 1321 c.c.: «Il contratto è l'accordo di due o più parti diretto a costituire, modificare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

2. La patrimonialità del rapporto giuridico regolato

La presenza di due o più parti e la patrimonialità del rapporto giuridico che ne è oggetto delineano la distinzione tra contratto e negozio giuridico. L'elaborazione teorica che ha portato alla costruzione della categoria del negozio giuridico – priva di riscontro nei dati normativi – individua nel contratto, unica figura conosciuta e regolata dal diritto positivo, il prototipo del negozio.

Del negozio giuridico il contratto presenta la caratteristica essenziale di essere espressione della volontà di chi ne è autore, alla quale l'ordinamento riconosce l'attitudine a produrre effetti giuridici; caratterizzandosi però, intanto, per la necessaria presenza di almeno due parti.

Il contratto è così negozio necessariamente bilaterale (es. la compravendita, la locazione, il mutuo, ecc. ove sono presenti due parti, venditore e compratore, locatore e conduttore, mutuante e mutuatario) o plurilaterale (il contratto di società, di cui possono essere parte due o più so-

ci). Per aversi un contratto occorre che vi sia l'incontro di volontà di due o più parti, intendendosi con tale termine non i soggetti ma i centri di interesse a cui risale il regolamento contrattuale, che potrebbero essere costituiti anche da più soggetti (esempio: più comproprietari che vendono un appartamento sono un'unica parte, venditrice, che ha come dirimetta l'altra parte, acquirente).

Il secondo elemento che connota il contratto nell'ambito della categoria del negozio è che l'accordo sarà considerato e disciplinato come contratto solo se rivolto a far nascere, modificare, o estinguere un rapporto giuridico di natura patrimoniale. La **patrimonialità** non deve necessariamente caratterizzare l'interesse della o delle parti, ma attiene al contenuto del rapporto: devono essere suscettibili di valutazione economica gli impegni così assunti e le conseguenze prodotte nella sfera giuridica delle parti. Come abbiamo ricordato il contratto è una delle fonti dell'obbligazione; e il requisito della patrimonialità si atteggia nel contratto come nell'art. 1174 c.c.

L'interesse della parte del contratto – al pari di quello del creditore – può essere di varia natura, ma non così la sua pretesa e l'impegno assunto dalla sua controparte (o in generale i diritti ed obblighi delle parti), che devono avere carattere patrimoniale. Assistere ad una rappresentazione teatrale, ad una partita di calcio o all'esibizione del cantante preferito, risponde ad una esigenza squisitamente ricreativa, di piacere, il cui valore del tutto soggettivo difficilmente potrebbe esprimersi attraverso un "prezzo". Tuttavia, se per procurarmi tale piacere devo acquistare un biglietto di ingresso al teatro o allo stadio, il fine ricreativo entra a far parte di uno "scambio" economicamente apprezzabile tra me e l'organizzatore dell'evento, il cui contenuto patrimoniale è espresso dal prezzo del biglietto pagato in cambio del servizio: valore economicamente determinato di cui avrò diritto, ad esempio, di ottenere la restituzione ove l'evento sia annullato anche per cause di forza maggiore.

In concreto, la verifica sarà agevole nei casi in cui una valutazione economica sia espressamente concordata tra le parti o, all'opposto, sia impossibile o addirittura ripugni alla coscienza sociale: se mi accordo col vicino di casa perché dia di tanto in tanto un'occhiata al mio appartamento mentre sono in vacanza, o se presto assistenza e compagnia ad un amico infermo non potrà parlarsi di contratto, essendo difficilmente rintracciabile un apprezzamento economico, secondo la logica di mercato, dell'attività prestata. E non lo sarà certamente l'im-

pegno di due amici a scambiarsi i libri da leggere o il motorino.

Ma non sempre la distinzione è agevole. Anche nel caso abbastanza semplice – che viene di solito portato come esempio – dell'accordo secondo cui A chiede al vicino di casa B, che accetta, di non suonare il piano dopo una certa ora di notte, la risposta potrebbe essere più articolata, poiché comunque le parti potrebbero avere previsto un compenso per una prestazione che consente pur sempre un apprezzamento economico per quanto non desumibile da relazioni di mercato, sia del sacrificio di uno che del vantaggio dell'altro, e siffatta "patrimonializzazione" permetterebbe di rintracciare in questo accordo un contratto.

In realtà quando si tratta di rapporti caratterizzati dalla cortesia (come ad esempio proprio i rapporti di vicinato) o da amicizia, affetto, solidarietà, potrebbe mancare spesso, ancor prima della patrimonialità, la stessa *giuridicità* del vincolo: le parti potrebbero aver inteso mantenere l'impegno nell'ambito, appunto, dei meri rapporti di cortesia o amicizia o dei c.d. accordi tra gentiluomini. Per tracciare il confine tra ciò che è destinato a rimanere fuori del diritto e ciò che invece cade nell'ambito di questo (la giuridicità, appunto, del vincolo), l'indagine deve appuntarsi sulla volontà delle parti e sull'affidamento che l'una abbia fatto sull'impegno dell'altra, potendo non essere decisiva la presenza o meno di un corrispettivo. Mettere a disposizione di un amico, gratuitamente, la casa al mare per alcune settimane può essere un atto di mera cortesia; ma può dare luogo ad un vincolo giuridico ove le parti intendessero dar vita ad un **comodato**, cioè ad un contratto, seppure essenzialmente gratuito (come recita l'art. 1803, ult. co., c.c.), da cui derivano per il comodatario sia il diritto di godimento del bene seppur per un tempo determinato o a titolo precario (fino a che il comodante non chieda a suo piacimento la restituzione) sia le obbligazioni di cui agli artt. 1804 ss. Altro esempio ricorrente è quello del trasporto e della distinzione tra trasporto amichevole o gratuito. Se di tanto in tanto passo a prelevare a casa il collega di lavoro per recarci insieme in ufficio si potrà ritenere che ciò avvenga per semplice cortesia e amicizia, in modo del tutto spontaneo e per nulla vincolante. Dunque non rintracceremo un contratto e un rapporto giuridico da esso creato. Il collega, così, non potrà pretendere di essere risarcito, lamentando da parte mia il mancato rispetto di un vincolo, se non sarò costante nell'offrirgli tale passaggio. Ma se il mio comportamento assumesse un carattere costante, sì da determinare una consuetudine, creando un legittimo affidamento nel collega di lavoro, potrebbe

essere difficile per me contestare che dal trasporto di cortesia si sia passati ad un vero e proprio accordo, dunque ad un contratto di trasporto, ancorché gratuito, dal quale nasce a mio carico il vincolo di fornire la prestazione e la responsabilità per la mancata esecuzione. La gratuità – cioè la mancata previsione di un corrispettivo per la prestazione effettuata, in questo caso il trasporto – non esclude la giuridicità del vincolo, ma è al contrario connotato di taluni contratti per i quali l'ordinamento ammette (come il trasporto) o addirittura richiede come requisito essenziale e distintivo (il comodato) il carattere della gratuità. E d'altra parte la gratuità attiene al contenuto del vincolo e delle prestazioni a carico delle parti, ma non esclude la patrimonialità, intesa nel senso sopra chiarito, quale suscettibilità di valutazione economica. Fuori dal campo dei rapporti patrimoniali non può parlarsi di contratto. Non è contratto ma negozio giuridico bilaterale il matrimonio, destinato a produrre effetti nella sfera giuridica personale oltre che patrimoniale dei coniugi. L'ordinamento assegna in questo caso ai privati ambiti più ristretti di autoregolamentazione dei propri interessi rispetto a quelli consentiti quando è in gioco l'autonomia contrattuale, come delineata nell'art. 1322 c.c. È generalmente esclusa la qualificazione come contratti anche delle convenzioni matrimoniali, accordi che pur avendo ad oggetto esclusivamente il regime patrimoniale tra i coniugi incontrano, quanto a contenuto ed effetti, rigorosi vincoli posti dagli artt. 210 e 211 c.c. in considerazione dello stretto nesso con rapporti e diritti di natura personale. La l. 20-5-2016, n. 76, che contiene *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, ha previsto che i conviventi di fatto – cioè due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile, secondo la definizione di cui all'art. 1, co. 36 – possono «disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza» (co. 50). Il nuovo «contratto di convivenza», che deve avere forma scritta a pena di nullità, può contenere, oltre che l'indicazione della residenza della coppia, le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alle capacità di lavoro professionale e casalingo, e il regime patrimoniale della comunione dei beni, di cui agli artt. 177 ss. c.c. Malgrado esso sia configurato dal legislatore come precipuamente rivolto a stabilire e regolare esclusivamente gli aspetti patrimoniali della

convivenza, dando vita in via convenzionale al regime di comunione che è invece previsto come legale per i coniugi, tale atto intercetta o può intercettare comunque aspetti di carattere personale del rapporto di fatto tra i conviventi e loro interessi di natura personale oltre che patrimoniale: si pensi a disposizioni volte a regolare l'apporto di ciascuno al mantenimento di figli, la cui presenza in tale contratto non si esclude in principio. Il richiamo alla figura del contratto lascia qui dunque perplessi, tanto più, come non hanno mancato di osservare i primi commentatori della legge, alla luce della relativa disciplina che si discosta visibilmente da quella generale, confermando la consapevolezza dello stesso legislatore della peculiarità dell'accordo: gli impedimenti alla stipula, la regola della sospensione degli effetti in pendenza del procedimento di interdizione o del processo penale per il delitto di cui all'art. 88 c.c.; il divieto di apporre condizioni o termini; il regime delle invalidità, (si tratta sempre di nullità assoluta ed insanabile), riecheggiano regole dettate in tema di matrimonio, anche se si ammettono poi cause di risoluzione proprie del contratto e cioè, oltre ai rimedi risolutivi ordinari sicuramente applicabili ad esempio in caso di inadempimento, anche il recesso o l'accordo delle parti (vedi art. 1, co. 56, 57, 58, 59 della legge).

3. I contratti collegati. Rinvio

Sovente, in ragione della complessità dei rapporti da regolare e delle finalità da raggiungere, le parti affidano il regolamento dei propri interessi a due o più contratti: essi vengono in concreto programmati per realizzare un'unica operazione economica e dunque ricondotti ad una **causa** (*IV, IV, 3*) unitaria. In questi casi – per espressa volontà delle parti o per l'atteggiarsi del regolamento contrattuale (che sarà compito del giudice ricostruire) – un contratto è ragione dell'altro. Il fenomeno è quello del collegamento negoziale (su cui torneremo) e comporta che le vicende di un contratto (inadempimento, risoluzione), si riverseranno sull'altro.

4. Il contratto come atto e come rapporto

Contratto e *patto* sono (quasi sempre) usati come sinonimi. Il legislatore usa sovente il termine patto (es.: il patto commissorio vietato ai sensi

dell'art. 2744 c.c.; il patto di famiglia, di cui all'art. 768-*bis* c.c.). Esso è da intendersi, in generale, come sinonimo di contratto: «il patto di famiglia è un contratto ...» recita, appunto, l'art. 768-*bis*. Parlando di “patto” la legge intende però riferirsi, talvolta, ad una pattuizione su un profilo specifico del rapporto tra le parti, suscettibile di rientrare in un più ampio accordo e dunque far parte di un contratto: nel caso dell'art. 1500 c.c., il *patto di riscatto* non può che accedere, completandone il contenuto, al contratto di compravendita. Si usa il termine patto, ad esempio, con riferimento a manifestazioni di volontà successive al contratto con cui le parti ne chiariscono, specificano o modificano un profilo: l'inserimento nel contesto di un accordo più ampio e dunque di un contratto-base lo rende partecipe della vicenda di quest'ultimo (invalidità, risoluzione, ecc.).

Ricordiamo comunque che nel linguaggio comune, ma talvolta anche nelle espressioni usate dal legislatore, il termine contratto si presta ad indicare sia l'atto di autonomia privata, cioè l'accordo; sia il testo del documento contrattuale, ove esistente, nel quale è versato tale accordo; sia il regolamento contrattuale che da quell'accordo discende e dunque il rapporto giuridico su cui l'accordo interviene. Malgrado il codice usi anche a questo riguardo il termine contratto (v. ad es. artt. 1375, 1453, 1469), quando si parla dell'esecuzione del contratto e degli effetti giuridici da esso prodotti appare più corretto riferirsi *al rapporto contrattuale*: nelle norme citate l'ordinamento prende in considerazione non l'accordo ma l'attuazione di esso e dunque dei diritti ed obblighi che ne discendono ovvero le vicende del rapporto giuridico di cui l'accordo è fonte. Come vedremo, caratteristica precipua dell'intervento dell'Unione europea nella materia del contratto (tra professionisti e consumatori (*IV, I, 2*)) è proprio quella di assumere come punto di riferimento il *rapporto* giuridico che lega le parti, dunque il contenuto del vincolo e i diritti ed obblighi nascenti dal contratto, piuttosto che il contratto come *atto*. Ma il significato di questa affermazione risulterà chiaro a suo tempo.

5. *Le clause*

Le singole previsioni nelle quali si articola e si specifica l'accordo costituiscono invece le **clause** del contratto. Esse di regola vanno considerate unitariamente e nel loro complesso, essendo in gioco la ricostru-

zione, per il loro tramite, della volontà delle parti: da qui la regola secondo cui esse si interpretano le une per mezzo delle altre (art. 1363 c.c.). Sono tuttavia suscettibili di una considerazione separata: la nullità di una singola clausola o di più clausole non travolge l'intero contratto quando risulta che i contraenti lo avrebbero concluso anche senza questa parte o quando sia possibile sostituire di diritto la clausola pattizia nulla con altra prevista da norma imperativa (art. 1419, co. 1 e 2); ovvero quando tale effetto conservativo è espressamente previsto dalla legge. È questo il caso delle clausole vessatorie nulle nei contratti dei consumatori (art. 33 cod. cons.: *V*, *4*) la cui invalidità non travolge l'intero contratto; ma anche la **clausola compromissoria** (con cui le parti convengono di devolvere ad arbitri le controversie derivanti dal contratto), è considerata dalla legge come autonoma, e dunque non viene travolta dall'eventuale invalidità del contratto che la ospita (art. 808, co. 2, c.p.c.) e non conduce se nulla alla caducazione di questo.

6. Atti unilaterali a contenuto patrimoniale

La maggior parte dei rapporti giuridici patrimoniali tra vivi si costituisce, modifica o estingue per contratto; la legge tuttavia non esclude che anche una manifestazione unilaterale di volontà possa produrre effetti giuridici di natura patrimoniale: si pensi alla remissione del debito da parte del creditore, ma anche all'accettazione dell'eredità, al recesso da un contratto o da una società. Agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale fa espresso riferimento l'art. 1324 c.c., al fine di estendervi, in quanto compatibile e fatte salve diverse disposizioni di legge (si pensi alla particolare disciplina del negozio unilaterale *mortis causa*, qual è il testamento) la disciplina del contratto. L'ordinamento tuttavia guarda con una certa cautela al negozio giuridico unilaterale a contenuto patrimoniale quale fonte di obbligazioni: la dottrina ha tradizionalmente difeso una interpretazione dell'art. 1987 c.c. nel senso della necessaria tipicità dei negozi unilaterali con cui il soggetto assume un'obbligazione (**promesse unilaterali**); in generale, l'atto unilaterale può produrre effetti nella sfera giuridica altrui solo nei casi previsti dalla legge o dal contratto. Tali effetti peraltro, come precisa l'art. 1334 per tutti gli atti unilaterali, si producono dal momento in cui vengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati (**recettività**). All'atto unilaterale a con-

tenuto patrimoniale si applicherà la disciplina dei requisiti (soprattutto causa ed oggetto) o dell'invalidità e quella della forma, previsti per il contratto. Ma anche quella sull'interpretazione, avuto riguardo ovviamente al comportamento del solo autore del negozio; il criterio della buona fede soccorrerà ai fini dell'interpretazione, avuto riguardo all'affidamento riposto dal destinatario della promessa.

Le norme sull'interpretazione, ricorda ancora di recente la S.C.

«si applicano anche ai negozi unilaterali ... nei limiti della compatibilità dei criteri stabiliti dagli artt. 1362 c.c. e ss. con la particolare natura e struttura della predetta categoria di negozi ... per cui, ad esempio, nei negozi unilaterali non può aversi riguardo alla comune intenzione delle parti, ma si deve indagare soltanto quale sia stato l'intento proprio del soggetto che ha posto in essere il negozio (senza poter far ricorso, per determinarlo, alla valutazione del comportamento dei destinatari del negozio stesso) ... Parimenti resta ferma l'applicabilità, atteso il rinvio operato dall'art. 1324 cod. civ., del criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto».

(Cass. 6-5-2015, n. 9127)

7. Il contratto tra autonomia privata e legge

Il principio che sta a base della disciplina del contratto, nel nostro sistema giuridico, è quello dell'autonomia contrattuale: cioè della libertà dei privati, salvi i limiti previsti dalla legge, di autoregolare i propri rapporti economici per il tramite, appunto, dello strumento del contratto.

L'art. 1322 c.c. vi fa espresso riferimento nella sua rubrica (**autonomia contrattuale**) e ne sancisce gli aspetti più rilevanti: le parti, recita il co. 1, possono determinare liberamente il *contenuto* del contratto nei limiti imposti dalla legge. Ai privati è consentito anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, cioè **contratti atipici** (*infra*, 8), purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela (*IV, IV, 2*) secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, co. 2).

A chiarire, rafforzare e completare la portata del principio sancito nell'art. 1322 sta l'art. 1372 c.c. circa l'**efficacia del contratto**.

«Il contratto ha forza di legge tra le parti» recita il co. 1 dell'art. 1372 c.c., a sottolineare che l'ordinamento giuridico riconosce ai privati (sep-

pur entro i limiti che di volta in volta possono intervenire) un potere di “autonormazione”, cioè il potere di darsi da sé, esercitando la propria autonoma determinazione, regole vincolanti, di forza pari a quella della legge. Conseguenza di ciò è il principio che gli anglosassoni ben esprimono con il concetto di “*privity*” del contratto e che trova sanzione nel co. 2 dell’art. 1372: salvi i casi previsti dalla legge, «il contratto non produce effetto rispetto ai terzi». Il vincolo di fonte privata non può che valere per le parti che lo hanno voluto. Sugli effetti del contratto torneremo (VI).

Fermandoci a considerare il concetto di autonomia contrattuale, dobbiamo subito sottolineare che essa si manifesta in molteplici direzioni. I privati sono intanto liberi – sempre che la legge non preveda limitazioni al riguardo – di decidere *se* stipulare un contratto, *quando*, *come* e *con chi*; anche se la maggiore espressione dell’autonomia contrattuale è ovviamente la scelta del *tipo* (o di schemi diversi da quelli tipizzati dall’ordinamento) e soprattutto quella del *contenuto*, cioè del concreto regolamento di interessi. È l’accordo delle parti, in generale, che determina il corrispettivo, le modalità e i tempi di esecuzione delle prestazioni, le garanzie, il termine di durata; ancora, le parti possono individuare e regolare i loro diritti ed obblighi, purché compatibili con la causa del contratto, e decidere anche sulle cause di scioglimento (ad esempio la clausola risolutiva espressa che prevede la risoluzione in via stragiudiziale per un inadempimento anche non grave contrattualmente previsto: art. 1456 c.c., VIII, 9) o sulle conseguenze dell’inadempimento (esempio la clausola penale con cui esse predeterminano l’ammontare del danno da risarcire in caso di inadempimento: art. 1382 c.c.).

La disciplina dei contratti è affidata, almeno in linea generale, a norme **dispositive**, che possono essere cioè derogate dalle parti e che svolgono una funzione di supplezza (c.d. norme **suppletive**) nel caso in cui un aspetto del regolamento contrattuale non sia stato determinato dall’accordo delle parti. Quando sono in gioco interessi generali e principi fondamentali che la legge non consente ai privati di mettere in discussione, l’autonomia contrattuale trova invece limiti in **norme inderogabili** (o **imperative**).

Alcuni accordi, proprio per le conseguenze che producono, sono vietati dalla legge. Un esempio. La pretesa del creditore è garantita dal patrimonio del debitore, nel senso che egli potrà rivalersi sui beni del proprio debitore ove questi non adempia l’obbligazione (art. 2740 c.c.). Ma

l'aggressione ai beni del debitore avverrà a seguito di provvedimenti del giudice, dopo che sia stata accertata l'inadempienza del debitore, il valore della prestazione inadempita e dell'eventuale risarcimento spettante al creditore, e parimenti effettuata, secondo le regole giuridiche, la c.d. procedura esecutiva (di individuazione e vendita dei beni e di assegnazione al creditore delle somme che gli spettano). Tutto ciò non si ritiene "delegabile" all'autonomia privata, perché un eventuale accordo sarebbe inficiato dalla posizione di debolezza di chi si indebita o è obbligato ad adempiere e si trova magari in una situazione di difficoltà; così il nostro ordinamento vieta l'accordo che consenta al creditore di divenire proprietario del bene offerto in garanzia dal debitore, nel caso di inadempimento. Il relativo accordo, cioè un tale contratto, è nullo: art. 2744 c.c. nullità del **patto commissorio**. Si ritiene invece lecito il c.d. **patto marciano**, cioè il contratto con cui creditore e debitore si accordano nel senso che, in caso di inadempimento del debitore, il creditore acquisterà parimenti la proprietà del bene oggetto di garanzia, ma dovrà versare al debitore l'eventuale eccedenza tra il valore del proprio credito e quello del bene, che dunque dovrà essere stimato. La distinzione tra le due fattispecie può essere in concreto assai labile e per questo ha suscitato critiche l'espressa ammissibilità della stipula del patto marciano tra finanziatore e cliente nella recente disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1-9-1993, n. 385, t.u.b.) agli artt. 120 *quinquies* ss. a seguito del recepimento della dir. 2014/17/UE: vedi in particolare l'art. 120 *quinquiesdecies* co. da 3 a 6.

In generale, come vedremo, il controllo più penetrante sulla meritevolezza dell'atto di autonomia privata si realizza da parte dell'ordinamento per il tramite della verifica sulla esistenza e liceità della **causa** (*IV, IV, 1*).

Quanto al contenuto e ai limiti della libera determinazione lasciata ai contraenti, le parti potranno poi inserire nel contratto clausole limitative della responsabilità di una o ciascuna di esse per violazione delle obbligazioni nascenti dal contratto; ma non fino al punto di escludere anche la responsabilità per dolo o colpa grave, e clausole siffatte saranno nulle (art. 1229, co. 1, c.c.). Clausole o prezzi previsti da norme imperative saranno inseriti di diritto nel contratto e sostituiranno pattuizioni difformi eventualmente previste dalle parti, che sono colpite da nullità (artt. 1339 e 1419, co. 2). Nei contratti dei consumatori, le clausole **vessatorie** – che determinino cioè un eccessivo squilibrio tra i diritti ed

obblighi delle parti in danno del consumatore – sono nulle (V, 4).

L'apposizione di un termine alla durata del contratto talvolta (in particolare nel contratto di lavoro) è subordinata a determinati presupposti e formalità, mentre in alcuni casi il termine minimo di durata del contratto è previsto dalla legge con norma inderogabile (es. affitti agrari), con la conseguenza che una eventuale clausola pattizia che preveda un termine inferiore a quello minimo sarà nulla e sostituita di diritto dalla regola di fonte legale. In questo caso siamo in presenza di una **integrazione cogente** della volontà dei privati, poiché l'espressione delle loro scelte, cioè la clausola contrattuale, non solo è espunta dal contratto per effetto della nullità comminata dalla legge, ma è sostituita di diritto da quella prevista (con norma imperativa). È questo il meccanismo delineato nell'art. 1339 c.c. (IV, V, 9).

Diverso è il regime delle c.d. **clausole d'uso**. Ai sensi dell'art. 1340 c.c. «le clausole d'uso si intendono inserite nel contratto se non risulta che non sono state volute dalle parti». Non si tratta di una integrazione *cogente*, e cioè dell'inserimento nel contratto di clausole imposte, malgrado o anche contro il volere delle parti, come accade invece per le clausole previste da norme imperative la cui *inserzione* nel contratto è disposta dall'art. 1339 sopra citato. Il riferimento è qui alle consuetudini del commercio, che, a meno di una espressa volontà contraria delle parti, possono aiutare a completare il regolamento di interessi per taluni aspetti non previsti dai contraenti. Ma l'ordinamento lascia libere le parti di concordarne espressamente la non applicazione. Così, malgrado le parti non abbiano previsto nulla al riguardo, e proprio per colmare tale lacuna, il termine entro il quale dovrà effettuarsi il pagamento del canone mensile di locazione potrà individuarsi con riferimento a quello consueto nella prassi commerciale del luogo (esempio entro i primi cinque giorni del mese). Le clausole d'uso intervengono dunque a completare il contenuto del contratto, a supporto della compiutezza del regolamento contrattuale, a meno che le parti non abbiano espresso una volontà contraria.

In qualche modo opposto il modo di operare delle c.d. **clausole di stile**, vale a dire clausole che sono state sì inserite nell'accordo dalle parti, ma che non esprimono una effettiva, specifica volontà delle parti, ma solo un modo consueto e “formale” di completare l'atto nella sua veste stilistica: vale a dire

«quelle espressioni generiche, frequentemente contenute nei contratti o negli atti notarili, che per la loro eccessiva ampiezza e indeterminatezza rivelano la funzione di semplice completamento formale».

(Cass. 29-9-2011, n. 19876)

Per esempio, che il bene è trasferito “nello stato di fatto sussistente” o, “con accessori e pertinenze”, formule generiche che non consentono di identificare la situazione di fatto e di diritto oggetto di quello specifico contratto e dunque non danno nessun contributo a ricostruire la volontà delle parti in sede di interpretazione del contratto. È proprio l’accentuata genericità a caratterizzare, sul piano obiettivo, tali clausole, sì da rendere impossibile attribuire ad esse un qualche significato ai fini della determinazione del contenuto del contratto o comunque rintracciarvi una manifestazione consapevole di volontà dei contraenti. Esse sono pertanto inefficaci, o, secondo parte della dottrina, nulle per indeterminatezza dell’oggetto.

Tornando ai limiti alla libertà contrattuale, soprattutto nella disciplina del contratto di lavoro e, più di recente, dei contratti tra professionisti e consumatori, si fa più intenso l’intervento legislativo volto a ridurre i margini di autonomia privata nella determinazione del regolamento contrattuale, a tutela della minore forza contrattuale di una delle parti (lavoratore, consumatore): dunque, la disciplina si caratterizza per essere per lo più inderogabile o ammette deroghe solo se più favorevoli al lavoratore o al consumatore. Siamo qui nel campo dei limiti di legge alla libertà delle parti di determinare il *contenuto* del contratto: espressione più significativa, come accennato e come vedremo a suo tempo, è quella che attiene al controllo sulla distribuzione tra le parti del contratto di consumo dei rispettivi diritti ed obblighi, onde intercettare e fare dichiarare nulle quelle clausole che comportino un significativo squilibrio in danno del consumatore (clausole vessatorie, V, 4).

Intervengono in qualche modo a limitare l’autonomia delle parti, ma da un profilo diverso e con diversa e minore intensità, le norme che, essenzialmente nei contratti dei consumatori, predeterminano gli aspetti del regolamento contrattuale che devono comunque essere previsti nel contratto. Quando indica analiticamente quali elementi, cioè aspetti e condizioni del regolamento contrattuale (es. prezzo, spese accessorie, durata, diritti ed obblighi delle parti, clausole di responsabilità, ecc.) devono es-

sere chiaramente enunciati al momento dell'accordo e nel testo del contratto, la legge non intende sottrarre alle parti – e in questo caso al professionista che predispose il testo contrattuale da sottoporre ai suoi partners consumatori – la libertà di determinare tali elementi, ma persegue un obiettivo di *trasparenza*, e vuole dunque che tali elementi e condizioni siano compiutamente definiti e resi noti al consumatore. Non è la legge ma l'autonomia privata a determinare le condizioni contrattuali, ma quelle essenziali a delineare i contenuti complessivi del vincolo contrattuale e i relativi costi, così come proposte dal professionista e accettate dal consumatore nell'ambito delle loro scelte contrattuali, devono comunque essere da subito chiare e definite. La legge detta in questo caso una sorta di schema, di “modello” al quale le parti devono attenersi, riempiendolo dei contenuti frutto delle scelte private.

Più intenso – e per questo eccezionale – il limite che si sostanzia nel divieto legale di stipulare taluni contratti atipici. L'obiettivo di unificare e razionalizzare le regole che presiedono alla concessione in godimento di fondi rustici per finalità produttive ha condotto il nostro legislatore, prima più timidamente (l. n. 756/1965, divieto di stipulare contratti di mezzadria) e poi decisamente (l. n. 203/1982) a vietare la stipula di contratti agrari che non assecondino lo schema dell'affitto. Il contratto “atipico” eventualmente stipulato dalle parti sarà comunque ricondotto alla disciplina di questo (unico) tipo legale.

A fronte della generale libertà di **forma** (*IV, V, 1*) la legge può imporre invece che il contratto sia stipulato con una determinata forma, a pena di nullità.

Quanto poi, a monte, alla libertà di contrarre, non è libero di rifiutare il contratto l'imprenditore che svolge la sua attività in regime di monopolio legale: la legge (art. 2597 c.c.) pone a suo carico un **obbligo di contrarre** con chiunque lo richieda e di osservare la parità di trattamento dei suoi partners. La scelta dell'altro contraente, poi, non è libera nei casi di **prelazione legale** (*IV, II, 13*): il coerede è libero di decidere se alienare o meno la sua quota di eredità o parte di essa, ma se decide di alienarla deve prima offrirla in vendita agli altri coeredi cui spetta, appunto, un diritto di prelazione previsto dalla legge (art. 732 c.c.).

Non può ricondursi all'ambito dei limiti posti dalla legge all'autonomia privata l'**integrazione degli effetti** del contratto di cui all'art. 1374 c.c. (*VI, 2*) A differenza della c.d. integrazione cogente di cui abbiamo parlato sopra (a seguito della quale la regola di fonte legale prevista da

una norma imperativa, ad es. sulla durata del rapporto, o sulla misura del corrispettivo, si inserisce automaticamente nel contratto in luogo di quella pattizia nulla perché contraria alla norma imperativa), l'integrazione di cui all'art. 1374 (c.d. **suppletiva**), interviene a completare gli effetti del contratto per la parte non regolata dall'autonomia privata. Prevedendo l'integrazione degli effetti del contratto la legge in questo caso non intende limitare lo spazio lasciato alle scelte dei privati o sostituirsi a queste, ma regolare il modo con cui debba completarsi il regolamento contrattuale per quei profili che le parti abbiano trascurato. Come meglio vedremo a suo tempo, il regolamento contrattuale, (e dunque gli obblighi a carico delle parti e i corrispondenti diritti), per tutto quanto non abbia trovato espressa previsione nell'accordo, troveranno la loro fonte nella legge o, in mancanza, negli usi (la consuetudine) e nell'equità.

8. (Segue). *Contratti tipici e atipici*

Come abbiamo ricordato, l'art. 1322 precisa, quale aspetto significativo dell'autonomia contrattuale, che ai privati è consentito anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, cioè **contratti atipici**, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, co. 2).

È bene chiarire subito che prevedendo e disciplinando un **tipo contrattuale** la legge prende in considerazione operazioni economiche di solito più diffuse e consolidate nella prassi, le identifica per taluni elementi caratterizzanti – ad esempio l'idoneità a regolare il trasferimento a titolo oneroso di un diritto, o la cessione in godimento di un bene o la soluzione bonaria di controversie, o, ancora, per la particolare natura del bene oggetto di scambio, quale un bene produttivo – e in ragione di ciò disciplina in modo coerente i diritti ed obblighi tra le parti. Negli esempi sopra richiamati, avremo così la disciplina del tipo **compravendita** o **locazione** o **transazione** o, ancora, del tipo **affitto**, quale locazione di bene produttivo.

La previsione del tipo indirizza ed in qualche misura condiziona l'espressione dell'autonomia privata. Non nel senso di irrigidire il contenuto dell'accordo entro regole predeterminate dalla legge sì da ridurre l'ambito di autonomia privata alla sola scelta del tipo, normativamente e compiutamente definito: la disciplina dei contratti tipici è affidata

come già detto, almeno in linea generale, a norme **dispositive**, che possono essere cioè derogate dalle parti e che svolgono una funzione di supplenza (c.d. norme **suppletive**) nel caso in cui un aspetto del regolamento contrattuale non sia stato determinato dall'accordo delle parti. Solo quando sono in gioco interessi generali e principi fondamentali che la legge non consente ai privati di mettere in discussione, l'autonomia contrattuale incontra invece limiti in **norme inderogabili** (o **imperative**). È vero però che una volta scelta una operazione economica che per taluni significativi elementi rientra in un tipo contrattuale, le parti non potrebbero eliminarne o snaturarne gli elementi identificativi, pena l'adozione di un contratto diverso da quel tipo: la concessione in godimento di un bene senza previsione di corrispettivo non potrà più essere regolata come locazione, essendo tale scambio previo corrispettivo elemento identificativo dello schema contrattuale, ed essendo invece la cessione in godimento di un bene a titolo gratuito operazione che rientra nel diverso tipo contrattuale del comodato.

L'identificazione del tipo contrattuale è affidata in particolare alla funzione che quello schema contrattuale è idoneo a realizzare in astratto: per questo, come vedremo a suo tempo, viene in gioco la **causa** del contratto (*IV, IV*) dovendosi però mantenere distinti causa e tipo.

Perché si sia in presenza di un **tipo (legale)** non basta che il codice o altre leggi facciano menzione di uno schema contrattuale o vi dedichino qualche regola che lo disciplina. Rimane un tipo sociale, cioè ben definito nella sua funzione e nell'assetto di interessi che esso di volta in volta regola il contratto di **leasing**: si tratta di un contratto **atipico**, perché più volte menzionato nelle fonti normative, ma mai oggetto in queste di una compiuta disciplina. Leasing (o locazione finanziaria) è il contratto con il quale una parte – locatore o concedente – concede all'altra – utilizzatore – il diritto di utilizzare un determinato bene dietro il pagamento di un canone periodico; con la previsione però (e qui sta la distinzione dal contratto tipico di locazione) di una opzione di acquisto a favore dell'utilizzatore, il quale alla scadenza del contratto avrà la facoltà di acquistare il bene stesso, esercitando il riscatto, dietro pagamento di un prezzo. L'inquadramento entro lo schema della locazione o comunque del contratto finalizzato ad uno scopo di godimento ovvero entro quello della vendita (con riserva di proprietà) dipenderà dal concreto atteggiarsi dell'operazione. La distinzione tra leasing di godimento – nel quale, in caso di risoluzione per inadempimento, dovrà applicarsi l'art. 1453 e la regola di non ripetibilità delle prestazioni eseguite nei contratti di dura-

ta (in questo caso i canoni) – e leasing traslativo, con applicazione analogica dell'art. 1525 c.c., conseguirà ad un accertamento nel merito con particolare riferimento al valore residuo del bene che ne forma oggetto alla scadenza del contratto, che, se rilevante, metterà in evidenza come le parti non abbiano perseguito uno scopo di mero godimento: il contratto di leasing preordinato a dilazionare per l'utilizzatore il costo dell'acquisto garantendogli da subito l'uso del bene (spesso strumentale all'attività economica svolta), si caratterizza infatti per la determinazione di un canone periodico pagato durante il periodo di utilizzazione che non rispecchia il mero valore della cessione in godimento del bene, bensì del costo di acquisto, del tasso riferito al periodo di utilizzazione e del numero di canoni; e si accompagna di regola al versamento, all'inizio del rapporto, di una maxirata iniziale. Ulteriore variante di leasing finanziario vede coinvolti tre soggetti, poiché il bene viene acquistato dal fornitore da parte di un finanziatore o intermediario finanziario e dato in godimento all'utilizzatore (realizzandosi in tal caso una ipotesi di collegamento negoziale *IV, IV, 3*).

Il contratto di *factoring* è il contratto con il quale un imprenditore (cedente) si obbliga a cedere ad un altro imprenditore (*factor*), che si obbliga a rendersi cessionario, la titolarità dei crediti derivanti o derivandi dall'esercizio della sua impresa. Si tratta dunque di un contratto che regola la cessione di crediti (d'impresa) anche futuri. È di tutta evidenza che viene qui in causa l'istituto della cessione dei crediti come disciplinato negli artt. 1260 ss. c.c. Tuttavia l'assetto di interessi tra le parti regolato dal contratto di *factoring* varierà in concreto a seconda della operazione economica che essi intendono realizzare ed entro cui intendono inquadrare la cessione: la cessione dei crediti potrà avvenire a fronte di un corrispettivo forfettariamente definito ed a prescindere dalla effettiva riscossione dei crediti ceduti (il cui rischio graverebbe sul cessionario *factor*-cessione *pro soluto*) e dunque per realizzare le finalità di una vendita; ovvero al solo fine di incaricare il *factor* delle lunghe e complesse procedure di riscossione dei crediti, il cui effettivo ricavato sarà poi trasferito al cedente, secondo uno schema che rimanda al mandato, ecc. Ebbene, la l. 21-2-1991, n. 52 ha dettato una *disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, che consente la cessione anche di crediti futuri o di crediti in massa (art. 3), mantiene, almeno di regola e salvo patto contrario, sul cedente l'obbligo di garantire la solvenza nei limiti del corrispettivo ricevuto (art. 4), disciplina i limiti di opponibilità della cessione

ai terzi (art. 5) nonché gli effetti sulla cessione del fallimento del cedente (art. 7) e dell'azione revocatoria del pagamento del debitore ceduto (ove proponibile: art. 6).

Ciononostante, e proprio per la ravvisabilità in concreto di diverse finalità cui può essere piegato lo schema, di per sé neutro, della cessione, la giurisprudenza di legittimità (come del resto la dottrina) continua a ribadire che il *factoring* è contratto atipico, non potendosi rintracciare nelle regole di cui alla l. n. 52/1991 la disciplina di un tipo.

Dunque

«Il contratto di factoring, pur potendosi presentare nella prassi commerciale con varianti e clausole finalizzate alle esigenze dei contraenti, si caratterizza come convenzione, il cui nucleo essenziale è l'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad un altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa.

Anche dopo l'entrata in vigore della L. 52/1991 sulla cessione dei crediti di impresa il contratto di factoring rimane un contratto atipico, il cui elemento costante è la gestione dei crediti di un'impresa attuata mediante lo strumento formale della cessione del credito con le possibili varianti del finanziamento in favore dell'impresa e dell'assunzione del rischio dell'insolvenza del debitore. La qualificazione del contratto dipende dagli effetti giuridici e non da quelli pratico-economici, sicché è il contratto o meglio l'intento negoziale delle parti a palesare il risultato concreto perseguito e, in particolare, se le parti hanno optato per la causa vendendi, per quella mandati o per altra ancora».

(Cass. 24-6-2003, n. 10004)

«La struttura del factoring può essere di cessione unica e globale dei crediti presenti e futuri oppure di operazione che si attua attraverso una sequenza contrattuale articolata in una convenzione iniziale ed in una o più cessioni di credito attuative; in ogni caso la disciplina della cessione è integrativa di quella delle singole fattispecie contrattuali».

(Cass. 8-2-2007, n. 2746)

Principio ribadito anche di recente

«Il contratto di factoring, anche dopo l'entrata in vigore della disciplina contenuta nella L. 21 febbraio 1991, n. 52, è una convenzione atipica – la cui disciplina, integrativa dell'autonomia negoziale, è contenuta nell'art. 1260 c.c. e segg. – attuata mediante la cessione, pro solvendo o pro soluto, della titolarità dei crediti di un imprenditore, derivanti dall'esercizio della sua impresa, ad un altro imprenditore (factor), con effetto traslativo al momento dello scambio dei consensi tra i medesimi se la cessione è globale e i crediti sono esistenti, ovvero differito al momento in cui vengano ad esistenza, se i crediti sono futuri».

(Cass. 31-10-2014, n. 23175)

Il contratto atipico pone essenzialmente due ordini di problemi. Il primo, evocato dall'art. 1322 c.c., attiene al controllo sui limiti entro cui è consentito ai privati di organizzare liberamente i propri interessi fuori dagli schemi riconosciuti dall'ordinamento. La differenza da questo profilo tra contratti tipici e contratti atipici sembra enfatizzata dall'art. 1322 quando subordina l'ammissibilità di questi ultimi alla circostanza che essi siano «diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322, co. 2). Ci si è chiesti se in questi casi la legge non riservi all'ordinamento anche una giudizio di “approvazione” delle finalità così perseguite dai privati, che dovrebbero meritare apprezzamento sul piano sociale, etico, economico, in quanto in linea con obiettivi condivisi e favoriti: giudizio che inevitabilmente condizionerebbe le espressioni pur lecite di autonomia privata. Come meglio si vedrà quando parleremo della **causa** del contratto, il controllo dell'ordinamento sulla presenza nel contratto di una causa e di una **causa lecita**, in quanto non contraria a norme imperative, **ordine pubblico** e **buon costume**, subordina in generale la validità di tutti i contratti – tipici o atipici che siano – alla rintracciabilità di concreti obiettivi dell'operazione economica regolata che siano coerenti e non in contrasto sia con interessi generali presidiati da norme inderogabili, sia con principi politici, economici, sociali su cui si regge l'organizzazione della comunità e dello Stato (ordine pubblico) sia con i valori etico-sociali condivisi da quella comunità (buon costume). Non si ravvisa dunque un diverso, ulteriore e più pregnante controllo sulle espressioni di autonomia privata che si concretano in contratti atipici (*IV, IV, 2*).

Superato il primo problema, rimane invece sempre attuale il secondo: che attiene alla puntuale ricostruzione dell'assetto di interessi voluto dalle parti di un contratto atipico, in vista di individuare le regole che possano disciplinarlo. Il contratto atipico (o che comunque non rientra compiutamente entro uno schema tipico) pone dunque un problema di *qualificazione*, che è questione di diritto rimessa al giudice, il quale non sarà condizionato, ripete la giurisprudenza, dalla qualificazione o dal nome che le parti hanno inteso dare al loro assetto di interessi, ma dovrà cercare di ricostruire cosa le parti hanno in concreto voluto e da qui verificare se è possibile o meno risalire ad un tipo contrattuale. Agli effetti della qualificazione del contratto, è necessario ricostruire gli interessi comuni e personali, che le parti avevano inteso regolare con il negozio.

Ribadisce la S.C. in una non lontana sentenza a Sezioni Unite

«Il privato non è padrone delle conseguenze giuridiche dei negozi che compie, le quali si producono vi legis e non vi voluntatis.

La cosiddetta libertà contrattuale dei privati comincia e termina con la creazione dell'elemento di fatto del negozio e cioè con la manifestazione di un determinato intento empirico. L'effetto giuridico è indipendente dalla rappresentazione che se ne faccia l'agente, il quale nessuna diretta influenza potrà esercitare su di esso. Quando perciò si propone di far richiamo alla volontà delle parti per qualificare il negozio, per volontà delle parti si deve intendere il dato dell'intento empirico che le parti hanno dimostrato di voler conseguire».

(Cass. s.u. 12-5-2008, n. 11656)

9. Il contratto misto

Il contratto atipico, sovente, è il risultato della combinazione di più schemi o tipi contrattuali: siamo in questo caso in presenza di un **contratto misto**; qui l'assetto di interessi voluto dalle parti e l'operazione in concreto voluta e regolata danno vita ad un contratto unico che tuttavia combina in qualche modo elementi di tipi contrattuali diversi. Il contratto è unico ed ha un'unica causa (*IV, IV, I*), ma essa non rimanda ad una delle fattispecie tipiche bensì ad elementi di diversi tipi