

IL TIPO CONTRATTUALE “DESTRUTTURATO”. SULL’APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEI SINGOLI TIPI AI CONTRATTI MISTI

Di Michael William Monterossi

| 465

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *La qualificazione del contratto: note preliminari* – 3. *Segue. La selezione della disciplina applicabile al contratto: l’ipotesi dei contratti misti (o complessi) e il metodo della “tipizzazione disciplinare”.* – 4. *Dal contratto misto alle tecniche di individuazione della prevalenza tipologica.* – 5. *Limiti e disfunzioni delle tecniche di prevalenza: il rischio di conformazione del regolamento contrattuale.* – 6. *L’applicazione congiunta delle discipline coinvolte nei contratti misti: limiti della teoria della combinazione e dell’integrazione.* – 7. *Il problema della disciplina dei contratti misti nella prospettiva del tipo contrattuale.* – 7.1. *La visione organicista del tipo contrattuale nella tradizione giuridica.* – 7.2. *La visione destrutturata del tipo contrattuale riflessa nel giudizio di compatibilità.* – 8. *La dinamica applicativa intra ed extra tipo: sulle tecniche di circolazione delle norme sui singoli tipi contrattuali.* – 9. *Sull’applicazione della disciplina dei singoli tipi ai contratti misti.*

ABSTRACT. *Il saggio affronta il tema della disciplina applicabile ai cc.dd. contratti misti (o complessi), proponendo una lettura critica dei tradizionali criteri – vale a dire, la prevalenza, l’integrazione e la combinazione – prospettati in dottrina e/o utilizzati in giurisprudenza per risolvere il problema. Dopo aver analiticamente ricostruito le fasi del procedimento di “qualificazione” delle operazioni contrattuali connotate dalla presenza di elementi riconducibili a una pluralità di modelli contrattuali codificati, l’Autore intraprende un percorso di analisi che lo porterà, dapprima, a chiarire in che termini e in che misura l’approccio adottato dalle corti si ponga in antinomia con i principi che governano la materia contrattuale e, in seguito, a prospettare una diversa impostazione metodologica del problema incentrata non già sulla scelta tra criteri volti a regolare la competizione tra una pluralità di discipline “tipiche”, bensì – e ancor prima – sul modo di concepire e interpretare il “sistema dei tipi contrattuali” e il complesso di norme che in esso si rinviene. In particolare, muovendo da una valorizzazione del criterio di compatibilità rinvenibile nel codice civile, l’Autore propone un differente metodo di selezione della disciplina legale in concreto applicabile al contratto, che induce a sciogliere i più frequenti problemi di selezione tra regole “tipiche” concorrenti in una sequenza di conflitti normativi solo apparenti.*

This essay addresses the issue of the applicable legal disciplines for so-called “mixed contracts”, offering a critical review of traditional criteria – namely, prevalence, integration, and combination – proposed by legal doctrine and/or used in case-law to solve this problem. After analytically reconstructing the phases of the ‘qualification’ process concerning contracts characterized by the presence of elements referable to a plurality of codified contractual models, the Author embarks on an analysis that will lead, first of all, to clarifying how and to what extent the approach adopted by the courts contrasts with the principles governing contract law. Subsequently, the work delineates a different methodological approach to the



problem, which, rather than focusing on choosing between criteria aimed at regulating the competition among a plurality of “typical” disciplines, centers on how to conceive and interpret the ‘system of contractual types’ and the set of norms found within it. In particular, by shedding light on the ‘systematic’ value of the compatibility criterion found in the civil code, the Author proposes a different method of selecting the legal norms concretely applicable to the mixed contract; a method which ‘converts’ the most frequent problems of selection between competing rules pertaining to different contractual legal models into a sequence of merely apparent normative conflicts

1. Introduzione.

Costituisce un dato di comune esperienza quello per cui la disciplina legale che concorre a costruire il regolamento contrattuale è dalle corti identificata assumendo quale referente primario l'insieme delle disposizioni che regolano il tipo contrattuale al quale l'atto negoziale è ascrivibile. Se un tale metodo non solleva particolari problemi nell'ipotesi, più elementare, in cui il concreto contratto coincida – senza residui – con uno dei modelli “tipizzati”, non altrettanto può dirsi in relazione a quelle formazioni contrattuali che combinano al loro interno elementi caratterizzanti una pluralità di modelli tipici. Aderendo all'assunto di partenza, l'interprete si troverà in queste ipotesi al cospetto di una pluralità di discipline “tipiche” astrattamente applicabili al contratto: il che lo indurrà a ricercare un criterio idoneo a stabilire a quale delle due o più discipline concorrenti debba riferirsi per identificare la regola da applicare al caso concreto.

Che si tratti di un problema di grande spessore pratico è di tutta evidenza: una ricognizione della casistica giurisprudenziale sui contratti cc.dd. *misti* (o *complessi*) consente di rilevare come, da oltre un secolo, la questione si ponga a fondamento di un numero ragguardevole di controversie, specie – ma non solo – allorché il rapporto contrattuale sia turbato da eventi patologici il cui peso, transitando per l'una anziché per l'altra disciplina legale coinvolta, è distribuito tra i contraenti in modo diametralmente opposto. Com'è facilmente intuibile, peraltro, l'evoluzione dei traffici non è coincisa con un ridimensionamento del problema. Tutt'al contrario: le modifiche nell'organizzazione dell'attività d'impresa, la finanziarizzazione dell'economia, nonché, più di recente, l'offerta di prodotti e servizi ad alto contenuto tecnologico hanno stimolato l'emersione di operazioni contrattuali di complessità crescente, la cui costruzione finisce inevitabilmente per mobilitare una pluralità di modelli contrattuali, alimentando l'esigenza di pervenire a principi regolativi chiari e univoci.

Non sorprende, alla luce di questi primi rilievi, il costante interesse che la dottrina ha riservato al tema, divenuto presto un *tòpos* nella letteratura sul diritto dei contratti. In taluni casi, la questione è stata posta al centro di approfondite analisi, nel tentativo – per il vero mai del tutto riuscito – di fissare i contorni dogmatici di una categoria autonoma, in tutto o in parte slegata da quella del contratto atipico, che consentisse di giustificare soluzioni univoche sul fronte del trattamento disciplinare da riservare ai contratti ad essa riconducibili. Più spesso, il problema è stato affrontato incidentalmente, nel contesto di studi dedicati al contratto in generale ovvero a particolari ipotesi di combinazione negoziale, ricorrenti nella prassi dei traffici, per le quali il problema della disciplina applicabile si è rivelato particolarmente stringente. Negli uni come negli altri lavori, ad ogni modo, risuona costante una certa insoddisfazione – declinata secondo prospettive concettuali diverse e, quindi, con proposte risolutorie variegata – verso la propensione delle corti (che ammonta quasi a un dogma) di sottoporre le ipotesi riconducibili sotto la comune insegna dei contratti misti alla disciplina «unitaria» del tipo «prevalente»: ad esclusione di tutte le altre discipline tipiche coinvolte (c.d. teoria della *prevalenza*) o, quantomeno, ponendosi quale limite alla loro applica-

zione (c.d. teoria dell’*integrazione*). Le critiche più ricorrenti ruotano attorno all’ampia discrezionalità di cui le corti godono nell’ eseguire una tale scelta, la quale, non essendo supportata da solidi referenti positivi, è idonea a invadere la sfera di autonomia contrattuale delle parti, oltre che a minare l’esigenza di certezza del diritto.

Nel mettere mano, una volta di più, al problema qui sommariamente rievocato, questo studio intende perseguire due obiettivi primari: chiarire, da un canto, in che termini e in che misura, alla luce degli esiti cui in concreto perviene, l’approccio adottato dalle corti si ponga in antinomia con i principi che governano la materia contrattuale; prospettare, dall’altro, una diversa impostazione metodologica del problema incentrata non già sulla scelta tra criteri volti a regolare la competizione tra una pluralità di discipline tipiche, quanto invece – e ancor prima – sul modo di concepire e interpretare il “sistema dei tipi contrattuali” e il complesso di norme che in esso si rinviene.

Il contributo si divide in tre parti. La prima è volta a mettere a fuoco l’impostazione metodologica che presiede al procedimento analitico utilizzato dalla giurisprudenza per determinare la disciplina dei contratti, con particolare riferimento alle formazioni contrattuali miste. La seconda parte pone in evidenza i limiti dell’approccio attualmente utilizzato, nelle sue diverse prospettive – quella della prevalenza e dell’integrazione, rilevando come anche il criterio dottrinale alternativo della combinazione si esponga a diverse critiche. La terza parte mira a delineare i fondamenti della proposta ricostruttiva, la quale, muovendo da una valorizzazione del criterio di *compatibilità* rinvenibile nel codice civile, segue una traiettoria di rimodulazione del metodo di selezione della disciplina legale in concreto applicabile al contratto, che porterà a sciogliere i più frequenti problemi di selezione tra regole “tipiche” concorrenti in una sequenza di conflitti solo *illusori*.

2. La qualificazione del contratto: note preliminari.

L’individuazione della disciplina legale applicabile al contratto – e con essa la deduzione dei suoi effetti giuridici – costituisce l’esito di un articolato procedimento logico che, stando all’impostazione tradizionalmente seguita della giurisprudenza, si compone di due distinte fasi¹.

Il procedimento prende avvio con l’interpretazione del contratto, la cui funzione è di «accertare» il contenuto sostanziale dell’atto negoziale, secondo i canoni di ermeneutica fissati dagli artt. 1362 e ss. c.c.² L’attività inter-

¹ Si tratta di un rilievo che ricorre costante nella giurisprudenza della Corte di cassazione: cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 9.8.2013, n. 19131, in *DeJure*; sez. III, 15.12.2015, n. 25222 in *One Legale*; sez. III, ord. 19.10.2023, n. 29027 in *One Legale*. Non di rado la giurisprudenza si riferisce alla sequenza di atti che conducono alla selezione del trattamento giuridico del contratto nei termini di un unitario «procedimento qualificatorio», sebbene la «qualificazione» in senso stretto costituisca solo una fase – si sosterrà, in questa sede, *intermedia* – di un più complesso e articolato procedimento i cui tratti salienti saranno puntualizzati nel testo. Il titolo del paragrafo è, dunque, da intendersi quale mera sineddoche.

² Tra le principali opere sul tema si segnalano: C. GRASSETTI, *L’interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, ed. corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1990; R. SACCO, G.

pretativa deve essere condotta avendo come referente primario la «comune intenzione delle parti» (1362 c.c.) e, dunque, è protesa al riconoscimento di quale sia il significato *legale* che le parti hanno assegnato al contratto e quali gli interessi che in esso sono stati obbiettati. Vale la pena di precisare che la comune intenzione delle parti non è concepita (almeno da quando è stata dismessa la concezione volontaristica del negozio giuridico) come un dato della realtà naturale, un fatto storico univoco, bensì quale volontà “ideale” ricostruita, dall’esterno, alla stregua dell’ordinamento e alla luce dei criteri interpretativi da esso indicati³. Si spiega così il rilievo giurisprudenziale secondo cui quella fornita dal giudice è solo «una delle possibili e plausibili interpretazioni»⁴: tant’è che essa potrebbe contrastare – e, anzi, più spesso contrasterà – con almeno una delle interpretazioni caldeggiata dalle parti, senza che di ciò sia possibile lamentarsi in punto di diritto, se non sotto il profilo del corretto utilizzo dei canoni ermeneutici previsti dalla legge o della carenza di motivazione⁵.

L’attività interpretativa prelude, delimitandone l’oggetto, alla fase di qualificazione in senso stretto, la quale si concreta nella valutazione dell’atto negoziale (per come ricostruito in fase di interpretazione) sulla scorta di quegli strumenti di comprensione e “processamento”, in chiave giuridica, delle operazioni economiche elaborati sotto forma di *tipi contrattuali*: lo scopo – secondo l’indicazione, alquanto ellittica, della Corte di cassazione – è «afferma[re] o nega[re] la riconducibilità [del contratto] ad un determinato tipo [al fine] di stabilire quale disciplina contrattuale sia applicabile»⁶.

Questa seconda operazione – che segna il limite iniziale del sindacato di legittimità all’interno del procedimento qualificatorio⁷ – è tradizionalmente

DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*. Tomo II, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982, poi anche degli stessi Autori: *Il contratto*, Torino, 2004; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; M. COSTANZA, *Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, 1989; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992; G. ALPA, G. FONSI, G. RESTA, *L’interpretazione del contratto: orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano, 2001; V. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall’interpretazione letterale del contratto all’interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nella interpretazione del contratto*, Napoli, 2011; A. GENTILI, *Interpretazione del contratto*, in *Enc. diritto, I Tematici – Il contratto*, Milano, 2021, 637 ss. e *ivi* per un’ampia bibliografia sul tema.

³ Queste indicazioni costituiscono il corollario di una lettura che vede nell’atto negoziale un fenomeno non conoscibile, e quindi non qualificabile, fuori dall’ordinamento giuridico. In tema si veda P. PERLINGIERI, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, 146 ss.; A. DI AMATO, *L’interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, 62 ss.

⁴ Cfr. in questo senso Cass. civ., sez. II, 9.8.2013, n. 19131, *cit*.

⁵ Su cui, da ultimo, Cass. civ., sez. II, ord., 27.12.2023, n. 35970, in *One Legale*.

⁶ Così, testualmente, Cass. civ., sez. III, 22.6.2005, n. 13399, in *Contr.*, 2006, 4, 329, nota di P.G. TRAVERSA, *Contratto di ... e qualificazione – Il commento*.

⁷ Com’è noto, secondo l’orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, il sindacato può riguardare la sola attività qualificatoria e non anche l’attività interpretativa, se non per quanto concerne l’utilizzo delle regole ermeneutiche a tal fine stabilite dal codice. Cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. II, 25.1.2001, n. 1054, in *One Legale*. Non sempre, tuttavia, è agevole distinguere i confini tra l’accertamento di un fatto e l’attività valutativa dell’interprete, con inevitabili conseguenze sul piano della rigida delimitazione del sindacato.

condotta mediante il metodo della *sussunzione*, vale a dire, ricercando i profili di identità (ovvero di differenziazione) fra il contratto posto in essere dalle parti e le formule definitorie mediante cui il legislatore ha cristallizzato i tratti salienti dei modelli che ha inteso *nominare*⁸. Il raffronto è, di regola, operato valorizzando l’elemento causale, in ossequio a un approccio che sembra trasparire dall’impianto codicistico⁹ e che trova seguito, seppur con alcune variazioni di senso legate all’evoluzione del concetto di causa, anche nella dottrina maggioritaria¹⁰. Più precisamente, a guidare l’attività qualificatoria in sede giudiziaria è il *contenuto* del contratto, qui inteso come comprensivo di *causa* e *oggetto* dell’accordo¹¹: l’interprete tenderà, invero, a verificare se la dinamica che lega tra loro l’oggetto del contratto o, meglio, la prestazione che lo caratterizza¹² e il risultato concreto che i contraenti (e,

to di legittimità all’interno del procedimento qualificatorio: si veda in tema V. RIZZO, *op. cit.*, 134 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 402 ss.

⁸ Cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 176, la quale distingue ulteriormente tra “qualificazione” e “sussunzione” ravvisando, nella prima, l’operazione con cui si inquadra «l’atto di autonomia in uno schema, in una di quelle strutture giuridiche contemplate dal diritto positivo e perciò tipiche, ma a contenuto variabile» e nella seconda, quell’operazione che, «pur attuandosi con modalità prossime a quelle della qualificazione, serve per ricondurre il negozio in uno o più tipi legali, onde applicarne la relativa disciplina».

⁹ Il dato trova riscontro sia nelle formule definitorie dei tipi, per lo più incentrate sull’elemento causale, sia nella Relazione al Re in cui si evidenzia che è «la causa che in concreto il negozio realizza» a fungere da criterio «per riscontrare [...] se essa corrisponda a quella tipica del rapporto» (Cfr. Relazione al codice civile del Ministro Guardasigilli Grandi, presentato nell’udienza del 16 marzo 1942 per l’approvazione del testo del “Codice civile”, punto 614 in relazione all’art. 1343 c.c.).

¹⁰ In questa sede, non pare utile ripercorrere la lunga e ad oggi ancora inesaurita *querelle* circa il senso e la funzione della causa nel contratto, nei suoi termini essenziali ben nota in dottrina. Nel contesto di questo lavoro si farà riferimento, laddove utile, ad alcune particolari accezioni del termine, tra quelle elaborati in dottrina e in giurisprudenza, avendo cura di richiamare le rispettive fonti di provenienza. Conviene tuttavia osservare che, nell’ambito della procedura qualificatoria, la tradizionale dicotomia tra la nozione astratta di causa e quella concreta non si presenta di regola in rapporto di tensione o di alternativa (com’è, ad esempio, quando si tratti di valutare la meritevolezza ex 1322, co. 2 c.c.), quanto in un rapporto di complementarità posto che, l’una, è funzionale a individuare e definire le caratteristiche dei singoli tipi contrattuali e, l’altra, a verificare l’aderenza del concreto contratto ai tipi con il quale viene confrontato.

¹¹ Sulla nozione di contenuto qui accolta si veda V. ROPPO, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2011, 319. Sul rapporto, in chiave sistematica, tra il contenuto del contratto e l’accordo si vedano le puntuali riflessioni di S. PAGLIANTINI, *Contratto e accordo: la sintassi degli artt. 1321 e 1325 c.c. nella cornice di una c.d. “euro-compatibilità”*, in *Contr.*, 1, 2019, 5 ss., spec. 10 ss.

¹² L’importanza che, nel raffronto tra il contratto e il catalogo dei tipi, è riservata alla “prestazione” emerge costante nella dottrina sul tema, trovando altresì un riscontro positivo nello stesso codice, all’articolo 1570 c.c., laddove si prescrive l’applicazione al contratto di somministrazione delle «regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni». Alcune indicazioni in questo senso possono altresì trarsi dal diritto internazionale privato e, specialmente, dall’art. 4, co. 2, del Reg. CE 593/2008 del 17.6.2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, dove si fa riferimento alla prestazione “caratteristica” del contratto. Sul punto cfr. E. DEL PRATO, *Contratti misti: variazioni sul tema*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2012, 87 ss., 89.

almeno in teoria, non uno solo di essi)¹³ hanno inteso realizzare si accordi, riproducendone la medesima modalità combinatoria, ad una di quelle tratteggiate nelle fattispecie contrattuali codificate dal legislatore. Ciò non vuol dire che l'indagine sul piano funzionale esaurisca i criteri di sussunzione del contratto – o di sue parti – in un dato tipo. È possibile, come osservato in dottrina¹⁴, che vi siano ulteriori elementi dotati di «virtù informativa» di un tipo in grado di assumere rilevanza qualificante: ne sono esempi la qualità delle parti, la natura del bene oggetto del contratto, la durata del contratto, il modo di perfezionamento dello stesso. Resta tuttavia che, nella maggioranza dei casi, la dinamica funzionale gioca un ruolo di primo piano, ponendosi altresì quale parametro intermedio per valutare l'effettiva capacità degli elementi diversi dalla causa di informare un determinato tipo¹⁵.

Orbene, esaurita la fase di raffronto, il giudicante giungerà finalmente a selezionare, sulla scorta dei suoi esiti, le disposizioni – «sui singoli contratti» nonché, sotto taluni profili, anche «sui contratti in generale» – applicabili al concreto contratto. La giurisprudenza è solita rappresentare tale passaggio logico come indistinto dalla *sussunzione*, quasi che l'identificazione delle norme applicabili sia conseguenza automatica e univoca dell'inquadramento della fattispecie all'interno dei paradigmi normativi contemplati dal legislatore. L'analisi del tema qui oggetto di indagine, tuttavia, suggerisce di scorporre concettualmente tale fase, dedicandole autonoma rilevanza: come si avrà modo di argomentare in seguito, è precisamente nella determinazione delle implicazioni giuridiche sottese all'esito qualificatorio che si annidano le aporie di un metodo che, assumendo una versione stilizzata dei tipi, antepone il mantenimento di una coerenza “interna” ai modelli codificati rispetto all'esigenza di combinare le relative norme nel modo più aderente alla singolare conformazione dell'operazione economica che le parti hanno inteso realizzare.

3. *Segue. La selezione della disciplina applicabile al contratto: l'ipotesi dei contratti misti (o complessi) e il metodo della “tipizzazione disciplinare”.*

Qualche indicazione nel senso dell'opportunità di mantenere distinte le due fasi può per il vero essere tratta, già sul piano empirico, dall'osservazione della differente articolazione che il procedimento qualificatorio assume a seconda dei risultati ottenuti mediante l'attività di sussunzione. Qualora il giudizio di appartenenza del contratto a questo o quel tipo abbia dato esito positivo, perché ne è emersa la riconducibilità a un solo

¹³ Sul punto cfr. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale V*, Torino, 2006, 597 ss.

¹⁴ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 70 ss. Sulla impossibilità di raggiungere risultati soddisfacenti mediante la sussunzione fondata sull'indagine causale si veda, oltre l'Autore da ultimo citato, anche M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 192 e F. DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992, 15 ss.

¹⁵ In questo senso, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 448.

schema legale, il procedimento qualificatorio si chiude con la semplice constatazione dell’applicabilità – al concreto contratto *tipico* – dell’intero complesso di norme topograficamente inserite nella sezione dedicata a quel determinato modello. Ove, per contro, l’atto negoziale, considerato nella sua interezza, non risulti riconducibile entro un (solo) tipo codificato, il giudice spingerà l’operazione qualificatoria oltre, per verificare se esso – benché *atipico* – sia assoggettabile alle norme contemplate per uno o più dei modelli dotati di una propria disciplina. È ciò che avviene, per quanto qui più interessa, nelle ipotesi in cui, in ragione della complessità dell’operazione economica da realizzare, il contratto sia dalle parti costruito mediante la combinazione di elementi caratterizzanti più tipi normativi disciplinati dal codice¹⁶. Domina, invero, tra i giudici la tendenza a ricondurre la fattispecie composita entro il perimetro disciplinare di un singolo schema legale dominante, onde sottoporla all’intero fascio di regole per quel tipo

¹⁶ Conviene osservare che tali formazioni contrattuali non sono sempre formalmente riunite sotto l’insegna dell’«atipicità». La dottrina tradizionale non esitava ad affrontare le questioni relative alle figure generate da combinazioni contrattuali all’interno delle sezioni dedicate ai contratti «atipici» o «innominati»¹⁶. Si vedano al riguardo, per citare solo alcuni tra i più importanti autori in materia di contratto, R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, cit., 437 ss., capitolo poi rivisitato in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 4° ed., Torino, 2016, 439 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 449 ss., V. ROPPO, *op. cit.*, 403 ss. Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, assetata di dettagli classificatori, preferisce procedere per distinzioni¹⁶. Si osserva in Cassazione (cfr., *ex multis*, Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, in *Obbligazioni e Contratti*, n. 11, 2008, 905 ss. con nota di C. TOMASSETTI; Cass. civ., sez. II, ord., 17.10.2019, n. 26485, in *Studium juris*, 5, 2020, 611 ss.) che, qualora i diversi elementi o le diverse prestazioni confluenti nell’unico programma contrattuale siano tutti riconducibili a contratti tipici, il contratto che ne risulta andrà anch’esso qualificato come tipico. In tali ipotesi, infatti, l’unica e unitaria convenzione stipulata tra le parti non sarebbe intesa a realizzare una «funzione economico-sociale» nuova e diversa rispetto a quelle dei singoli contratti tipici che in essa sono confluiti. Secondo questa lettura, un contratto potrebbe essere qualificato come *atipico* solo allorché la sua «funzione economico-sociale» non sia riconducibile ad alcuno degli schemi normativamente predeterminati ma, ciononostante, sia suscettibile di riconoscimento e di tutela in ragione della sua liceità e della meritevolezza degli interessi perseguiti (sulla meritevolezza degli interessi, cfr. da ultimo, Cass. civ., S. U., 23.2.2023, n. 5657, in *Nuova giur. civ. comm.*, 4, 2023, 849 ss. con nota di F. RUSSO, *Il punto delle Sezioni Unite sulla meritevolezza della clausola rischio cambio*).

La distinzione operata dalla Corte non risulta, però, del tutto convincente. Si potrebbe invero argomentare che, quand’anche la convergenza riguardi elementi costitutivi di più contratti tipici, la loro somma schiude, in ogni caso, a una «funzione economico-sociale» che – globalmente considerata – non è riducibile a nessuno degli schemi normativamente predeterminati (si veda in questo senso R. CALVO, *Il contratto di logistica*, in *Nuove leggi civili*, 5, 2022, 1109 ss.). D’altra parte, se la causa unitaria del contratto concreto coincidesse con quella di un solo tipo, verrebbe meno l’elemento di complessità da cui originano le perplessità appena rilevate. Di più, oltre a essere fondata su un criterio insicuro, la distinzione potrebbe persino alimentare una certa confusione, portando l’interprete a scambiare il problema da risolvere, con la soluzione che a quel problema si vuole dare. Quale che sia la natura (tipica o atipica) dei frammenti contrattuali cumulati tra loro, il problema generato dalla loro commistione è, invero, sempre il medesimo e riguarda, come già osservato, l’individuazione della disciplina applicabile al caso concreto. La dichiarazione di tipicità del contratto combinato emergerà, semmai, quale esito del procedimento logico di cui il giudice di regola si avvale, di fronte al caso concreto, per risolvere la questione concernente la disciplina da applicare. Cfr. sul punto V. ROPPO, *op. cit.*, 405 ss.

previsto¹⁷. A questo risultato si perviene seguendo un metodo – cui ci si riferirà in termini di “tipizzazione disciplinare” – privo di alcun referente normativo, che si articola in due passaggi logici.

In un primo tempo il giudicante, muovendo a un livello puramente declamatorio, sosterrà l’aderenza del contratto concreto (non già direttamente a un determinato tipo contrattuale, bensì) a una di quelle figure dottrinali – contratto *misto* e contratto *complesso* – appositamente “costruite” per rappresentare in termini unitari assetti regolamentari che fanno della pluralità di elementi di tipi diversi la loro peculiare cifra. La linea che separa la *mistione* dalla *complessità* è sottile, al punto da non trovare sempre riscontro in dottrina ed essere spesso trascinata in giurisprudenza. La Suprema Corte usa discorrere di contratto *misto* qualora la fattispecie contrattuale consti di un solo schema negoziale, la cui prestazione caratterizza l’intero contratto, nel quale confluiscono una varietà di clausole assunte da uno o più altri schemi destinati a fondersi tra loro in un’unica causa; per contro, la figura del contratto *complesso* ricorrerebbe nelle ipotesi in cui il negozio costituisca la risultante della convergenza di tutti gli elementi costitutivi di più schemi ne-

¹⁷ Nel corso del lavoro si farà riferimento a una serie di pronunce giurisprudenziali concernenti specifiche ipotesi di contratto misto o complesso. Può, ad ogni modo, essere utile citare sin d’ora alcune delle sentenze più significative sul tema (a partire dal nuovo Millennio), sulla base delle quali è stato organizzato il ragionamento critico qui prospettato. Sulla distinzione tra contratti misti, complessi e collegati si vedano: Cass. civ., S.U., 12.5.2008, n. 11656, in *Corr. Giur.*, 10, 2008, 1380 ss. con nota di M. CLARICH E G. FIDONE, *La giurisdizione in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.: rilevanza della distinzione tra appalto e vendita di cosa immobile futura*, (in tema di contratto misto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un’area edificabile in cambio di un fabbricato o di alcune sue parti da costruire sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario); Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.* (in tema di contratto collegato di preliminare di vendita, comodato e mutuo gratuito); Cass. civ., S.U., 16.11.2022, n. 33719, in *Contr.* 2, 2023, 143 ss. con nota di F. PIRAINO, *Il mutuo fondiario e la violazione del limite di importo massimo finanziabile: “scotismo” e onnipotenza delle etichette* (in tema di contratto di mutuo fondiario concesso per un importo eccedente il limite di finanziabilità richiamato dall’art. 38, comma 2, t.u.b. e della relativa ipoteca). Sull’applicazione della disciplina del contratto “prevalente” si vedano: Cass. civ., S.U., 31.10.2008, n. 26298, in *One Legale* (in tema di contratto misto di albergo); Cass. civ. sez. II, 17.10.2019, n. 26485, *cit.* (in tema di contratto misto di *banqueting*); Cass. civ., sez. II, ord. 22.6.2023, n. 17855, in *Foro It.*, 2023, 1, 9, 2438 (in tema di contratto misto di vendita e appalto); App. Napoli, sez. IX, 26.9.2023, n. 4057, in *One Legale* (in tema di contratto misto di servizi logistici). Sull’applicazione di norme riferite a schemi negoziali diversi da quello individuato come prevalente (c.d. teoria dell’integrazione) si vedano: Cass. civ., sez. II, 14.7.2000, n. 9356, in *One Legale* (in tema di contratto complesso di rendita, locazione e vendita con riserva di proprietà); Cass. civ., sez. II, 12.12.2012, n. 22828, in *DeJure* (in tema di contratto misto di agenzia e deposito); Cass. civ., sez. I, 18.12.2015, n. 25517 in *One Legale* (in tema di contratto misto di appalto di servizi di trasporto); Cass. civ., sez. I, ord. 24.9.2018, n. 22475 in *One Legale* (in tema di contratto misto di vendita e appalto); Cass. civ., sez. VI, ord. 15.5.2020, n. 8978, in *One Legale* (in tema di contratto misto di deposito e d’opera). Per un’impostazione metodologica differente e, come si avrà modo di argomentare, maggiormente condivisibile si vedano: Cass. civ., S.U., 10.4.2002, n. 5119, in *Corr. giur.*, 7, 2002, 893 ss. con nota di A. SEGRETO, *Assicurazione privata contro gli infortuni invalidanti e mortali: contratto misto?* e Cass. civ., sez. III, 14.4.2022, n. 12264, in *Foro It.*, 2022, 1, 6, 2040 ss. (entrambe in tema di contratto misto di assicurazione “ramo vita” e assicurazione “ramo danni”).

goziali tipici, i quali, cumulandosi tra loro, danno vita a un’unitaria operazione economica¹⁸.

Ad ogni modo, la funzione assolta dalle figure è la medesima: nell’uno come nell’altro caso, la riconduzione del regolamento contrattuale entro una figura dogmaticamente omogenea, capace di ridurre graficamente a unità i singoli frammenti o gli interi contratti che in esso si trovano “assemblati”, favorisce – venendo così al menzionato secondo passaggio – l’incorporazione di quest’ultimo in un altrettanto unitario tipo normativo. Contratto misto e contratto complesso appaiono, in altri termini, come figure strumentali a legare, in un *continuum* logico, l’unitarietà del concreto regolamento contrattuale all’unitarietà della disciplina da applicare¹⁹.

Parzialmente diverso, almeno secondo la Corte di cassazione²⁰, è, però, il criterio che presiede all’associazione di ciascuna figura con l’unitaria disciplina applicabile alla fattispecie concreta. Sebbene in entrambi i casi la disciplina sia determinata avendo riguardo al negozio di «maggior rilievo», quest’ultimo è individuato, nell’ipotesi di contratto misto, nell’«unico contratto» al quale accedono i singoli elementi tratti da altri schemi negoziali tipici e che in esso si fondono (c.d. teoria dell’assorbimento); laddove, nell’ipotesi di contratto complesso, stante il cumulo degli effetti di più contratti tipici presi nel loro contenuto globale, il contratto di «maggior rilievo» coincide con lo schema al quale, da un esame della volontà contrattuale per come in concreto manifestata, risulta che le parti abbiano conferito, rispetto agli altri, il «maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita» (c.d. teoria della prevalenza)²¹.

Prima di sottoporre a una più approfondita analisi le operazioni da ultimo menzionate, conviene avvertire che, nella pratica, la sequenza temporale appena enunciata subisce alcune deviazioni dettate dalla normale dinamica processuale entro cui essa si sviluppa. Invero, posto di fronte al concreto contratto, il giudice avvierà la fase interpretativa dopo aver previamente definito la questione sottoposta al suo esame e – considerata la funzione giurisdizionale assegnatagli – in vista della sua soluzione. Nell’ambito che ci occupa, in particolare, l’attività interpretativa in senso stretto seguirà una preliminare, seppur ancora provvisoria, opera di raffronto tra il concreto contratto e i tipi legali, al fine di determinare entro quale o quali modelli il contratto sia astrattamente inquadrabile²². L’indagine circa la comune intenzio-

¹⁸ Cfr., in questo senso, Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*

¹⁹ In questo senso, si veda R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 450.

²⁰ Il riferimento è, in particolare, a Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*

²¹ Così, ancora, Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*, ma più di recente si veda Cass. civ., sez. II, ord., 17.10.2019, n. 26485, *cit.*

²² La questione della sovrapposizione tra le due fasi viene in rilievo, in una chiave più teorica, anche in dottrina: alcuni autori hanno sostenuto che l’interpretazione comprende anche la qualificazione (cfr. C. GRASSETTI, *op. cit.*, 103); altri hanno rilevato la confluenza di interpretazione e qualificazione, evidenziando come anche la prima costituisca attività valutativa (si veda V. RIZZO, *op. cit.*, 134 ss.; A. DI AMATO, *op. cit.*, 63. Vale la pena di segnalare che la stessa dottrina che ha sostenuto la necessità di mantenere ben distinte le due fasi – quella interpretativa e quella di qualificazione – segnala, al fine di sostenere la primazia del criterio dell’interpretazione funzionale (ex art. 1369 c.c.), la natura «circolare» del proce-

ne delle parti servirà – se riguardata nella prospettiva più pratica dello sviluppo motivazionale della decisione – a confermare la sussumibilità del contratto entro un dato tipo ovvero a dirimere l'eventuale contrasto tra più opzioni qualificatorie tra loro alternative.

Ciò precisato, la progressione temporale del procedimento mantiene una sua fondamentale rilevanza sul piano logico-normativo. Per un verso, essa segnala che l'individuazione della disciplina legale, ed eventualmente di una prevalenza tipologica tra i plurimi tipi coinvolti, deve in ogni caso emergere e giustificarsi come “attuazione” dell'assetto di interessi in concreto emergente dal programma negoziale, a sua volta espressione dell'autonomia privata esercitata dalle parti. Detto in altri termini: l'individuazione del corretto trattamento giuridico del contratto è funzionale ad assicurare la produzione degli effetti programmati dalle parti, come obiettivati nel contratto, ovvero la paralisi di quelli che sacrificano interessi generali non disponibili dalle parti. Per altro verso, e correlativamente, la precedenza dell'una fase sull'altra fissa il limite che il giudice di merito incontra nell'interpretazione del contratto, in tal modo chiarendo che la «comune intenzione delle parti» non può essere determinata in funzione del criterio di selezione della disciplina applicabile, ritenuto – in astratto – maggiormente idoneo. Il che rileva specialmente nell'ipotesi più specifica dei contratti astrattamente riconducibili a più tipi: per quanto il giudicante, nel momento in cui effettua l'interpretazione del contratto, avrà già individuato le possibili opzioni qualificatorie, l'interpretazione non può in ogni caso essere condotta in vista del raggiungimento di un risultato qualificatorio previamente determinato dall'interprete, quale – ad esempio – la necessaria prevalenza (o finanche la non prevalenza) di uno schema tipico sull'altro.

4. Dal contratto misto alle tecniche di individuazione della prevalenza tipologica.

La dottrina suole assumere un atteggiamento critico nei confronti della tendenza alla “tipizzazione disciplinare” che pervade la giurisprudenza²³. Se

dimento interpretativo, nell'ambito del quale «le dichiarazioni e il comportamento delle parti concorrono a individuare la causa del contratto e questa, a sua volta, concorre a chiarirne il significato». Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 405. Sebbene il riferimento sia in questo caso alla causa in concreto (sulla cui concezione si veda di recente C. SCOGNAMIGLIO, *La causa concreta: una proposta dottrinale di successo*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2020, 588 ss.), pare inevitabile che la sua determinazione involga una valutazione dell'atto alla luce dei diversi tipi codificati dal legislatore. La circolarità del procedimento è rilevata altresì da V. ROPPO, *op. cit.*, 438.

²³ In termini generali si vedano: G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina negotia mista cum donatione*, Padova, 1934; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit.; R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., 439 ss.; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 87 ss. V. TIMPANO, *Disciplina applicabile al contratto misto*, in *Contr.*, 2, 2001, 118 ss. e ancora, più di recente, R. CALVO, *op. cit.*, 1115 ss. La stessa Cassazione non ha mancato di rilevare, in talune sentenze, le conseguenze lesive per l'autonomia contrattuale che potrebbero discendere dal costringere la volontà delle parti, che hanno dato vita a un contratto tipologicamente misto, alla sola regolamentazione del contratto prevalente. Cfr., in tal senso, Cass. civ., sez. II, 2.12.1997, n. 12199, in *Giur. it.*,

è vero che la tecnica di qualificazione fondata sulla sequenza contratto misto-disciplina prevalente appare la più agevole e liquida per determinare il trattamento giuridico dell’atto negoziale nel quale confluiscono elementi di più tipi, il suo utilizzo espone l’opera di qualificazione a una serie di critiche, che ne mettono in dubbio non solo la tenuta logica, ma altresì la compatibilità con i principi generali che governano la materia. Le critiche della dottrina si annodano principalmente attorno alle *conseguenze*, in termini di compressione per la libertà contrattuale delle parti (più spesso di una di esse), che discenderebbero dalla sussunzione del concreto contratto entro una singola figura tipica prevalente. Una tale costrizione – si osserva in dottrina – provoca l’estromissione degli interessi sottesi agli schemi negoziali ritenuti (dal giudicante) subalterni, così risolvendosi in un’alterazione della causa contrattuale del negozio²⁴ – come risultante dalla volontà obiettivata delle parti – contraria al principio dell’autonomia contrattuale.

Il rilievo scopre un lato debole della tecnica di qualificazione in esame: seppur, come si dirà oltre, non quello *più* debole. Per ora, tuttavia, interessa verificare in che misura e per quali ragioni la tecnica descritta possa dirsi confliggente con il principio di autonomia. Nell’impostare una tale analisi, non può prescindersi dal preliminarmente rilievo per cui, sentenze alla mano, la prevalenza tipologica non risponde a criteri univoci. Il dato risulta spesso trascurato in ragione della propensione delle corti a utilizzare la figura del contratto misto per alludere a fattispecie concrete tra loro notevolmente diverse. Ciò non sorprende considerando che, nonostante le autorevoli riflessioni in materia e la larga diffusione in giurisprudenza, il processo di elaborazione del contratto misto – ereditato dalla dottrina tedesca²⁵ – non è mai giunto a fissare le condizioni strutturali della categoria²⁶. Prova ne sia l’eterogeneità delle più ricorrenti definizioni con le quali si è tentato di cristallizzarne i tratti essenziali, le quali restituiscono una certa discordia sia quanto agli elementi la cui ricorrenza è ritenuta necessaria e sufficiente a identificare, chiamandone in causa la relativa disciplina, un determinato schema “tipico”²⁷: identificati, ora nelle prestazioni caratterizzanti²⁸; ora

10, 1998, 914 ss. con nota di E. BERGAMO, *Nota in tema di contratto misto di appalto e compravendita di cosa futura*; Cass. civ., sez. II, 22.6.2005, n. 13399, *cit.*, nonché, più di recente, Cass. civ., sez. II, ord. 22.6.2023, n. 17855, *cit.*

²⁴ Così, testualmente, R. CALVO, *op. cit.*, 1116.

²⁵ Su cui P. LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reichs*, I, Berlin, 1902, 177 ss.; H. HOENIGER, *Untersuchungen zum problem der gemischten Verträge*, I, in ID., *Die gemischte Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim, 1910; O. SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Rechtsschuldrecht*, in *JherJb*, 60, 1912, 106 ss.

²⁶ Circostanza, questa, che si ripercuote sulla valenza dogmatica del contratto misto. Perché la figura del contratto misto possa avere una qualche utilità come categoria autonoma, funzionalmente orientata a risolvere il problema disciplinare, è necessario, prima ancora che smarcarla in chiave dogmatica da categorie a essa limitrofe (tra cui, appunto, il contratto atipico), renderla destinataria di un significato quanto più possibile univoco e disambiguo, che consenta all’interprete di inferire, dal ricorrere nella fattispecie concreta dei tratti propri della mistione, il metodo attraverso cui stabilire la disciplina di fonte legale ad esso applicabile. Così, già G. DE GENNARO, *op. cit.*, 169.

²⁷ Varietà che è in gran parte il riflesso delle plurali tesi circa i fattori idonei ad ascrivere il contratto o sue parti nei relativi paradigmi normativi, come già evidenziato in esordio.



negli elementi essenziali o anche naturali²⁹, ora nei soli contratti aventi “schema negoziale ampi”³⁰; sia quanto ai fattori che, riunificando i diversi “frammenti”, imprimono unitarietà al contratto misto: vale a dire, se ciò dipenda dalla presenza di uno schema contrattuale (funzionalmente) egemone, se sia invece il risultato della fusione di più cause in un’unica e unitaria “causa mista”³¹ o, ancora, se il contratto sia unico perché unitario è lo scopo pratico con esso perseguito dalle parti³².

Ora, se l’assenza di uniformità di vedute circa la configurazione di una determinata categoria è fenomeno endemico al circuito delle elaborazioni dottrinali e connaturale all’evoluzione dei concetti giuridici³³, la mancanza di certezza diviene problema ben più grave se proiettata sul fronte applicativo; specie laddove la categoria, pur sottendendo ipotesi difformi, operi come tramite per predicare a ciascuna di esse indistintamente la medesima soluzione disciplinare fondata sull’applicazione al contratto dello schema prevalente (o assorbente). Si intende, in altre parole, osservare che la tendenza della giurisprudenza a riferire la figura del contratto misto a ipotesi tra loro strutturalmente divergenti finisce per oscurare come, in concreto, la “prevalenza” tipologica sia dalle corti individuata sulla base di indici mutevoli, tra loro distinguibili in ragione della forma e dell’intensità con cui si configura l’assemblaggio contrattuale sottoposto al vaglio del giudice³⁴. Più precisamente, procedendo a una ricognizione della casistica in materia che trascenda l’incartamento dogmatico associato alla proclamazione della natura mista (o complessa) del contratto, sembra possibile rilevare – pur senza pretese di esaustività – tre principali indici di identificazione della “prevalenza” tipologica, che riflettono altrettante costellazioni di ipotesi combinatorie.

a) Accade sovente che un contratto, pur rievocando la dinamica funzionale di un dato tipo, se ne distanzi in ragione di alcuni elementi o clausole minoritarie che ad esso non confanno o per la previsione di una o più prestazioni che introducono nel regolamento taluni obblighi difformi da quelli scaturenti dallo schema tipico a cui accedono. Si pensi, tra i molteplici esempi, a un contratto di vendita nel quale, pur essendosi le parti impegnate ad eseguire immediatamente le prestazioni su ciascuna ricadenti, l’effetto traslativo sia stato differito ad un successivo momento, per il quale occorre-

²⁸ G. DE GENNARO, *op. cit.*, 16; T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, «negotium mixtum cum donatione»*, in ID., *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 79, spec. 82.

²⁹ R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto, cit.*, 437 ss.

³⁰ A. CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970.

³¹ G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.

³² C.M. BIANCA, *op. cit.*, 450 ss., secondo una prospettiva che sembra ad oggi prevalere in giurisprudenza, quantomeno in relazione al contratto “complesso”.

³³ Nella materia in esame, come già osservato, ampia incidenza ha avuto in particolare la pluralità di concezioni elaborate in tema di causa. Cfr., in tal senso, i rilievi di G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1954, ristampata nel 2023 da Roma Tre-Press, per la collana *La memoria del diritto*, vol. I, 262 ss.

³⁴ In questo senso, R. SACCO, *La qualificazione*, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto, cit.*, 437 ss.

rà un apposito e ulteriore atto esecutivo³⁵. In tali casi sarà il riscontro dell’esistenza di uno schema “legale” strutturalmente, oltre che funzionalmente, dominante a sovrintendere l’operazione qualificatoria: il giudice sarà portato a statuire che a quel contratto concreto, nonostante la presenza di talune caratteristiche difforme, debba applicarsi la disciplina del “tipo” nel cui perimetro rientra la maggioranza degli altri elementi del contratto e che ad esso imprimono una funzione unitaria e assorbente.

b) La natura dell’affare potrebbe però richiedere di modulare il regolamento in modo tale che su una delle parti venga a gravare una pluralità di prestazioni, per loro natura riconducibili a differenti schemi negoziali, dietro corresponsione, a carico dell’altra, di una prestazione in denaro, in vista della realizzazione di un determinato e unitario scopo pratico³⁶. Si pensi al contratto che preveda, in cambio di un corrispettivo in denaro, la realizzazione di un’opera, secondo i moduli funzionali dell’appalto, e il trasferimento della proprietà del bene costruito, secondo gli effetti e la causa propri del contratto di vendita.

Ebbene, in queste ipotesi – per cui si usa discorrere di “mistione unilaterale” – la prevalenza tipologica è di regola sancita organizzando le diverse prestazioni “tipiche” secondo un rapporto di strumentalità, ossia individuando, sulla base di diversi indici (economico, temporale, strutturale), quale delle due (o più) prestazioni sia funzionalmente piegata all’altra³⁷ in vista del risultato finale perseguito dalle parti.

Il riferimento alla “strumentalità” delle prestazioni appare, tuttavia, non di rado fuorviante. Vi sono, certo, ipotesi in cui una prestazione risulta strumentale – nel senso più tecnico di accessoria – ad un’altra principale: è il caso del venditore di un immobile che si impegni a eseguire alcuni piccoli interventi di ristrutturazione (quali la semplice pittura delle pareti) in vista del trasferimento del relativo diritto³⁸. Ma, fuori da tali casi, quando più

³⁵ Così, secondo la ricostruzione di alcuna dottrina (v. spec. A. LUMINOSO, *Vendita con effetti obbligatori e promessa di vendita*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2022, 210 ss.) l’esecuzione anticipata risulterebbe incompatibile con la funzione preparatoria del preliminare e il tipo legale vendita dotato di un’elasticità tale da ricomprendere anche la variante della vendita obbligatoria. Secondo la Cassazione, per contro, l’ipotesi menzionata dà vita a un preliminare di vendita, con pagamento anticipato del prezzo e consegna anticipata del bene da parte, rispettivamente, del promissario acquirente e promittente venditore (cfr. Cass. civ., sez. I, 1.3.2010, n. 4863, in *Foro it.*, 3, 2011, 870 ss. Secondo questa diversa visione, è il contratto preliminare a presentare un’elasticità tale da assorbire, senza snaturarsi, l’elemento atipico consistente nell’anticipata esecuzione delle prestazioni.

³⁶ Il raggiungimento di un «intento negoziale oggettivamente unico» sarebbe, peraltro, l’elemento in grado di distinguere le ipotesi di contratto misto – o meglio complesso – da quelle di contratto collegato, nelle quali il nesso teleologico tra i negozi (requisito oggettivo) è preordinato, *ab origine*, al perseguimento di una finalità ulteriore e diversa rispetto a quella dei singoli negozi tra loro coordinati (requisito soggettivo). Sul punto, cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. I, ord. 5.12.2017, n. 29111, in *Corr. giur.*, 12, 2018, 1499 ss., con nota di F. TRUBIANI, *Operazioni finanziarie concatenate tra unità e pluralità di negozi*, nonché Cass. civ., sez. II, 16.3.2006, n. 5851, in *One Legale*.

³⁷ Cfr. G. DE NOVA, *op. cit.*, 19.

³⁸ In tal senso, G. SICCHIERO, *op. cit.*, 265.



“coppie di prestazioni”³⁹ si cumulino effettivamente tra loro all’interno di un unico regolamento, al punto da esprimere una pluralità tipologica, nessuna di esse potrà dirsi funzionalmente subordinata alla o alle altre: ciascuno dei “blocchi funzionali” che si trova saldato nell’unitaria catena funzionale del contratto concorre alla realizzazione dell’assetto degli interessi diviso dalle parti, di modo che l’uno, senza l’altro o gli altri, darebbe luogo a un’operazione economica differente – o quantomeno incompleta – rispetto a quella avuta in mente dai contraenti⁴⁰. E infatti, penetrando più a fondo nelle pieghe delle motivazioni che supportano le decisioni delle corti, ci si avvede di come l’asse del giudizio di prevalenza sia, in tale ipotesi, traslato dal piano del rapporto tra le prestazioni (nella loro propensione a realizzare lo scopo pratico complessivo dell’operazione economica) a quello del grado di rilevanza che per le parti assume ciascuna di esse: si tratta di individuare, per usare le parole della Cassazione, «l’interesse che ha mosso le parti» o la finalità «vera» ed «effettiva» del negozio⁴¹, quale emergente all’esito di una più profonda indagine del contenuto della volontà comune obiettivata nel regolamento⁴². Senonché, una tale indagine, anziché assumere quale referente il comune intento dei contraenti, finisce per istituire una gerarchia tra gli interessi che una delle parti (di regola, quella debitrice della somma di denaro) serba in relazione a ciascuna delle prestazioni “caratterizzanti” di

³⁹ Considerata la natura *tendenzialmente* neutra e amorfa della prestazione in denaro, in astratto associabile – quale controprestazione – a ognuna delle prestazioni, diverse per natura, cui si è obbligata l’altra parte, il regolamento potrebbe essere idealmente scomposto in una pluralità di “coppie” di prestazioni corrispettive (nell’esempio riportato nel testo, prestazione di fare e corrispettivo in denaro; prestazione di dare e corrispettivo in denaro), ciascuna riconducibile a uno dei diversi modelli espressamente disciplinati. Natura *tendenzialmente* amorfa, poiché, come riferisce autorevole dottrina, anche il corrispettivo in denaro può, in taluni casi, acquisire una funzione individuatrice del tipo. V. in proposito G. DE NOVA, *op. cit.*, 89 ss.

⁴⁰ Cfr. V. TIMPANO, *op. cit.*, 120 ss.; G. CHINÉ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2016/2017, 1271.

⁴¹ Così, *ex multis*, Cass. civ., S.U., 12.5.2008, n. 11656, *cit.*, che tende verso la coincidenza della prevalenza con la «vera ed unica finalità del negozio» e Cass. civ., sez. III, 22.6.2005, n. 13399, *cit.*, che si riferisce all’«interesse che ha mosso le parti».

⁴² Significative, in questo senso, le osservazioni delle Sezioni unite della Corte di cassazione, nella sentenza 16 novembre 2022, n. 33719, *cit.*, in tema di mutuo fondiario concesso per un valore superiore alla soglia dell’ottanta per cento stabilita per il finanziamento. In un *obiter dictum*, i giudici rilevano quale sarebbe la disciplina applicabile laddove si ravvisasse nella formazione contrattuale di specie un contratto misto. In questa prospettiva, la Corte ribadisce, dapprima, che il contratto misto deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto prevalente, chiarendo che questo si determina «in base ad indici economici o anche di tipo diverso, come la forza del tipo o l’interesse che ha mosso le parti [...]». Quindi, rileva (sempre in via astratta) che il contratto sarebbe assoggettabile alle norme sul mutuo fondiario qualora, dall’esame della volontà di ambedue le parti, emergesse che esse «hanno voluto stipulare un mutuo fondiario, in considerazione dei vantaggi *per entrambe* (per il mutuatario, ad esempio, di accedere al finanziamento per un importo maggiore e di beneficiare del favorevole regime dell’inadempimento, di cui all’art. 40, comma 2, t.u.b.)» (corsivo aggiunto).

cui è creditrice, donde assegnare a quello tra essi preminente il compito di delimitare le regole da applicare al caso concreto⁴³.

Così, nel caso di concomitanza di appalto e vendita, si decide per la sottoposizione del contratto alla disciplina della vendita, se l’interesse primario (perseguito dal committente-acquirente) sia il trasferimento del diritto di proprietà sull’immobile, pur quando l’esecuzione dell’opera abbia un valore economico rilevante; viceversa, si farà applicazione delle norme sull’appalto, allorché, dalla ricostruzione del «dato empirico» del concreto «intento delle parti», sia possibile evincere che l’interesse principale (del creditore delle prestazioni “tipiche”) sia la realizzazione di un’opera, rimanendo quello alla somministrazione della materia in esso assorbito⁴⁴.

Criteri simili presiedono altresì alla selezione della disciplina legale applicabile a quelle formazioni contrattuali in cui l’*assemblaggio* si realizza nella forma dello scambio reciproco di prestazioni caratterizzanti tipi contrattuali diversi: è il caso, ad esempio, di un contratto che preveda la concessione in godimento di un bene immobile, tipica della locazione, contro una prestazione di fare, al modo del contratto d’opera. Qui, l’individuazione di una prevalenza tra i plurimi tipi coinvolti diviene più complessa da argomentare e, quindi, più controversa. Per un verso, una effettiva pluralità tipologica sarebbe in tali casi riscontrabile solo allorché una delle prestazioni faccia capo a uno di quei tipi che non sono identificati, sul piano definitorio, da una ben precisata controprestazione (è il caso, appunto, della locazione). Qualora, per contro, una delle prestazioni si riferisca a un tipo, per così dire, «rigido», qual è ad esempio il contratto di vendita, la mancanza della controprestazione dallo stesso schema previsto dovrebbe portare a escludere la riconducibilità dell’operazione a quel determinato tipo (ed eventualmente ad inquadrarlo in un altro tipo, quale, ad esempio, la permuta). Per altro verso, la distribuzione delle (diverse) prestazioni “tipiche” su entrambi i lati del sinallagma impedisce – o almeno dovrebbe impedire – di stabilire una gerarchia di interessi in capo a uno dei contraenti, nel senso sopra precisato.

Cionondimeno, anche in questi casi le corti insistono nel ricercare, sulla scorta dell’intento delle parti, la prestazione caratterizzante l’intera operazione contrattuale (relegando l’altra a sua mera *controprestazione*), sì da assegnarle la funzione di individuare la ragione giustificatrice dell’intero contratto e, insieme, la disciplina ad esso applicabile (dove la riconduzione nel

⁴³ Ed anzi, in queste ipotesi, l’unitarietà del contratto appare il riflesso della presenza nel regolamento contrattuale, per come voluto e manifestato dalle parti, di un interesse che guida finalisticamente l’intera operazione.

⁴⁴ La sovrapposizione tra prevalenza della prestazione e prevalenza dell’interesse di una delle parti è ben visibile nelle sentenze rese sul tema dalla Cassazione, nelle quali si afferma che «la distinzione tra i due contratti, quando la prestazione di una parte consista sia in un dare che in un fare, [deve avere riguardo alla] volontà dei contraenti, per cui si ha appalto quando la prestazione della materia costituisce un semplice mezzo per la produzione dell’opera ed il lavoro è lo scopo essenziale del negozio (sent. 29 luglio 1978, n. 3806)» sicché la prestazione d’opera assume «valore determinante al fine del risultato da fornire alla controparte», ossia al destinatario di detta prestazione (così, Cass. civ., S.U., 9.6. 1992, n. 7073); si ha invece vendita se il lavoro sia il mezzo per la trasformazione della materia ed il conseguimento della cosa l’effettiva finalità del contratto (vendita)» (così Cass. civ., sez. II, 12.3.2018, n. 5935, in *One Legale*).

medesimo gruppo di ipotesi sub b). Esemplificativa, in questo senso, la tendenza della giurisprudenza a verificare, nel contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un'area edificabile in cambio della costruzione di un fabbricato o di alcune sue parti sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario, quale delle due prestazioni risulti prevalente⁴⁵.

c) Può infine delinarsi un'ulteriore costellazione di ipotesi che ricomprende quei regolamenti, composti anch'essi da una pluralità di (coppie di) prestazioni corrispettive (astrattamente) riconducibili ad altrettante cause negoziali tipiche, la cui concreta e coordinata realizzazione, in vista dell'unitario risultato finale, esige che le prestazioni siano organizzate entro uno schema che consenta al contraente che ne è creditore di esercitare su di esse un controllo complessivo: schema che, di regola, assume la struttura dell'appalto di servizi di cui all'art. 1677⁴⁶. Tra le tante ipotesi menzionabili, particolare interesse suscita il c.d. contratto di servizi logistici, a cui il legislatore ha di recente dedicato una specifica disposizione con l'introduzione dell'art. 1677 bis c.c.⁴⁷. Le diverse prestazioni di «ricezione, trasformazione, deposito, custodia, spedizione, trasferimento e distribuzione di beni di un altro soggetto» risultano di regola coordinate e organizzate mediante un contratto di appalto di servizi che, operando a un diverso e superiore livello della catena funzionale, assicura la concreta (ed eventualmente duratura) realizzazione dell'assetto di interessi voluto dalle parti. Ebbene, l'analisi delle pronunce rese in merito alla qualificazione di questi contratti – come di altri negozi strutturalmente analoghi⁴⁸ – evidenzia come in tali casi la declaratoria di prevalenza verterà sul tipo la cui causa riveste, nell'economia dell'affare, la funzione strutturalmente “organizzativa” e nel cui quadro sono destinate a coordinarsi le molteplici altre prestazioni sottostanti: nel caso del contratto di servizi logistici, per l'appunto, il “sottotipo” di cui all'art. 1677 c.c.

⁴⁵ Cfr. Cass. civ., S.U., 12.5.2008, n. 11656, *cit.*, che confermava un orientamento già consolidato in giurisprudenza (Cass. civ., sez. V, 9.11.2005, n. 21773, in *One Legale*; Cass. civ., sez. I, 12.4.2001, n. 5494, in *One Legale*; Cass. 24.1.1992, n. 811, in *One Legale* sulla cui ultima sentenza si esprimeva in senso critico, con argomenti estendibili alle più recenti sentenze, C. CAMARDI, in *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999, 96; l'A. rilevava come non avesse senso, nell'ipotesi contemplata, relegare l'obbligo di erigere l'edificio su un piano «accessorio e strumentale», considerato che, quand'anche il risultato finale sia individuato nel reciproco scambio di due beni, entrambi sono decisivi per la realizzazione dell'assetto di interessi voluto dalle parti.

⁴⁶ Cfr. in tema A. ALBANESE, *Il più moderno tra i contratti più antichi: le nuove sfide dell'appalto*, in *Giur. comm.*, 4, 2023, 688 ss.

⁴⁷ L'articolo, rubricato «Prestazione di più servizi riguardanti il trasferimento di cose», è stato introdotto con la legge di bilancio 2022 (l. 30 dicembre 2021, n. 234), e poi successivamente modificato con d.l. n. 36/2022, convertito in l. n. 79/2022.

⁴⁸ Tra le principali ipotesi offerte dalla casistica in tema di contratti misti possono annoverarsi: il contratto di *banqueting* (Cass. civ., sez. II, ord. 17.10.2019, n. 26485, *cit.*); il contratto di appalto di servizi di trasporto (Cass., sez. lav., ord., 6.7.2023, n. 19106 in *DeJure* e Cass. civ., sez. II, ord., 21.5.2018, n. 12506 in *DeJure* che, peraltro, propugnano opzioni di prevalenza diametralmente opposte); il contratto di elaborazione di *software* applicativi (Cass. civ., sez. II, 9.8.2013, n. 19131, *cit.*); il contratto di albergo (Cass. civ., S.U., 31.10.2008, n. 26298, *cit.*).

5. Limiti e disfunzioni delle tecniche di prevalenza: il rischio di formazione del regolamento contrattuale.

| 482

La ricostruzione che si è prospettata consente di chiarire che la teoria della prevalenza, benché tendenzialmente rappresentata come unitaria, sottende espedienti logici di risoluzione del problema disciplinare tra loro diversi, a loro volta esito di una incerta e volubile ricostruzione della figura del contratto misto (e complesso), che di essa dovrebbe rappresentare il presupposto operativo.

Messi in luce i diversi criteri di individuazione della prevalenza, è ora possibile verificare se, ed in quali casi, la sottoposizione del contratto alla disciplina di un unico schema prevalente determini una lesione dell'autonomia privata, precludendo la piena realizzazione dell'assetto d'interessi che le parti si erano date. A tal fine, occorrerà valutare se i meccanismi che presiedono alle diverse forme di prevalenza siano espressione del corretto esercizio dei poteri che competono al giudice nell'operazione qualificatoria e, insieme, rispettosi dei limiti – precedentemente evidenziati – che di tali poteri segnano i confini.

Tenendo ferma la tassonomia sopra prospettata, può anzitutto osservarsi che, nelle ipotesi sub a), la proclamazione della prevalenza di un tipo sugli altri non appare, sul piano dell'incidenza sull'autonomia delle parti, particolarmente problematica. Il tipo contrattuale gode invero di una certa *elasticità* che gli consente di assorbire, senza snaturarsi, talune modifiche contenutistiche che le parti decidano di operare sfruttando gli spazi di libertà lasciati aperti dall'autonomia contrattuale. Sicché, quand'anche al contratto fossero aggiunti “frammenti” o prestazioni accessorie eccedenti il tipo, la disciplina unitaria potrebbe giustificarsi in ragione del fatto che queste ultime non sono in grado di alterare la causa propria dello schema la cui prestazione è caratterizzante, la quale, di conseguenza, assume una forza attrattiva dal punto di vista disciplinare tale da assorbire gli elementi da esso difformi. È ciò che sembrano predicare le Sezioni unite della Cassazione quando annoverano la «forza del tipo» tra i criteri di selezione del trattamento giuridico dei contratti misti⁴⁹.

⁴⁹ In questo senso, si vedano le osservazioni di Cass. civ., S.U., 23.2.2023, n. 5657, *cit.*, relativa all'annosa questione della meritevolezza di cui all'art. 1322, co. 2 c.c. del contratto di *leasing* contenente una clausola di “rischio cambio”. Per quanto qui di interesse, i giudici richiamano i tre criteri che, secondo l'orientamento della Cassazione, consentono di stabilire se un contratto, a causa di pattuizioni eterogenee rispetto allo schema tipico, abbia mutato causa e natura: (i) «il primo criterio è che la qualificazione del contratto come “atipico” deve dipendere dai suoi effetti giuridici, non da quelli economici [...], avendo riguardo all'intento delle parti [...]»; (ii) «il secondo criterio è che un contratto non muta natura e causa, sol perché uno dei suoi elementi presenti un'occasionale difformità rispetto allo schema legale tipico [...]»; ma solo ove il rapporto risulti «del tutto estraneo al tipo normativo, perché trae le proprie ragioni di essere dall'adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici»; (iii)

«il terzo criterio, infine, è che le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti non mutano la causa tipica del contratto, se in questo permane la prevalenza degli elementi propri dello schema tipico». Il criterio della «forza del tipo», cui sembra alludere con il secondo (ma in parte anche con il terzo criterio), non può ad ogni modo operare qualora la dif-



Se così è, se ne devono trarre due corollari. Il primo: la sottoposizione del contratto a una disciplina unitaria non dipende, in tali casi, dall'individuazione di un negozio avente «maggior rilievo» nel contesto di una pluralità di negozi tipici differenti; essa consegue, più semplicemente, alla constatazione della riconducibilità del contratto entro i confini di un solo tipo, la cui funzione non muta per il mero fatto di esser stato dalle parti ibridato con singoli elementi difformi da quel modello contrattuale. Ci troviamo, in altre parole, fuori dal problema dei “contratti misti”, per come tradizionalmente impostato. Il secondo: queste ipotesi si sottraggono alla critica (per come più comunemente) mossa, in punto di autonomia contrattuale, al metodo della prevalenza, posto che non è dato rinvenire interessi ultronei, in grado di alterare la causa contrattuale del negozio, che siano stati ignorati dal giudicante.

Quanto alle ipotesi sub b) e c), l'operazione che fa discendere l'unitarietà della disciplina normativa dall'individuazione di un interesse prevalente o di uno schema con funzione “organizzativa” risulta più arbitraria. Al riguardo, occorre anzitutto osservare che non sempre il contratto concreto, interpretato sulla base della volontà obiettivata delle parti, restituirà al giudicante un interesse egemone⁵⁰. Posto che nessuna delle prestazioni che entra nel sinallagma contrattuale può dirsi caratterizzante sotto il profilo funzionale, è possibile che più di una di esse rivesta per le parti egual rilievo in vista della finalità perseguita. In tali ipotesi, la ricerca di un *solo* tipo – *rectius*, interesse – prevalente, producendo un'indebita sovrapposizione tra l'oggetto della ricerca e il suo risultato, rischia di compromettere l'intera operazione qualificatoria: il giudice, pur di forzare il caso concreto entro la teoria da applicare, potrebbe essere portato ad attribuire ai contraenti un intento che non li alimentava e che, in ogni caso, non traspare dal programma negoziale, così violando i limiti imposti all'operazione di qualificazione.

Oltre a ciò, assegnare all'interesse eventualmente preminente una funzione selettiva delle norme applicabili al caso concreto finisce per imporre alle parti un assetto diverso da quello che le stesse intendevano realizzare nell'esercizio della loro autonomia contrattuale⁵¹. E ciò non tanto, o non solo, come si tende a dire, perché in tal modo si negherebbe rilevanza ad altri interessi ugualmente presenti nel contratto. Il problema, piuttosto e ancor prima, è che si fa discendere, dall'individuazione di un interesse prevalente, una volontà che le parti non hanno espresso: quella di disconoscere dall'operazione economica le implicazioni effettuali e gli ulteriori risvolti legali associati ai contratti concorrenti e secondari, che contribuiscono alla composizione multiforme della convenzione negoziale. Non vi è norma né principio che consenta di operare una tale inferenza, senza pregiudicare

formità delle clausole sia tale da evidenziare i segni di un abusivo ricorso a uno schema legale, per sottrarsi alle regole (imperative) discendenti da altri tipi. In tema G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2008, 491 ss., spec. 504 ss.

⁵⁰ Tale rilievo ricorre costante in dottrina, sebbene il riferimento sia di regola all'eventualità che manchi una «prestazione principale»: si vedano, *ex multis*, C.M. BIANCA, *op. cit.*, 449; E. DEL PRATO, *op. cit.*, 103.

⁵¹ V. TIMPANO, *op. cit.*, 118 ss.; in tal senso, cfr. G. DE GENNARO, *op. cit.*, 173 ss.

l’autonomia contrattuale delle parti contraenti: come non è possibile per il giudice neutralizzare gli effetti legali del contratto prescelto dalle parti, facendo applicazione di un modello negoziale diverso da quello voluto dalle parti⁵², così non gli è consentito privare il regolamento contrattuale, validamente assunto dai contraenti, di effetti giuridici propri di taluni tipi negoziali, a cui le parti non abbiano mostrato di voler rinunciare, al solo fine di sottoporlo ad un’unica e unitaria disciplina legale.

La paralisi delle norme sottese a un determinato schema dovrebbe essere ammessa, nelle ipotesi di contratto assemblato, solo ove sia possibile evincere, dal comune intento delle parti (e dunque non dall’interesse di una di esse) per come oggettivamente manifestato nel regolamento, l’intenzione di escludere dal concreto contratto taluni effetti propri degli schemi negoziali coinvolti nell’operazione⁵³ (sempre che la natura dispositiva delle relative norme coinvolte lo consenta). Il rilievo, peraltro, assume particolare pregnanza nell’ottica di mantenere ferma la distinzione tecnica tra interpretazione e integrazione del contratto ai sensi dell’art. 1374 c.c.⁵⁴, posto che l’individuazione delle eventuali “lacune” del regolamento dovrebbe riconnettersi all’indagine sul contenuto della volontà manifestata dalle parti e in vista della sua realizzazione⁵⁵ e non, invece, discendere dalla scelta da parte del giudice del tipo prevalente entro il quale farlo ricadere.

Considerazioni analoghe valgono, *a fortiori*, per le ipotesi in cui la disciplina applicabile sia determinata sulla base dello schema negoziale con funzione organizzativa, il quale nemmeno segnala l’esistenza di un interesse prevalente, rispondendo esso a un’esigenza organizzativa, necessaria per mettere in piedi e organizzare unitariamente l’operazione economica divisa tra le parti e da cui, pertanto, non può in ogni caso farsi discendere la vo-

⁵² Così Cass. civ., S.U., 16.11.2022, n. 33719, *cit.* L’affermazione, condivisibile in linea di principio, non può tuttavia tradursi in una preclusione per il giudice di riqualificare il contratto, per come inteso e voluto da entrambe le parti, ove ciò si renda necessario per allineare l’atto negoziale al sistema di effetti giuridici delineati dal legislatore ovvero per renderlo aderente a interessi concorrenti che, sulla scorta dell’originaria qualificazione, rimarrebbero sacrificati. Questo l’argomento, condivisibile, da cui muove la critica alla citata sentenza di S. PAGLIANTINI, in *Mutuo fondiario e limite di finanziabilità: a passo di gambero*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2023, 407 ss. e ID., *Mutuo fondiario - la validità secca del mutuo fondiario sovrafinanziato: un the end (più) agro (che) dolce*, in *Giur. it.*, 2023, 527 ss.

⁵³ R. SACCO, *La qualificazione*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, *cit.*, 456.

⁵⁴ Per quanto attività legate l’un l’altra in un *continuum* di consequenzialità logico-giuridica: cfr. in tema G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, 276 ss. Il tema è ripreso da F. SANGERMANO, *Il controllo giudiziale dell’equilibrio delle prestazioni contrattuali tra apparente interpretazione correttiva e reale integrazione dell’atto di autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2015, 758 ss.

⁵⁵ Sembra invero condivisibile l’orientamento secondo cui, pur dovendosi tenere ferma la distinzione tra interpretazione e integrazione, quest’ultima attività (almeno nel senso espresso dall’art. 1374 c.c.) risulta pur sempre funzionale alla «costruzione» del regolamento contrattuale, nella prospettiva di sviluppare, completandolo, l’atto di autonomia delle parti: il che, peraltro, potrebbe risolversi non solo in un’integrazione del contenuto del contratto di natura strettamente suppletiva, sul presupposto dell’esistenza di una palese lacuna, ma altresì in un suo arricchimento con regole che consentano di dare piena attuazione all’assetto di interessi voluto dai contraenti. Si veda, in questo senso, A. D’ADDA, *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I Tematici - Il contratto*, Milano, 2021, 609, spec. 615 ss.

lontà negoziale di pretermettere i risvolti effettuali dei diversi segmenti contrattuali che nello schema-quadro trovano coordinamento.

6. L'applicazione congiunta delle discipline coinvolte nei contratti misti: limiti della teoria della combinazione e dell'integrazione.

Le numerose obiezioni cui si espone la teoria della prevalenza suggeriscono di cercare soluzioni alternative per risolvere il problema disciplinare⁵⁶.

La dottrina usa spesso rimarcare come l'alternativa più secca a tale teoria sia quella fondata sull'applicazione simultanea delle discipline di tutti gli schemi ai quali la *complessa* convenzione contrattuale posta in essere dalle parti appaia ascrivibile (c.d. criterio della *combinazione*⁵⁷).

È opportuno fin da subito precisare che, anche nell'ambito di questo metodo, come per quello fondato sulla prevalenza, il presupposto applicativo rimane pur sempre (ed unicamente) il riscontro di una identità – o, per esse-

⁵⁶ Come osservato in apertura le prospettive alternative alla prevalenza sono molte e diversificate. Oltre alle teorie – della combinazione e dell'integrazione – trattate nel testo, è possibile segnalare almeno altri tre approcci proposti in dottrina: la c.d. teoria dell'analogia, secondo cui ai contratti misti dovrebbe applicarsi in via diretta la disciplina del contratto in generale e, in via analogica, quella del tipo (o dei tipi) a cui il concreto contratto "assomiglia" (O. SCHREIBER, *op. cit.*, 106 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. Grosso e F. Santoro-Passarelli, Milano, ed. II, 1966, 135 ss.); il c.d. metodo tipologico secondo cui, a partire da una distinzione tra "concetto" e "tipo", è possibile individuare delle figure intermedie tra i diversi schemi negoziali coinvolti nel contratto misto, così "graduando" la disciplina di ciascuno alla luce del concreto assetto di interessi (G. DE NOVA, *op. cit.*, spec. 151 ss.); un approccio infine teso a ritagliare la disciplina direttamente sugli interessi delle parti, superando la distinzione tra tipicità e atipicità (su cui cfr. 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, 389 ss.). Le prospettive risultano, per ragioni differenti, eccessivamente "radicali" rispetto al tradizionale modo di procedere delle corti, le quali, invero, non ne fanno di regola menzione. Tuttavia, esse esprimono – in modo lampante – l'insoddisfazione per le rigide alternative cui si perviene attraverso un'applicazione formalistica e asfittica del metodo della sussunzione, evidenziando l'esigenza – che si condivide – di addivenire a soluzioni più aderenti al regolamento concreto che si offre al caso di specie.

⁵⁷ Il metodo è ripreso dalla dottrina tedesca, nel contesto della quale si vedano in particolare: G. RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen, 1905, 320 ss.; H. HOENINGER, *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, Mannheim, 1910, *passim*. Non di rado il criterio viene riferito ai soli contratti *complessi* (in questo senso v. esplicitamente Cass. civ., S.U., n. 7930 del 2008, *cit.*), sebbene il rilievo non abbia una portata decisiva, non fosse altro per la già rilevata incertezza circa la distinzione tra contratti complessi e contratti misti. In dottrina, la combinazione quale metodo secondo cui i vari segmenti del contratto dovrebbero essere assoggettati disciplinati ciascuno con riferimento allo schema contrattuale entro cui i suoi elementi sono riconducibili è caldeggiata da G. DE GENNARO, *op. cit.*, 169 ss.; in chiave ricostruttiva, v. altresì R. SACCO, *La qualificazione*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit. Altri autori sembrerebbero alludere, nel richiamare tale metodo, a un'applicazione promiscua delle discipline coinvolte, per cui sulle parti insisterebbero contemporaneamente i diritti e gli obblighi propri di tutti i diversi schemi rinvenibili. Cfr. sul punto V. ROPPO, *op. cit.*, 406.



re più precisi, di una somiglianza⁵⁸ – sul piano causale (o comunque definitorio) tra la fattispecie concreta da regolare e (non uno ma) più modelli contrattuali entro cui la stessa risulti sussumibile⁵⁹. La differenza risiede altrove: se, accedendo alla teoria della prevalenza, la procedura qualificatoria si esaurisce nell’individuazione del modello prevalente, perché ciò sarà sufficiente a delimitare il novero delle disposizioni “tipiche” applicabili al caso di specie; nel contesto della teoria della combinazione, individuati i tipi entro cui il contratto è riconducibile, l’interprete dovrà provvedere a stabilire in quale “misura” le discipline particolari di ciascuno di essi trovino applicazione e, dunque, se esse siano applicabili integralmente ovvero se alcune delle regole appartenenti ai tipi – per ragioni di reciproca incompatibilità – debbano cedere il posto ad altre.

La tecnica della combinazione, nella sua dinamica più pura, ha minor seguito in dottrina e sostanzialmente nessun seguito – così si usa affermare – in giurisprudenza. Il metodo è invero criticato, anzitutto, per le incertezze applicative che conseguirebbero a un’applicazione congiunta delle diverse discipline, la quale condurrebbe a risultati disomogenei e, in ogni caso, difficilmente in concreto percorribili⁶⁰; nonché sulle difficoltà che in tal modo si registrerebbero nell’assicurare un’adeguata differenziazione di disciplina tra la figura del contratto complesso e quella del contratto collegato⁶¹. Ancora, si obietta a tale criterio che le norme di un determinato tipo, prescrivendo effetti che si giustificano funzionalmente in ragione della particolare combinazione degli elementi che connotato quel dato schema legale, non possono trovare applicazione ogniqualvolta quella particolare combinazione non sia riscontrabile nella fattispecie concreta⁶².

Prima di sottoporre a verifica le menzionate ragioni critiche, conviene osservare che, nonostante quanto si suole declamare nella teoria, la dinamica disciplinare suggerita dalla teoria della combinazione non è del tutto sconosciuta alla giurisprudenza. Accade non di rado che le corti, pur applicando il criterio della prevalenza, provvedano a integrare la disciplina del tipo prevalente con una o più regole degli schemi subalterni. La stessa Corte di cassazione sostiene ormai da tempo che «la disciplina giuridica [del contratto misto] va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti [...], senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e

⁵⁸ Qualora il contratto sia frutto di combinazione tra più tipi, questo non potrà essere pienamente sussunto entro nessuno di essi, posto che gli elementi della fattispecie concreta, idonei a individuare tipi diversi da quello, di volta in volta, preso in considerazione determineranno, rispetto a quest’ultimo, un mutamento di funzione che impedirà di descriverne il rapporto in termini di identità. Perciò, nel contesto della teoria combinatoria (in modo simile a quanto avviene allorché si applichi la prevalenza), il fondamento dell’applicazione di ciascuna delle discipline tipiche sembrerebbe piuttosto radicarsi nella somiglianza tra il singolo contratto (o una sua parte) e il modello per come descritto nella relativa nozione, secondo il metodo applicato generalmente ai contratti atipici. Cfr. in tema F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, 60 ss.; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, *cit.*, 194.

⁵⁹ Sul punto si tornerà *infra* § 7.1

⁶⁰ Cfr. G. CHINÉ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 1271.

⁶¹ Così Cass. civ., S.U., 27.3.2008, n. 7930, *cit.*

⁶² A. CATADELLA, *op. cit.*, 78.



concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto *compatibili con quelle dello schema prevalente*» (enfasi aggiunta)⁶³. Si è in tal senso stabilito, ad esempio, che nel contesto di un contratto misto per effetto della fusione del contratto di agenzia con prestazioni di deposito, l'individuazione del primo come contratto “prevalente” non impedisce l'applicazione delle norme del contratto concorrente in tema di rimborso delle spese, in quanto compatibili con il contratto di agenzia⁶⁴. Il principio è progressivamente penetrato nel circuito delle decisioni di merito, assumendo oggi una certa regolarità⁶⁵.

Questo metodo – comunemente detto di *integrazione* – appare in grado, almeno in potenza, di evitare la neutralizzazione di effetti legali che le parti non hanno manifestato di volere eliminare, assicurando un maggiore allineamento tra la disciplina applicata e la fattispecie concreta voluta dalle parti.

Tuttavia, per come in concreto enunciata, anche tale teoria presta il fianco a talune critiche. La più manifesta è che la tecnica può favorire un certo finalismo – già riscontrabile nella teoria della prevalenza⁶⁶, ma qui ancor più evidente perché soggetta a un maggior arbitrio – che può condurre le corti ad applicare ora la disposizione del “tipo” prevalente, ora la disposizione del “tipo” secondario, a seconda dell'effetto (in ordine al termine di prescrizione, al regime di responsabilità, all'operatività di una determinata garanzia, ecc.) che si ritiene di dover assegnare al contratto. Il limite di cui soffre tale teoria, in altre parole, è la mancanza di criteri certi e univoci circa il rapporto di coordinamento che deve sussistere tra la disciplina del “tipo” prevalente (o in ipotesi dei “tipi” prevalenti) e le discipline che afferiscono ai segmenti contrattuali secondari.

Dal tenore letterale delle sentenze rese dalla Corte di cassazione, sembrerebbe che l'ordine di precedenza debba essere stabilito riconoscendo la soggezione dell'intera operazione economica alla disciplina del “tipo” prevalente, la quale può essere all'occorrenza “integrata” dalle regole relative ai singoli tipi secondari che ne imprimono la complessità, purché esse non siano in contrasto con la disciplina prevalente⁶⁷. Questo metodo di coordinamento,

⁶³ Cfr. Cass. civ., 12.12.2012, n. 22828, *cit.* Nello stesso senso, v. Cass. civ., S.U., n. 11656 del 12.5.2008, *cit.*; Cass. civ. Sez. III, 22.6.2005, n. 13399, *cit.* Il principio è ripreso testualmente anche dal Tribunale di Parma, nella sentenza 3.7.2013, n. 985, in *One Legale*.

⁶⁴ Così Cass. civ., sez. II, 12.12.2012, n. 22828, *cit.*

⁶⁵ Il principio è stato, esemplificando, utilizzato dalla prevalente giurisprudenza di merito in tema di logistica, nella quale ricorre frequente la dichiarazione secondo cui il contratto di servizi logistici, in quanto negozio “misto”, soggiace alla disciplina dello schema prevalente, in base al “criterio dell'assorbimento”, pur con il correttivo del “criterio della combinazione”, che non esclude l'applicazione di regole di altri tipi entro il limite della non incompatibilità con la disciplina dello schema prevalente. Così, Trib. Napoli, 7.5.2021, n. 4347, in *DeJure*.

⁶⁶ Cfr. R. SACCO, *La qualificazione*, in in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, *cit.*, 437 ss. e F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 4° ed., 1993, 763.

⁶⁷ Così, Trib. Parma, 3 luglio 2013, n. 985, *cit.* e, più di recente, Trib. Napoli, 7 maggio 2021, n. 4347, *cit.*, nella quale sentenza si rileva che: «è la prestazione contrattuale caratte-

tuttavia, in parte reitera il problema più su rilevato, rendendo il contratto soggetto alla disciplina del tipo prevalente, anche quando la prevalenza è dedotta da un elemento inidoneo a selezionare le regole da applicare al caso concreto (l’interesse di una delle parti o la presenza di uno schema con funzione organizzativa); in ogni caso, non chiarisce a quali condizioni la regola riferita al contratto subalterno possa scalzare quella che discenderebbe dal contratto prevalente, vale a dire, se sia sufficiente la compatibilità (normativa) con quest’ultimo per applicarle o se si richieda a tal fine la ricorrenza di altri e diversi presupposti.

Si potrebbe allora ipotizzare, al fine di rendere la tecnica integrativa effettivamente aderente al principio dell’autonomia contrattuale, che questa debba essere rimodulata nel senso di prescrivere l’applicazione in via primaria delle regole dei tipi legali cui le diverse prestazioni sono di volta in volta riconducibili (comprese eventualmente quelle del negozio di «maggior rilievo»), nei limiti in cui esse non si pongano in contrasto con la disciplina che regola il tipo prevalente: la quale, pertanto, troverebbe applicazione solo in quest’ultimo caso⁶⁸. Eppure, anche questa modalità di coordinamento, sebbene in astratto idonea a garantire una maggiore uniformità di soluzioni, non convince del tutto: ancora eccessivo appare il peso così riconosciuto al tipo prevalente, il quale, è vero, dismetterebbe la sua funzione soverchiante di criterio di selezione dell’unitaria disciplina applicabile; ma conserverebbe la funzione, per nulla irrilevante, di criterio di regolazione dei conflitti tra norme regolanti diversi tipi. Basti pensare che, (anche) accedendo a una tale lettura, le disposizioni del contratto prevalente dovrebbero trovare applicazione per quegli aspetti del contratto – tra cui, ad esempio, la forma – che esigono una disciplina unitaria: il che, come si vedrà oltre, potrebbe condurre a esiti che non paiono accettabili⁶⁹.

7. Il problema della disciplina dei contratti misti nella prospettiva del tipo contrattuale.

7.1. La visione *organicista* del tipo contrattuale nella tradizione giuridica.

Nelle pagine precedenti si è avuto modo di osservare che le critiche mosse alla tecnica della prevalenza (con argomenti estensibili anche a quella dell’integrazione) si concentrano perlopiù sull’effetto escludente – con conseguente lesione del principio dell’autonomia contrattuale – che la sua ap-

rizzante del contratto che determinerà la disciplina normativa applicabile al rapporto contrattuale misto, a prescindere dal “*nomen iuris*” dato dalle parti allo schema contrattuale».

⁶⁸ Tale, d’altronde, sembrava essere la via suggerita dalla giurisprudenza di legittimità che per prima si è avvalsa di entrambi i criteri (prevalenza e combinazione) congiuntamente. In questo senso, cfr. Cass. 10.3.1979, n. 1494, in *Giust. civ.*, 1979, I, 1759 con nota di M. COSTANZA, *Accessorietà della prestazione di custodia nel mandato ad alienare*.

⁶⁹ In tal senso si esprimeva la Cassazione nella sentenza della terza sez., 6.3.1970, n. 589, in *Il foro it.*, 2309 ss., con nota di M. R. SPALLAROSSA. Sui problemi che apre una tale lettura si veda *infra* § 9.



plicazione determina rispetto al più variegato e complesso assetto di interessi che le parti, stipulando un regolamento contrattuale dal carattere tipologicamente misto, hanno inteso realizzare.

Molto più raramente, invece, si sono indagate, per contestarle, le premesse da cui quelle teorie – *tutte* – prendono le mosse; premesse che inevitabilmente investono il senso e la funzione del “sistema dei tipi contrattuali” e delle discipline legali che esso esprime. È chiaro, infatti, che per risolvere il problema della selezione delle norme sui singoli contratti applicabili a una formazione negoziale mista, l’interprete dovrà aver preventivamente definito quale sia il presupposto applicativo delle regole dei singoli tipi, quando ed entro quali limiti esse possano trovare applicazione e, dunque, (almeno implicitamente) quale sia la funzione delle regole dal legislatore dettate per i singoli contratti tipizzati.

La dottrina sui contratti misti tende a non affrontare *funditus* gli aspetti inerenti al tipo contrattuale (sebbene non sia vero il contrario)⁷⁰. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, è precisamente sul piano della “concezione” dei *tipi contrattuali* – e specialmente del presupposto applicativo delle norme che ne fanno parte – che il problema disciplinare può essere riformulato e insieme risolto in modo da superare le criticità cui vanno incontro le teorie della prevalenza e dell’integrazione.

Nelle pagine che seguono si tenterà di argomentare quanto appena affermato, proponendo una lettura del tipo contrattuale differente da quella posta a base delle tecniche di selezione della disciplina legale oggi dominanti e idonea a rimodulare il procedimento qualificatorio, con specifico riguardo alla fase diretta a delineare le implicazioni effettuali discendenti dall’inquadramento del concreto contratto in uno o più dei paradigmi normativi esistenti.

In via di prima approssimazione, il tipo contrattuale può essere definito come lo strumento concettuale mediante cui il legislatore elabora, astruendo dalla realtà pratica, l’archetipo di specifiche operazioni economiche, per le quali ritiene opportuno, in virtù della loro frequente ricorrenza nella vita di relazione, delineare un nucleo speciale di regole destinate a trovare applicazione in aggiunta o in sostituzione di quelle dedicate al contratto in generale⁷¹. Talune delle figure codificate sono state ereditate da un passato e una tradizione anche plurisecolare; talaltre sono state acquisite in tempi più recenti, in scia a un’evoluzione dei traffici e delle connesse esigenze che con-

⁷⁰ Gli studi condotti sul fronte del tipo contrattuale (o del contratto atipico) non mancano di segnalare le intersezioni con il problema della disciplina dei contratti c.d. misti. In questo senso si vedano i già citati lavori di G. DE NOVA, *op. cit.*; M. COSTANZA, *Il contratto atipico, cit.*; F. DI GIOVANNI, *op. cit.*

⁷¹ Il tema lambisce, alle volte sovrapponendovisi, un’altra questione particolarmente dibattuta tra gli studiosi, che attiene al rapporto tra la disciplina del contratto in generale e quella dei singoli contratti. Rinviando al prosieguo talune considerazioni in merito, si segnalano, per autorevoli e (parzialmente) divergenti approcci, i contributi di F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto: artt. 1321-1469 cod. civ.*, Milano, 1944; G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impr.*, 1988, 327 ss.

duce, spesso con un occhio rivolto ad altre giurisdizioni⁷², a modellare nuove e più articolare operazioni economiche, reiterandole nella pratica sino a farle diventare socialmente tipiche.

Quale che sia l’origine storica, le sezioni dedicate ai singoli tipi presentano una struttura regolare. Esse esordiscono con una norma mediante la quale il legislatore, nel delineare la fattispecie del *tipo* contrattuale, cristallizza in una «definizione nominale»⁷³ i tratti ritenuti maggiormente identificativi della corrispondente operazione contrattuale, enunciandoli per specificazione, rispetto alla nozione del contratto in generale, e per distinzione, rispetto ad altri modelli contrattuali del pari contemplati dall’ordinamento (ovvero allo stesso modello, qualora intenda delinearne un sottotipo)⁷⁴. Alla norma recante la formula definitoria fa seguito la sequenza di disposizioni che il legislatore, in considerazione di talune peculiari caratteristiche di quella data operazione, ha ritenuto di dedicare all’operazione rientrante in quel tipo contrattuale: nella prospettiva, ora di indicare l’assetto di regole che – nella fisiologia come nella patologia del rapporto – l’ordinamento ritiene più adeguate per un’equilibrata composizione degli interessi delle parti; ora di fissare una serie di limiti regolamentari che, in vista della tutela di interessi generali, le parti non possono con la loro comune volontà travalicare (operanti anch’esse, eventualmente, in funzione suppletiva)⁷⁵.

Se pacifica è la struttura grafica che connota il tipo contrattuale, meno agevole è determinare quale sia l’effettiva funzione assegnata al fascio di regole che ciascun tipo compone. Al riguardo, alcune indicazioni possono essere desunte dalle modalità con cui l’interprete tende a selezionare le regole del tipo applicabili a una data fattispecie concreta.

Si è osservato, in apertura di questo studio, che l’applicazione delle discipline legali tipiche è dalle corti – in prevalenza – giustificata in ragione dell’ascrivibilità dell’intera fattispecie concreta (o comunque di taluni suoi elementi) alla nozione del relativo tipo contrattuale, secondo lo schema argomentativo della sussunzione. L’effetto che discende dalla riscontrata riconducibilità del contratto concreto a uno degli schemi contemplati dal legislatore consiste nell’applicazione integrale – vale a dire, in blocco – della disciplina che quello schema regola e organizza (ad esclusione, va da sé, di quelle regole cui le parti hanno legittimamente derogato). Questa consequenzialità si riscontra non solo ove sia possibile scorgere, nel concreto contratto, tutti i connotati inseriti nella fattispecie astratta, ma altresì nelle ipote-

⁷² In tema, G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, Torino, 2008. Il punto è messo in rilievo, di recente, da A. NERVI, *La causa del contratto; una questione culturale*, in *Pactum. Rivista di diritto dei contratti*, 1, 2022, 87 ss., per delinearne le ricadute sul piano del giudizio di meritevolezza degli interessi cui sono sottoposti i contratti atipici.

⁷³ Secondo la prospettiva accolta da A. BELVEDERE ne *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, 1977, spec. 78 ss. e 106 ss.

⁷⁴ In una diversa prospettiva si pone, come noto, G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 130, secondo il quale il legislatore, facendo astrazione dalla realtà, avrebbe elaborato, per ciascun modello contrattuale che ha inteso disciplinare, un «concetto», racchiudente solo taluni dei tratti con cui la corrispondente operazione si presenta nella prassi e, dunque, più ristretto del «tipo» cui si riferisce e che, per talune ipotesi intermedie, può essere ricostruito dallo stesso interprete.

⁷⁵ In tema si veda A. D’ADDA, *op. cit.*, 617.

si in cui, constatato che il contratto combina segmenti o elementi di più contratti tipici, l'interprete ricorra a uno dei meccanismi di selezione delle discipline particolari – *prevalenza*, *integrazione* o *combinazione* – al fine di risolvere il problema disciplinare. Nel contesto delle prime due tecniche, la necessità di selezionare una sola disciplina prevalente – ad esclusione di quelle subalterne (teoria della prevalenza) o, quantomeno, ponendosi quale limite alla loro applicabilità (teoria dell'integrazione) – implica, giocoforza, che lo stesso, in ragione della presenza di elementi informativi di più tipi, sia *astrattamente* sottoponibile a ciascuna delle discipline speciali per quei tipi previsti, considerate nella loro interezza. Lo stesso può, tuttavia, affermarsi con riguardo alla tecnica della combinazione, considerato che la già segnalata disgregazione dell'unità disciplinare si realizza solo dopo aver constatato – e precisamente in ragione di tale constatazione – che il contratto, in quanto riconducibile a più tipi, deve essere assoggettato – qui *in concreto* e non solo in astratto – a tutte le discipline (complessivamente intese) che detti tipi regolano: l'espunzione di talune regole da questo o quel tipo si impone, per così dire, solo *a posteriori* al fine di scongiurare la contestuale presenza di singole norme tra loro incompatibili.

Ecco che, riguardando le tradizionali tecniche di determinazione del trattamento dei c.d. contratti misti dal lato delle loro *premesse* (e dunque dalla concezione del tipo), anziché delle loro *conseguenze* (e dunque dal grado di incisione sulla libertà contrattuale), la distanza che le separa si assottiglia, sino a divenire impercettibile. Ognuna di esse, pur con le proprie peculiarità, contribuisce a reificare una concezione, per così dire, «organicista» del tipo contrattuale⁷⁶, inteso come un complesso monocorde di norme le quali, a livello disciplinare, non risultano dotate di una *ratio* che è loro propria⁷⁷, ma che è propria del tipo da disciplinare; quasi che la formula definitoria – e in particolare la causa nella sua qualità di principale elemento identificativo – fosse in grado di assorbire, privandolo di rilevanza, il fondamento giustificativo che anima ciascuna di esse. Per dirla in termini più pratici: l'applicazione delle norme “tipiche” dipende molto più (o quasi solo) dall'essere topograficamente ricomprese all'interno del fascio di norme che sottostanno a una determinata nozione, la quale ne segna così i limiti di applicazione, conferendone (seppure implicitamente) un connotato di “eccezionalità”⁷⁸; e molto meno (o quasi per nulla) dal fatto di rispondere ciascu-

⁷⁶ Cfr. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., 211, nel quale si richiama l'espressione di O. SCHREIBER, *op. cit.*, 106, 210.

⁷⁷ In questo senso cfr. F. DI GIOVANNI, *op. cit.*, 66 ss.; in tema, si veda altresì M. COSTANZA, *op. ult. cit.*, 210.

⁷⁸ Sotto questo profilo emerge un'ulteriore incongruenza logica all'interno della tesi tradizionale in tema di contratti misti. Un metodo che individui nell'ascrivibilità del concreto contratto alla nozione del tipo il presupposto e insieme il limite all'applicazione delle regole ad esso applicabili dovrebbe indurre a caratterizzare queste ultime come norme “eccezionali”, perché insuscettibili di essere spinte (salvo espresse previsioni normative) oltre i confini segnati da quel determinato tipo. Tuttavia, la teoria della prevalenza, provocando l'assorbimento dell'intero contratto entro la disciplina di un solo modello, implica un'estensione delle norme del tipo oltre i confini del modello legale, nella misura in cui regola contratti – quali quelli misti – in esso non astrattamente sussumibili.

na a una precisa logica ricollegata, in modo variabile, agli elementi che quella nozione ricomprende.

7.2. La visione *destrutturata* del tipo contrattuale riflessa nel giudizio di *compatibilità*.

Il Codice civile conosce tuttavia una serie di disposizioni che mal si conciliano con la concezione del tipo contrattuale appena tratteggiata, sottoponendo a una certa pressione tanto l’assunto per cui l’applicazione delle norme tipiche discende direttamente dall’ascrivibilità del contratto, o di una sua parte, alla formula definitoria di un determinato modello negoziale; tanto l’assunto per cui le regole del tipo, laddove chiamate a disciplinare un contratto, si applicano congiuntamente, ad eccezione delle sole norme derogate dalle parti.

Mi riferisco a quelle disposizioni, collocate nell’ambito di alcuni modelli contrattuali, che prescrivono – per ciascuno di essi – l’applicabilità delle regole proprie di un diverso tipo normativo. È il caso, in particolare, dell’art. 1555 c.c., che prescrive l’applicazione delle norme stabilite per la vendita alla permuta, «*in quanto con questa compatibili*»; dell’art. 1677 c.c., nel suo richiamo alle norme sulla somministrazione applicabili, insieme a quelle sull’appalto, «*in quanto compatibili*»; dell’art. 1753 c.c., il quale ammette l’estensibilità delle norme sull’agenzia all’agente assicurativo «*in quanto siano compatibili con la natura dell’attività assicurativa*»; e ancora dell’art. 1782, co. 2, c.c., che, in tema di deposito irregolare, stabilisce che «*si osservano, in quanto applicabili, le norme relative al mutuo*»⁷⁹.

Nel contesto delle questioni qui trattate, le menzionate norme potrebbero essere addotte come prova del fatto che è lo stesso legislatore ad ammettere la possibilità che un contratto sia in ipotesi regolato contestualmente da più discipline tipiche⁸⁰; così portando un argomento, normativamente fondato, a favore della teoria della combinazione⁸¹. Ma il valore sistematico di tali disposizioni, se opportunamente interpretate, è ben altro: esse consentono di preparare il terreno per una più profonda rilettura del “sistema dei contratti tipici”, fondata sulla traslazione dell’indagine disciplinare dalla (sola) prospettiva delle nozioni che li definiscono, a quella – più articolata e meno rudimentale – delle disposizioni che tali modelli regolano.

⁷⁹ Corsivi aggiunti. Un rilievo a parte – lo si anticipa – merita l’art. 1570 c.c., sul quale si veda *infra* § 8.

⁸⁰ G. GITTI, *op. cit.*, 502.

⁸¹ È ciò che si registra, ad esempio, in relazione all’art. 1570 c.c., richiamato di frequente per sostenere ora, in chiave teorica, l’opportunità di seguire un approccio fondato sulla combinazione; ora, in chiave pratica, la possibilità di applicare, anche nel contesto di un approccio fondato sulla prevalenza, talune norme appartenenti ai tipi diversi. Emblematiche, nell’uno come nell’altro senso, le argomentazioni giuridiche sviluppate attorno al contratto di servizi di logistica, dove lo spunto trova un puntuale risvolto pratico in ragione del rinvio che l’art. 1677 c.c., in tema di appalto di servizi, opera nei confronti dell’art. 1570 c.c. Si veda in particolare, in dottrina, R. CALVO, *op. cit.*, 1115 e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 15.9.2006, n. 10185, in *Il merito*, 12, 2006, 8 ss.; Trib. Parma, 3.7.2013, n. 985, *cit.*; Trib. Napoli, 7.5.2021, n. 4347, *cit.*

Conviene però procedere con ordine, segnando le tappe del ragionamento che qui si intende proporre.

Le disposizioni citate si segnalano per la previsione di una procedura di selezione delle regole sui singoli tipi applicabili a una fattispecie concreta, che si discosta, *eccedendolo*, dal metodo della sussunzione.

È agevole osservare che ogniquale volta si riconosca l'estensibilità di norme particolari oltre i confini del modello entro cui sono collocate, la concreta applicazione di queste ultime non potrà esser fatta dipendere dalla sussumibilità del contratto concreto entro il modello negoziale a cui dette norme appartengono: vien da sé, invero, che il meccanismo del rinvio presuppone che il contratto sia sussumibile entro uno schema tipico *differente*.

Di qui, la necessità di indicare un criterio di selezione – ulteriore rispetto alla sussunzione – attraverso cui cernere, all'interno del fascio di regole disciplinanti il tipo a cui si fa rinvio, quelle applicabili al contratto rientrante nel diverso tipo. È questo il criterio che il legislatore denota, il più delle volte, riferendosi alla *compatibilità*: la disciplina legale di un tipo – si afferma nelle norme citate – può stendersi fino a coprire contratti rientranti in un diverso tipo, ma solo «in quanto *compatibili*», implicando tale formula una selezione o, meglio, un giudizio di tipo valutativo che spetterà all'interprete operare alla luce del caso di specie.

Sebbene non sia precisato con cosa le norme oggetto di rinvio debbano risultare compatibili, il legislatore sembrerebbe alludere a una verifica di congruenza tra le norme della disciplina tipica di cui si prescrive l'applicazione e il contratto concreto (corrispondente al diverso modello contrattuale) a cui esse andranno applicate. Non si tratta, è bene subito preciserlo, di individuare nella compatibilità il *limite* all'applicazione della disciplina di un tipo al contratto rientrante nel diverso tipo da cui muove il rinvio; ciò che indurrebbe ad affermare che a quest'ultimo si applica l'intero fascio di regole del tipo a cui si rinvia, ad eccezione di quelle *non* compatibili. La formulazione in positivo eleva la compatibilità a *criterio*, anziché limite, di applicazione della (diversa) disciplina tipica: di questa, invero, si applicheranno *solo* le norme compatibili con il modello contrattuale entro cui si iscrive il concreto contratto da disciplinare.

La precisazione si rivela estremamente utile, poiché consente di mettere in chiaro che, nelle ipotesi richiamate, l'applicazione delle norme sui singoli tipi contrattuali non riposa sul mero rinvio operato dal legislatore da un tipo a un altro (e dunque, implicitamente, sulla mera operazione di sussunzione), ma si fonda sull'idoneità delle singole norme che quel tipo disciplinano a regolare fattispecie riconducibili al diverso tipo da cui scaturisce il rinvio.

Se si aderisce a tale premessa, la quale appare peraltro trovare sostegno nella stessa Relazione al codice civile⁸², ne deriva che l'interprete, per pro-

⁸² Significative, in particolare, le parole utilizzate dal Ministro Guardasigilli D. Grandi nella Relazione al Codice civile per spiegare le ragioni e il funzionamento del meccanismo di rinvio contemplato dall'art. 1667 c.c., con riferimento al quale si precisa che «[p]er tale ipotesi [ossia, quando il servizio oggetto dell'appalto abbia carattere continuativo o periodico] l'art. 1677 dispone che debbano osservarsi, in quanto compatibili, le norme dell'appalto e quelle della somministrazione, *lasciando così al giudice di vedere quale tra le due categorie di norme siano idonee, per il loro contenuto e per la loro ratio, a integrare in concreto*

cedere utilmente alla selezione delle norme in concreto *compatibili*, dovrà prodigarsi nel verificare se gli elementi in vista dei quali le singole norme del tipo (quello a cui si fa rinvio) sono state dal legislatore elaborate siano riscontrabili anche in relazione alla fattispecie contrattuale che si offre al caso in esame, secondo un giudizio «strutturalmente analogico» (benché sottratto ai limiti in relazione alle norme eccezionali)⁸³, così giustificandone un’ applicazione, appunto, *transtipica*.

Si giunge per tale via a fissare la prima tessera del ragionamento: vale a dire, che l’operazione di individuazione della disciplina applicabile al contratto secondo il criterio della *compatibilità* si fonda direttamente sulla specifica ragione giustificatrice di cui è portatrice ciascuna delle norme inserite nel modello e, insieme, che tale ragione non è necessariamente legata alla contestuale presenza di tutti i tratti identificativi dell’operazione economica come definita nel tipo (perché altrimenti basterebbe ciò per giustificarne l’applicazione), potendosi riallacciare anche solo a taluni degli elementi – o a talune particolari combinazioni di essi – distintivi del modello a cui accedono.

Volendo calare l’argomento nel tessuto normativo dei tipi coinvolti dalle disposizioni citate, si osserverà, ad esempio, che al contratto di appalto di servizi, da eseguirsi in continuità nel tempo, possano applicarsi, in virtù del rinvio di cui all’art. 1677 c.c., sia l’art. 1564 in tema di risoluzione del contratto, sia l’art. 1565 in tema di sospensione dell’esecuzione poiché, trovando tali norme (al pari di altre inserite nel capo sulla somministrazione) fondamento nella natura duratura del contratto, il bilanciamento di interessi che esse realizzano è idoneo a governare anche il rapporto scaturente dal contratto che, seppur tipologicamente difforme, presenti quello stesso elemento di specificità. Ma è chiaro che se il contratto di appalto di servizi non fosse, nel singolo caso di specie, dotato di un tale connotato (si pensi a un contratto di *catering* predisposto per un singolo evento), il venir meno della *ratio* delle richiamate norme sulla somministrazione ne impedirebbe l’applicazione⁸⁴. Dal canto suo, il contratto di permuta sarà soggetto, sempre esemplificando, alle norme sulla garanzia per vizi ed evizione perché medesima è l’esigenza di tutela che, in virtù dell’effetto traslativo del bene (nella permuta addirittura duplice), si determina in capo alle parti; laddove invece l’inapplicabilità delle norme sul prezzo nella vendita non dipenderà dalla mancanza di tale elemento all’interno della definizione del tipo-permuta, bensì dall’inidoneità dei principi in tali norme racchiusi ad esprimere regole

la disciplina legale del rapporto» (corsivo aggiunto). Cfr. Relazione al Codice civile, *cit.*, n. 700, p. 156.

⁸³ Sebbene la compatibilità rinvii a un giudizio interpretativo di tipo analogico, la sua prescrizione espressa, equiparandola sotto il profilo formale a un’applicazione in via diretta, trascende il divieto dell’analogia per le norme eccezionali. Cfr. D. CARUSI, *L’ordine naturale delle cose*, Torino, 2011, spec. 373-374, nonché P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*. Vol. II: *Fonti e interpretazioni*, 4° ed., Napoli, 2020, 359 ss. Sul punto si tornerà *infra* § 8.

⁸⁴ In linea con quanto rilevato nella precedente nota, l’esempio mette in rilievo come, ponendo un elemento caratterizzante per la fattispecie a cui si rinvia essere solo eventuale nella fattispecie da cui proviene il rinvio, non avrebbe senso condurre un giudizio di compatibilità sul piano meramente astratto.



applicabili al contratto in cui manchi una prestazione pecuniaria. Così, ancora, il deposito irregolare sarà soggetto unicamente a quelle disposizioni sul mutuo la cui *ratio* sia ricollegabile alla particolare situazione che scaturisce dall'interdipendenza tra l'effetto traslativo di un bene fungibile e l'obbligo di restituire il *tantundem*.

Ora, continuando a riflettere sulle norme citate, si potrebbe argomentare che il giudizio di *compatibilità*, con conseguente applicazione – sin dal principio – *frazionata* delle discipline tipiche, sia dal legislatore prescritto solo per talune ipotesi eccezionali, le quali devono essere supportate da un'espressa previsione normativa: il che confermerebbe, seppur indirettamente, la valenza di *regola* della dinamica disciplinare fondata sull'applicazione integrale della disciplina tipica ai soli contratti in quel tipo riconducibili, secondo lo schema della sussunzione.

È, però, possibile seguire una traiettoria interpretativa diversa, in virtù della quale, valorizzando il dato sistematico ritraibile dalle norme citate, si giunga a ravvisare nel giudizio di compatibilità, come sopra descritto, non una fase eccezionale del procedimento di individuazione delle regole sui singoli modelli codificati applicabili a un concreto contratto, ma una valutazione endemica a tale procedimento, quale che sia la fattispecie concreta di cui occorre individuare le regole “tipiche” ad esso applicabili.

Due ordini di considerazioni spingono verso una tale lettura.

Da un lato, assunto che le norme contenute nei tipi sottoposti al giudizio di compatibilità esibiscono ciascuna un proprio fondamento (solo parzialmente legato alla rispettiva formula definitoria) suscettibile di trovare applicazione a formazioni contrattuali diverse dal tipo a cui appartengono, non vi è ragione per ritenere che dette “proprietà” non connotino anche le norme raccolte in altri tipi contrattuali. Si può discutere del senso e della funzione del *tipo contrattuale* come categoria ovvero del *sistema dei tipi contrattuali* nel suo complesso, ma difficilmente potrà sostenersi che, a seconda del modello preso in considerazione, i tipi, e le loro norme, rispondono a logiche differenti.

Dall'altro lato, l'espressa prescrizione di un giudizio di compatibilità in ordine a talune sole figure tra quelle codificate non sembra sufficiente a predicarne il carattere eccezionale all'interno della procedura di individuazione delle norme particolari applicabile ai contratti. La circostanza per cui tale giudizio è previsto per le ipotesi menzionate, e non per altre, può essere invero spiegata, riconoscendo in essa la mera conseguenza della scelta legislativa, dettata da ragioni di economia normativa, di indicare (almeno in parte) la disciplina di un tipo mediante il rinvio a quella di un altro⁸⁵: tecnica che suggerisce, per esigenze di chiarezza, di avvertire l'interprete che questi dovrà compiere uno sforzo valutativo di adeguatezza delle regole coinvolte, che vada al di là del mero segnale proveniente dalla norma di rinvio. Si potrebbe così sostenere – deducendo l'implicita conseguenza nei casi opposti – che quando il contratto sia riconducibile a un determinato tipo, la verifica di

⁸⁵ Rileva in modo condivisibile O. CAGNASSO, in *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, 71, che «anche quando il legislatore rinvia *tout court* ad una certa disciplina, è sempre «sottinteso» il limite della compatibilità», sostenendo l'argomento con taluni esempi in nota 25.

compatibilità delle sue norme con la fattispecie contenuta nella formula definitoria non sarebbe necessaria perché già operata, in astratto, dal legislatore e, dunque, implicita nella collocazione sistematica ad esse riservata.

Se si accettano tali premesse, si giungerà a riconoscere, al fondo della linea interpretativa qui tracciata, che ciascuna delle norme inserite all’interno dei tipi – e dunque non solo quelle per le quali è previsto un espresso rinvio – esibisce un proprio autonomo fondamento e che la loro applicazione si giustifica in ragione di quest’ultimo e non della loro mera appartenenza a questo o quel tipo.

Va da sé che detto fondamento presenterà uno stretto legame con il modello contrattuale entro il quale si iscrive; la cui formula definitoria assurgerà, anzi, a parametro di confronto per estrapolare dalla singola norma (contenente la disciplina) la *ratio* che dovrà guidare l’interprete nella valutazione della sua attitudine ad applicarsi a una data fattispecie concreta, mediante una interpretazione (sistematica) di entrambe⁸⁶. Tuttavia, piegando la formula definitoria del tipo a mero *strumento* di interpretazione delle norme che ad esso si riferiscono, anziché *ragione* della loro applicazione, si apriranno rilevanti margini interpretativi entro i quali definire in che modo e in quale misura queste siano legate a quello. Il confronto con la definizione del tipo potrà così indicare l’esistenza di un collegamento tra il fondamento della singola norma e l’intera fattispecie tipica (e dunque l’applicazione della prima presupporrà la ricorrenza di tutti gli elementi contenuti nella seconda); ovvero potrà condurre a constatare che il senso della norma si giustifica in ragione solo di taluni precisi elementi, caratteristici di quella fattispecie, ma slegati dagli altri dati che concorrono a definire il modello (e dunque applicarsi anche a contratti non riconducibili alla fattispecie tipica).

D’altra parte, come si avrà modo di osservare, tale seconda ipotesi è per nulla estranea a ciò che in definitiva si verifica in seno alle corti, allorché si tratti di valutare, anche solo di sbieco, l’applicabilità di talune regole particolari oltre i confini segnati dalla nozione del tipo entro cui si inscrivono. Solo che, molto spesso, anziché spingere l’argomentazione giuridica sul versante delle *rationes* delle singole norme prese in considerazione, la si preferisce riannodare, così tuttavia appiattendola, sul piano dell’assimilazione (essendo qui l’identità o la piena riconducibilità gioco-forza escluse) sotto il profilo funzionale tra la fattispecie contrattuale da disciplinare e la norma definitoria del tipo contrattuale recante la regola ritenuta idonea a essere nel caso di specie applicata⁸⁷.

⁸⁶ Il che, sul piano teorico, è reso possibile dalla natura *vincolante* anche delle disposizioni recanti le definizioni dei tipi, le quali, al pari delle altre norme, sono suscettibili di essere interpretate secondo i criteri ed entro i limiti per tale attività fissati dalla legge. In questo senso, si veda A. BELVEDERE, *op. cit.*, 162 ss. Sul piano pratico, un approccio di tal fatta è proposto da O. CAGNASSO, *op. cit.*, 65, per risolvere i problemi nell’individuazione della disciplina applicabile al contratto di concessione di vendita, oggetto del relativo lavoro monografico.

⁸⁷ In questo senso si veda N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell’analogia*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1, 2011, 1 ss., spec. 8.

8. La dinamica applicativa *intra* ed *extra* tipo: sulle tecniche di circolazione delle norme sui singoli tipi contrattuali.

Rieditata l'immagine dogmatica del tipo contrattuale nel senso di un insieme – armonico sì, ma destrutturabile – di disposizioni, ciascuna dotata di una propria autonomia sul piano logico e applicativo, rimane da chiarire quali siano le implicazioni che da tale diversa concezione derivano sul piano più strettamente operativo. Ciò consentirà di acquisire gli ultimi dati necessari per poi, riavvolgendo l'intero nastro, evidenziare i riflessi della lettura qui proposta nella prospettiva più specifica dei contratti misti.

Le considerazioni precedenti hanno condotto a rilevare come l'operazione di sussunzione, intesa come raffronto tra il contratto concreto e il catalogo dei tipi contrattuali, non sia sufficiente a determinare o escludere l'applicazione di norme particolari alla fattispecie in esame poiché ciò dipenderà, in definitiva, dalla verifica, da effettuarsi in concreto, della rispondenza della loro *ratio* alla fattispecie che si offre al caso di specie.

Da tale premessa discendono due conseguenze.

Nell'ipotesi in cui il contratto sia riconducibile, nei limiti della sua elasticità, entro il perimetro di un solo tipo, sarà possibile dare per presunta la congruenza delle norme in esso contenute rispetto alla fattispecie concreta; ma la presunzione potrà essere vinta, provocando l'espunzione di una o più regole del tipo, qualora si dimostrasse che, in ragione della presenza di taluni elementi difformi o dell'assenza di taluni elementi tipici (purché non caratterizzanti il relativo modello), la loro *ratio* non sia in grado di aderire al caso concreto⁸⁸.

⁸⁸ Ribaltando il rilievo, si potrebbe argomentare – come sembra suggerire autorevole dottrina (v. A. BELVEDERE, *op. cit.*, 172 ss.) – che le «definizioni» di taluni tipi contrattuali siano sufficientemente elastiche da accogliere al loro interno una pluralità di ipotesi concrete, alle quali però non sempre risulta applicabile l'intero fascio di regole dal legislatore riferite a quel determinato modello. Il che non vuol dire che spetta all'interprete, servendosi anche della propria «intuizione», delineare il «tipo» a partire dal «concetto» fornito dal legislatore mediante la formula definitoria dello specifico modello contrattuale (G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 143); quanto piuttosto riconoscere che le norme previste per un determinato schema contrattuale non saranno sempre e in ogni caso *tutte* idonee a regolare fattispecie contrattuali che, seppur riconducibili a un determinato schema tipico, possono in concreto presentare talune specificità, frutto dell'esercizio dell'autonomia delle parti, che le distinguono le une dalle altre. Possono, dunque, darsi casi in cui l'interprete si avveda di come la *ratio* di talune norme non aderisca, perché incompatibile, con la fattispecie contrattuale offerta dal caso concreto. Si rinvia al citato lavoro di A. BELVEDERE, *op. cit.*, 173 ss. per alcune esemplificazioni relative a ipotesi di «contrasto» tra la «definizione» di una figura contrattuale (per noi, la fattispecie contrattuale concreta riconducibile alla definizione) e «una sola (o poche) norme» disciplinanti quella data figura.

Vale la pena di osservare che, sotto altra e consequenziale prospettiva, la previsione di una prestazione «atipica», che non sia in grado di snaturare la causa del tipo a cui accede, potrebbe nondimeno giustificare l'applicazione di una norma prevista per il tipo a cui la prestazione è riconducibile, in luogo di quella che si applicherebbe in sua assenza. La questione si pone, ad esempio, in relazione all'ipotesi in cui a un dato contratto tipico acceda, in funzione accessoria, l'obbligazione di custodia, sollevando il quesito circa l'applicabilità del regime della responsabilità di cui al 1780 c.c. Al riguardo, la Cassazione ha affermato che «l'art. 1780 c.c. (in tema di liberazione del depositario da responsabilità in caso di perdita non imputabile della detenzione della cosa) trova integrale applicazione anche quando l'obbligazione della custodia e della riconsegna sia necessariamente compresa nel contenuto



Qualora, invece, dal raffronto emerga la riconducibilità a più tipi, al contratto potranno applicarsi contestualmente una o più regole sui singoli tipi, laddove in esso, in virtù delle proprie caratteristiche, siano riscontrabili quegli stessi elementi ed esigenze che hanno spinto il legislatore a fissare, giustificandola, una determinata regola tipica. Il che, ribaltando la prospettiva, equivale a constatare che le disposizioni sui singoli tipi hanno una potenzialità applicativa che non coincide con quella dello schema legale a cui appartengono, potendo esse, al ricorrere di determinati presupposti, circolare separatamente, anche al di fuori delle ipotesi specificamente previste dal legislatore, per regolare contratti – quali quelli, per così dire, *assemblati* – non riducibili a quel dato modello contrattuale.

Se così è, occorre allora chiarire quale sia la tecnica attraverso cui si realizza la *vis* espansiva di tali norme (al di là dei casi espressamente previsti dalla legge), così da individuare i presupposti e i limiti entro cui le disposizioni di un modello possono applicarsi al di fuori di esso.

Due sono le opzioni che, sotto tale profilo, potrebbero essere prospettate.

La prima consiste nell’applicare il ben collaudato meccanismo logico dell’*analogia legis*, con la conseguenza di subordinare l’applicazione *trans-tipica* della singola norma al duplice presupposto della mancanza di una norma positiva idonea a disciplinare il caso concreto e della possibilità di rinvenire una norma che, per un rapporto di somiglianza tra la fattispecie disciplinata e quella da disciplinare, possa essere applicata al caso concreto⁸⁹.

La seconda opzione, emersa in alcuni lavori dottrinali come esito di percorsi interpretativi tra loro anche notevolmente diversi, si risolve nell’applicazione *in via diretta* (mediante un’interpretazione antiletterale di tipo estensivo) della norma del tipo codificato anche a contratti non sussumibili nel tipo legale. I presupposti che legittimerebbero tale operazione variano a seconda del quadro teorico entro cui la proposta si iscrive. Tuttavia, l’analisi delle posizioni dottrinali emerse sul tema consente di rilevare come, in linea di principio, la tesi dell’applicazione diretta finisca per ricomprendere quelle sole ipotesi in cui il contratto concreto sia riconducibile, sotto il profilo causale, al «tipo»⁹⁰, alla «categoria»⁹¹ o al «sistema»⁹² cui appartiene il modello da cui deriva la norma da applicare.

del contratto diverso dal deposito (come, nella specie, il contratto d’opera) o formi parte di un contratto misto nel quale confluiscono le cause del deposito e di altro contratto. In caso di sottrazione della cosa depositata, pertanto, il depositario, per ottenere la liberazione dalla propria obbligazione, è tenuto a fornire la prova che l’inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile» (così Cass. civ., sez. VI, ord., 15.5.2020, n. 8978, *cit.* e, in senso conforme, Cass. civ., sez. III, ord., 19.1.2018, n. 1246, in *Corr. giur.*, 11, 2018, 1362 ss., con nota di M. AMBROSOLI, *Contratto di deposito: responsabilità del depositario in caso di omessa denuncia della perdita del bene*. Sostenere che la disciplina sul deposito è applicabile alla custodia, quale prestazione accessoria ovvero quale prestazione avente rilevanza qualificante del deposito (così traducendo il concreto contratto in un contratto misto), non è tuttavia scelta priva di conseguenze, specie in relazione alla gratuità della prestazione. In questo senso, si veda R. SENIGAGLIA, *La rilevanza contrattuale dell’obbligazione di custodire nei contratti misti a struttura complessa - Il commento*, in *Contr.*, 2011, 329 ss.

⁸⁹ In tema cfr. L. CAIANI, *Analogia. b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 349 ss.

⁹⁰ G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, *cit.*, *passim*.

⁹¹ O. CAGNASSO, *op. cit.*, 72 ss.

Sul piano concreto, la linea di discriminazione tra l'una e l'altra tesi si sostanzia dunque nei differenti *presupposti* dell'applicazione *transipica* (l'esigenza di individuare una «lacuna», nell'un caso; il rilevamento di una qualche somiglianza di tipo causale, nell'altro); nonché nei differenti *limiti* alla capacità circolatoria delle norme tipiche (posto che nella prima ipotesi, e non invece nella seconda, opererebbe il divieto di cui all'art. 14 disp. prel. c.c.)⁹³.

Diversi sono tuttavia gli argomenti che inducono a ridimensionare la questione, suggerendo all'interprete di muovere l'argomentazione giuridica oltre e fuori dalla rigida separazione richiamata, per evitare di rimanere incastrati in schematismi che mal si attagliano, non solo ai più recenti approdi sul fronte delle tecniche interpretative, ma anche, e soprattutto, al più specifico ambito normativo entro cui l'operazione ermeneutica deve svolgersi.

Muovendo da una prospettiva più generale, può anzitutto segnalarsi che la distanza che separa le due proposizioni dottrinali menzionate appare oggi ridotta in ragione di quel processo di «trasfigurazione» che ha attraversato la categoria dell'analogia e che l'ha fatta lentamente strabordare dai suoi più ristretti confini⁹⁴. Da tempo si rileva in dottrina come l'analogia non sia più concepibile, come era invece – di regola – nell'ottica del legislatore, quale mero meccanismo di integrazione di vuoti eccezionalmente creati all'interno di un sistema confinato e compiuto di precetti ed enunciati normativi, dovendosi viceversa riconoscere in esso un dispositivo strutturale dell'opera di tessitura della trama ordinamentale di un sistema destatalizzato⁹⁵, che fa del suo completamento un obiettivo (necessariamente illusorio) verso cui tendere mediante il processo applicativo, anziché una premessa (inevitabilmente dogmatica) da cui muovere. Accogliendo una tale lettura, si potrebbe sostenere, per quanto qui interessa, che la tesi fondata sull'applicabilità *diretta* della singola norma sul tipo non sarà immune da un ragionamento argomentativo di stampo analogico⁹⁶ e, per converso, che l'argomento basato sull'*analogia* non implicherà necessariamente l'assenza di qualsivoglia norma in astratto idonea ad essere applicata al caso concreto, essendo essa finalizzata a garantire un'applicazione coerente, razionale e ragionevole rispetto al sistema normativo entro cui si trova inscritta. A ciò si aggiunga che le norme che “formalmente” fanno eccezione a principi gene-

⁹² N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, 59 ss.

⁹³ Va sotto questo profilo rilevato che se si aderisce alla tesi secondo cui le norme sul contratto in generale e le norme sui singoli contratti stiano tra loro in rapporto di “specialità”, la scelta a favore dell'una o dell'altra opzione risulterà, il più delle volte, indifferente poiché condurrà al medesimo esito pratico. Ma la questione conserverebbe una sua rilevanza in relazione a quelle norme di parte speciale che, in ogni caso, rivestono carattere eccezionale poiché introduttive di regole contrarie a principi riscontrabili nella disciplina sul contratto in generale o comunque a quelli espressi dall'ordinamento in generale. Sul punto cfr. G. DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, cit., 327 ss. In tema si veda altresì M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto: contributo per una ricognizione sistematica*, Torino, 2005.

⁹⁴ N. LIPARI, *op. cit.*, 4 ss.

⁹⁵ In questo senso L. CAIANI, *op. cit.*, 358.

⁹⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. II, cit., 362.

rali possono tuttavia esprimere principi “sostanzialmente” regolari, come tali suscettibili di essere estesi, laddove la deviazione sia giustificata dalle peculiarità del caso concreto e, dunque, la modifica dettata dalla necessità di sviluppare il principio generale alla luce delle differenti circostanze fattuali⁹⁷.

Di là da valutazioni di carattere più generale, che esulano dai confini della ricerca, le osservazioni che precedono appaiono ben aderire alla materia contrattuale, considerando che l’incompletezza del sistema a cui si allude nelle tesi richiamate appare, nel contesto legislativo dedicato al contratto, un tratto originario, necessitato e, in certa misura, già acquisito dal codice del 1942⁹⁸. L’impossibilità di coprire la serie sostanzialmente illimitata di formazioni contrattuali, nonché di altri atti negoziali, producibile attraverso l’autonomia privata, rende la formazione di fattispecie non normate la regola, non certo un’eccezione⁹⁹. Ciò è espressamente riconosciuto dal legislatore laddove, pur scegliendo di dedicare una disciplina al solo contratto, in quanto schema negoziale più ricorrente, riconosce però come «le norme stabilite per i contratti abbiano una portata espansiva» che le rende idonee, nei limiti in cui ciò risulti possibile, a regolare i negozi di diritto familiare, nonché gli atti unilaterali (1324 c.c.)¹⁰⁰. Ma è parimenti riscontrabile, come in precedenza evidenziato, per il sistema di regole sui tipi, dettate nella consapevolezza – sottesa al riconoscimento della distinzione tra contratti tipici e atipici – dell’impossibilità per l’ordinamento di fissare regole in grado di coprire tutte le operazioni contrattuali che, in virtù delle esigenze e della creatività dei privati, si sarebbero nel tempo generate.

Sulla scorta di queste osservazioni, sembrerebbe possibile sostenere, da un lato, che i “vuoti” normativi all’interno del “sistema dei tipi” siano dal legislatore già stati contemplati come effetto delle scelte legislative compiute; dall’altro lato (e di conseguenza), che le norme positivizzate siano state predisposte con la riserva implicita di essere destinate a coprire ambiti più estesi di quelli per cui sono esplicitamente previste. Rilievi, questi, che indurrebbero a riannodare la natura «espansiva» di tali norme non (solo) all’argomentazione dell’interprete, ma (anche) alla volontà del legislatore.

In questo quadro, appare improprio impostare, nel contesto dei contratti atipici e/o misti, il meccanismo applicativo sulla esistenza di lacune, intese come delle mancanze da integrare elaborando una nuova norma per mezzo di uno specifico procedimento logico; risultando, per contro, più opportuno organizzarlo sulla base di un processo interpretativo che, servendosi anche del ragionamento analogico, determini ambiti e limiti della loro sfera applicativa. Questa impostazione consente peraltro di superare più agevolmente

⁹⁷ Sulla suscettibilità delle norme eccezionali di essere oggetto di interpretazione analogica cfr. P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 359 ss. e D. CARUSI, in *L’ordine naturale delle cose, cit.*, spec. 373-374.

⁹⁸ Che poi le corti facciano largo uso della «tipizzazione disciplinare» è una scelta interpretativa che muove tra le pieghe della disciplina codicistica, non certo un metodo promosso direttamente dal legislatore che pari dignità (per quanto caricata di ulteriori verifiche) ha dato ai contratti *innominati*. Cfr. A. BELVEDERE, *op. cit.*, 179.

⁹⁹ Cfr. in tema C. CAMARDI, *op. cit.*, XV.

¹⁰⁰ Così espressamente nella Relazione al codice civile, *cit.*, punto 602, p. 129.

il rilievo, talvolta indicato come preclusivo del meccanismo analogico, secondo cui l'interprete non sarebbe legittimato ad interrogare il sistema di regole sui singoli tipi al fine di ricercare la presenza di una norma in grado di risolvere utilmente il caso concreto, qualora detta norma possa essere rinvenuta nella disciplina sul contratto in generale¹⁰¹.

Quanto sin qui osservato non sembra contestabile per quelle norme “tipiche” che – attenendo, per così dire, alla “fisiologia” del rapporto – dispongono i caratteri delle prestazioni contemplate, le eventuali modalità di esecuzione e altri aspetti secondari dell'operazione: la loro applicazione, anche al di fuori del tipo, può giustificarsi allorché risulti necessaria per dare concreto sviluppo al programma negoziale messo in piedi dalle parti, per come obiettivato nel contratto¹⁰².

Ma il discorso, per quanto più complesso, vale anche in relazione a quelle disposizioni del tipo che, nel regolare gli sviluppi “patologici” del rapporto, sono volte a risolvere uno specifico problema pratico o un conflitto tra opposti interessi socialmente rilevante, sorto in ragione del contratto. Queste norme potranno trovare applicazione oltre la soglia del tipo solo qualora, all'esito di un più articolato processo di interpretazione a base analogica, sia possibile verificare che il bilanciamento di interessi da esse realizzato sia adeguato e “ragionevole” anche rispetto al caso non specificamente regolato (o, se del caso, più adeguato e ragionevole rispetto alla soluzione prescritta dalla norma inserita nella parte sui contratti in generale).

Qualche esempio, tratto dalla casistica, aiuterà a mettere in chiaro le modalità attraverso cui il procedimento interpretativo può in tale ambito operare, evidenziando le differenze rispetto al più tradizionale modo di procedere ad opera delle corti.

Si pensi all'art. 1526 c.c. sulla risoluzione nella vendita con riserva della proprietà, ritenuto dalla giurisprudenza applicabile, prima che intervenisse la l. 4 agosto 2017, n. 124, anche al leasing traslativo avente ad oggetto beni durevoli¹⁰³, con la conseguenza che il concedente sarebbe stato obbligato alla restituzione delle rate riscosse e l'utilizzatore alla restituzione del bene, nonché al pagamento di un equo compenso per la concessione del bene e il suo deprezzamento d'uso, oltre al risarcimento del danno. Sebbene il fondamento dell'applicazione transtipica dell'art. 1526 c.c. sia stato spesso individuato nella somiglianza, sotto il profilo funzionale, tra la causa del leasing traslativo e quella della vendita con riserva di proprietà, in realtà esso sarebbe apparso più opportunamente giustificabile in ragione dell'aderenza

¹⁰¹ Ciò che, a ben vedere, è implicito a qualsivoglia tesi sinora elaborata in tema di contratti misti (posto che sia con la *prevalenza* che con la *combinazione* si finisce per assoggettare a una o più discipline tipiche un contratto non pienamente riconducibile entro alcuno degli schemi legalmente tipizzati); ma è coerente solo nell'ambito di un approccio, quale quello qui suggerito, che non guarda alle norme di ciascun tipo come funzionalmente orientate a disciplinare, secondo uniformità, i soli contratti rientranti, senza residui, nella relativa formula definitoria, quanto invece un complesso di norme potenzialmente in grado di esprimere regole valevoli al di là dei ristretti confini del tipo cui appartengono.

¹⁰² In tema, si veda A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, XIII, t. 4.1., 2003, 9 ss.

¹⁰³ Cfr., *ex multis*, Cass., S.U., 7.1.1993, n. 65, in *Giur. it.*, 1, 1993, c. 936 ss. e Cass. civ., sez. I, 9.4.2003, n. 5552, in *Foro It.*, 1, 2004, 215 ss.

della finalità obiettiva della norma alla fattispecie sprovvista di disciplina: anche nel caso del leasing traslativo, infatti, si pone(va) quella stessa esigenza, che giustifica la previsione normativa, di garantire un’equilibrata composizione degli interessi in gioco a seguito dell’evento patologico, evitando che il concedente, attraverso la predisposizione del contratto, potesse conseguire dall’inadempimento più di quanto avrebbe avuto diritto di ottenere per il caso di regolare adempimento del contratto da parte dell’utilizzatore stesso.

Ancora, l’art. 1664 c.c. in tema di onerosità o difficoltà dell’esecuzione nell’appalto dovrebbe potersi ritenere applicabile a quei contratti – tipici (es. il contratto d’opera) ovvero atipici o ancora misti – che prevedano un’obbligazione di *facere*, la cui esecuzione richieda di essere calibrata su un arco temporale più o meno ampio. La norma, invero, si limita a offrire una alternativa all’effetto caducatorio sancito dall’art. 1467 c.c., consentendo alle parti di mantenere in piedi il rapporto mediante il riequilibrio delle rispettive prestazioni. Il che appare non solo un principio ragionevole (e dunque non eccezionale) nell’ambito di tale tipologia di rapporti, ma altresì in linea con l’evoluzione dell’orientamento giurisprudenziale che ha portato a prediligere i rimedi manutentivi, rispetto a quelli che comportano la rottura definitiva del rapporto, rendendo la norma espressione di un principio divenuto *regolare*¹⁰⁴.

Così ancora, per chiudere la breve carrellata di esempi, la garanzia per vizi appare applicabile a tutti i contratti nei quali una delle parti si impegni a trasferire il diritto di proprietà su un bene, stante la comune esigenza di offrire in siffatte ipotesi una tutela al compratore ignaro delle condizioni del bene: direzione verso cui contribuisce a spingere anche la Corte di cassazione nel momento in cui lega la garanzia per vizi all’effetto traslativo del bene e non all’inadempimento di un’obbligazione in senso stretto¹⁰⁵, così evitando di porre la relativa norma in rapporto di eccezionalità rispetto a una lettura soggettiva dell’art. 1218 c.c.¹⁰⁶.

9. Sull’applicazione della disciplina dei singoli tipi ai contratti misti.

Ricostruite le basi concettuali e tecniche dell’ipotesi ricostruttiva qui avanzata, resta da delinearne le implicazioni sul piano del metodo di selezione delle norme applicabili ai contratti misti o, come si è qui preferito, *as-*

¹⁰⁴ D’altra parte, la qualificazione di una norma come eccezionale o meno è un giudizio storicamente fondato, sempre dipendente dalle dinamiche evolutive del sistema con cui è confrontata. V. sul punto P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., Vol. I. *Metodi e tecniche*, 193.

¹⁰⁵ Cfr. Cass. civ., S.U., 3.5.2019, n. 11748, in *Giur. it.*, 2019, 1527 ss. con nota di R. CALVO, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*.

¹⁰⁶ Secondo alcuna dottrina la qualificazione in termini di eccezionalità della norma sulla garanzia per vizi si sarebbe potuta escludere anche qualora la stessa fosse stata inquadrata nella prospettiva dell’inadempimento in senso stretto, stante le numerose ipotesi in cui la responsabilità, anche da inadempimento, è regolata da criteri di natura oggettiva. In questa seconda prospettiva, si veda N. LIPARI, *Preliminare di vendita, vizi della cosa e tutela del promissario acquirente*, in *Giust. civ.*, 2, 1994, 512 ss., parte III, 587.



semblati, che fa da premessa, guidandola, alla costruzione del regolamento contrattuale mediante integrazione di cui all’art. 1374 c.c.

Il primo dato che si ritrae è che, seguendo l’impostazione delineata, la disciplina legale di tali contratti potrà essere determinata applicando sincronicamente una pluralità di regole afferenti a tipi contrattuali diversi. L’approdo potrebbe apparire, *prima facie*, assimilabile a quello della combinazione e finanche dell’integrazione: senonché, essendo diverso il fondamento su cui l’applicazione congiunta riposa, conseguentemente diversi sono gli esiti a cui il metodo qui proposto può condurre, specie sul fronte dell’individuazione e risoluzione dei possibili conflitti tra norme incompatibili.

Come sopra rilevato, la teoria della combinazione (come quelle dell’integrazione) postula l’applicazione simultanea di più discipline tipiche, in ragione della sussumibilità del singolo contratto entro le formule definitive di più schemi negoziali; salvo poi procedere ortopedicamente a dirimere i conflitti tra norme che, inevitabilmente, in tal modo si profilano. Diversamente, nella cornice qui descritta, l’applicazione al contratto tipologicamente combinato di regole appartenenti a tipi diversi dipenderà dall’aderenza, al concreto contratto combinato, delle ragioni che ispirano, giustificandole, le scelte di risoluzione dei conflitti tra le parti cristallizzate nelle singole norme prese in considerazione (secondo tecniche interpretative ben note all’ordinamento)¹⁰⁷.

Orbene, il corollario che se ne deduce segna la distanza, sul piano teorico, tra i due metodi: il carattere composito della disciplina non emergerà, “a monte” del procedimento qualificatorio, in ragione del riscontro di un assetto contrattuale dal carattere tipologicamente misto; bensì, “a valle”, in ragione del riscontro della compatibilità con la fattispecie concreta di norme appartenenti a tipi contrattuali differenti.

Sul fronte più pratico, l’impostazione metodologica indicata induce a rivedere, delimitandone l’area di rilevanza, il problema dei conflitti tra più norme disciplinanti uno stesso aspetto del contratto¹⁰⁸; problema nel quale –

¹⁰⁷ In questo senso muove una recente sentenza della Corte di cassazione (Cass. civ., sez. III, 14.4.2022, n. 12264, *cit.*), pronunciata in ordine all’applicabilità del diritto di recedere dal contratto di assicurazione, previsto dall’art. 177 cod. ass. in relazione al solo “ramo vita”, anche al contratto con cui l’assicuratore si è impegnato alla corresponsione, in favore dell’assicurato, di una somma di danaro in caso di infortunio mortale. La sentenza, aderendo a un orientamento reso in materia dalle Sezioni unite nei primi anni Duemila (Cass. civ., S.U., 10.4.2002, n. 5119, *cit.*), evidenzia come la questione non possa essere risolta mediante un’aprioristica e astratta riconduzione – effettuata per «assimilazione teorica» – del contratto di assicurazione contro gli infortuni (anche mortali) al tipo assicurazione contro i danni o assicurazione sulla vita, ma deve essere, per contro, esaminata muovendo dalla «valutazione della compatibilità, allo specifico fatto negoziale oggetto d’esame, della singola norma di volta in volta considerata», della quale «vanno indagate le ragioni giustificatrici». L’interprete dovrà pertanto «giungere alla più coerente e adeguata disciplina del singolo rapporto in ragione dello specifico assetto di interessi che le parti intesero realizzare attraverso la stipulazione della singola polizza considerata».

¹⁰⁸ Il legislatore contempla una tale ipotesi, pur senza enunciare un criterio risolutivo, all’art. 1570 c.c., laddove si afferma che alla somministrazione si applicano le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, in quanto *compatibili con le disposizioni che precedono* (vale a dire, con le disposizioni che regolano il contratto



all’interno delle sedi giudiziarie – finisce per condensarsi, assumendo concreto rilievo pratico, buona parte del tema dei contratti misti¹⁰⁹.

Seguendo l’approccio tradizionale, un conflitto tra norme può presentarsi ogniquale volta due o più disposizioni appartenenti a tipi differenti regolano – in modo diverso – uno stesso aspetto del contratto (ad es. la disciplina in tema di garanzia, i termini di prescrizione, il regime di responsabilità ecc.) ovvero qualora per uno dei tipi coinvolti sia prevista una regola “derogatoria” rispetto alla disciplina sui contratti in generale, come tale applicabile a quei tipi per il quale nulla sia previsto al riguardo.

Per contro, nel contesto dell’approccio qui assunto, tali ipotesi non implicano necessariamente l’esistenza di un conflitto tra norme. Invero, essendo il giudizio di compatibilità delle norme “tipiche” radicato sul piano – concreto – dello specifico rapporto contrattuale, è ben possibile che, vagliato l’assetto di interessi delle parti e considerate le circostanze fattuali da cui la questione sorge, solo una di esse risulti compatibile e, dunque, applicabile. Questa ipotesi può verificarsi, in primo luogo, allorché le norme in questione disciplinino aspetti relativi all’esecuzione delle singole prestazioni dedotte nel contratto (più spesso nell’ottica di risolvere situazioni patologiche), la cui attivazione dipende dal tipo di prestazione che, nel caso di specie, risulta non esattamente adempiuta. Si pensi al caso in cui una delle discipline contempli un particolare regime di responsabilità, associato a specifici limiti risarcitori (è il caso dell’art. 1696 c.c.), non contemplato per le altre prestazioni incluse nel contratto complesso; all’ipotesi in cui per i crediti relativi a una sola delle prestazioni sia previsto un termine differente da quello ordinario; o, ancora, all’eventualità che i modelli coinvolti contemplino due forme di garanzia distinte, per modalità e tempi di attivazione. In questi casi, il conflitto tra norme si rivelerà *apparente* nella misura in cui sia possibile riferire, sulla base delle circostanze del caso concreto, l’inadempimento (o la diversa fonte del credito) a una determinata fase di esecuzione del contratto, di modo che la finalità obiettiva della norma risulti in concreto idonea a regolare il caso di specie: secondo un metodo che, a ben guardare, emerge nelle pieghe di talune sentenze, svuotando di senso l’affermazione di principio – che in esse si reitera – per cui una norma non rientrante nella disciplina del contratto prevalente può applicarsi solo ove con quest’ultima compatibile¹¹⁰.

di somministrazione). Sebbene uguale sia la locuzione utilizzata dal legislatore, il giudizio di compatibilità ha qui natura differente rispetto a quello precedentemente analizzato: non si tratta di fissare il *criterio* di selezione delle norme applicabili, mediante un raffronto tra il fascio di regole del tipo e la fattispecie concreta, bensì di fissare il *limite* all’applicabilità, ad uno stesso contratto, di regole appartenenti a più tipi.

¹⁰⁹ Il rilievo, già desumibile in una prospettiva teorica (in modo esplicito, in questo senso, v. E. DEL PRATO, *op. cit.*, 87 ss.), è agevolmente riscontrabile sul piano empirico: passando in rassegna le pronunce nelle quali il tema del contratto misto – e quindi delle tecniche di individuazione della disciplina legale applicabile – viene in esponente, si constata come esse muovano tutte da una disputa tra le parti in ordine all’applicabilità al concreto contratto di una delle due (o in ipotesi più) norme, ciascuna appartenente a uno dei “tipi” richiamati dall’operazione, regolanti in modo differente uno stesso aspetto del contratto.

¹¹⁰ Dà prova di un tale ragionamento, seppur a mo’ di *obiter dictum*, Cass. civ., sez. II, 22.6.2023, n. 17855, *cit.*, laddove, nell’avallare la soluzione della corte di merito che, al co-

Nel senso della natura meramente *apparente* del conflitto potrebbe del pari argomentarsi qualora le norme “concorrenti” recano una disciplina attinente al contratto nella sua globalità, di modo che – a prescindere dalle circostanze fattuali relative all’esecuzione del contratto – una sola delle norme possa disciplinare l’intero contratto. Si pensi all’ipotesi in cui una delle discipline coinvolte prescriva una forma a pena di nullità (o, come più spesso accade, che la disciplina generale prescriva una forma – direttamente o indirettamente – riferibile a un particolare modello di contratto)¹¹¹, laddove per l’altra, o per le altre, nulla sia previsto. Per questi, e altri simili casi, la dottrina tende a riferire la necessità di radicare la soluzione del conflitto nel confronto della portata restrittiva, per l’autonomia contrattuale, di ciascuna delle norme coinvolte, per fare prevalere quella tra esse più rigorosa (salvo che il conflitto riguardi una norma cogente e una norma dispositiva, nel quale caso – si dirà – prevale la prima)¹¹². Nell’esempio precedente, pertanto, prevarrà la forma prescritta a pena di invalidità. Tuttavia, il giudizio di compatibilità, per come qui prospettato, potrebbe essere di per sé sufficiente a imporre l’applicazione di una delle due norme, a discapito dell’altra. Invero, nel valutare l’aderenza della *ratio* di ciascuna norma al caso concreto (e non solo il rapporto tra norme astrattamente applicabili in base alla sussunzione), l’interprete constaterà che quella più rigorosa è la sola idonea ad esprimere la sua funzione in relazione alla fattispecie concreta, assicurando che l’autonomia privata non si ponga in contrasto con una norma posta nell’interesse generale (c.d. principio della simmetria delle forme); laddove l’altra risulta inadeguata a disciplinare un contratto nel quale si pongano esigenze ed interessi che “eccedono” quelle in essa prese in considerazione dal legislatore.

La differenza – tra l’una e l’altra linea argomentativa – non è puramente teorica. La seconda consente in taluni casi di promuovere soluzioni maggiormente coerenti alla fattispecie che si offre al caso concreto, superando gli ostacoli che si presenterebbero in una prospettiva orientata a valutare il reciproco rapporto tra norme su un piano meramente astratto. Il riferimento è alle ipotesi in cui uno dei modelli coinvolti rechi una norma divergente rispetto a un principio generale in materia di contratti, ma gli elementi che la giustificano si estendono, in ragione della particolare combinazione negoziale, all’intero concreto contratto. Si pensi all’ipotesi in cui una parte detenga il bene altrui al fine di eseguire in favore dell’altra una serie di prestazioni per molte delle quali – quand’anche non per tutte – opererebbe il diritto di ritenzione privilegiata; ma la circostanza per cui il contratto, nella sua interezza, non è riconducibile ad alcuna di esse impedisce al creditore di ri-

spetto di un contratto misto di appalto e vendita aveva fatto applicazione della disciplina di quest’ultima, in quanto contratto prevalente, ha osservato che non occorre verificare la necessità di integrare la disciplina «perché i vizi di cui si controverteva concernevano non i lavori connessi alla fornitura [qui intesa come alla prestazione di *facere*], ma unicamente i beni venduti [...]».

¹¹¹ Il tema è trattato nel già citato lavoro di F. DI GIOVANNI su *Il tipo e la forma (Aspetti dell’interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*.

¹¹² In dottrina, con specifico riguardo ai contratti misti, si vedano in particolare A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 148 ed E. DEL PRATO, *op. cit.*, 111.

tenere il bene, in caso di mancato pagamento dell’unitario corrispettivo. In questi casi, la valutazione della compatibilità della singola norma tipica alla fattispecie concreta potrebbe indurre l’interprete ad argomentare in favore dell’estensione della garanzia all’intera vicenda contrattuale, qualora i relativi presupposti persistano lungo tutta la catena funzionale dell’operazione¹¹³: così realizzando il bilanciamento degli interessi previsto dal legislatore, coerente e ragionevole rispetto al concreto rapporto contrattuale tra le parti, anziché annullarlo del tutto in nome della natura “eccezionale” della norma.

Se, infine, due norme risultano ugualmente compatibili con la fattispecie, perché, ad esempio, non è possibile determinare a quale segmento contrattuale si riferisca una determinata situazione patologica o, ancora, perché quest’ultima riguarda l’intera operazione contrattuale e non sia possibile individuare un principio normativo in grado di risolvere la questione (perché le norme presentano identica natura), l’interprete potrà allora affidarsi al segnale “residuale” – ricavabile mediante l’interpretazione del contratto – dello schema che risulta assumere «maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita», per demandare alla disciplina del relativo tipo il compito di selezionare la regola da applicare al caso concreto; sempre che sia possibile argomentare, sulla base della *ratio* della norma offerta dalla disciplina dello schema prevalente, che detta regola sia più adeguata a risolvere il caso concreto rispetto a quella che discenderebbe dal sistema di norme sui contratti in generale.

Va da sé che il metodo qui delineato implica un’attività valutativa più complessa e articolata: epperò, essa appare più corretta, nella misura in cui, al fine di individuare, prima, e risolvere, poi, un conflitto tra due norme, assume come parametro di riferimento non già il metodo (di creazione giurisprudenziale e dottrinale) ritenuto dal giudicante più idoneo a selezionare la disciplina applicabile ai contratti misti, bensì l’assetto di interessi che le parti hanno inteso realizzare con il contratto in causa, secondo un percorso sol-

¹¹³ È il caso del contratto di servizi logistici, che, in quanto tale, non è contemplato come ipotesi specifica ai fini della ritenzione privilegiata. L’istituto trova tuttavia applicazione, ex art. 2761 c.c., in favore del vettore per i crediti derivanti dal contratto di trasporto e per le spese di imposta anticipate, del depositario, del mandatario e dello spedizioniere, vale a dire, in relazione a buona parte delle prestazioni che compongono il contratto di servizi logistici (cfr., in tal senso, nella dottrina specialistica: G. SILINGARDI, *Profili giuridici del contratto di servizi di logistica*, in E. FANARA (a cura di), *Logistica informatica e trasporti*, Messina, 1997, 149 ss., spec. 167). Una valutazione della compatibilità della norma alla fattispecie concreta potrebbe dunque suggerire di estenderne la portata anche alle prestazioni del contratto di logistica, ove, nel singolo caso concreto, siano riscontrabili i presupposti applicativi e le ragioni giustificatrici per cui la ritenzione è prevista.

Per contro, la giurisprudenza (Trib. Napoli, 7.5.2021, n. 4347, *cit.*) ha escluso che il diritto di ritenzione privilegiata al contratto possa trovare applicazione al contratto di servizi di logistica, considerato che quest’ultimo — in virtù della teoria dell’assorbimento — deve essere disciplinato dalle regole in materia di appalto e che l’art. 2671 c.c. costituisce una norma eccezionale. L’orientamento è stato confermato in sede di appello da App. Napoli, sent. del 26.9.2023, n. 4057, *cit.*, nella quale si è affermato che le conclusioni cui è giunto il giudice di primo grado sono valide anche alla luce dell’introduzione dell’art. 1677 bis c.c., posto che con quest’ultima norma il contratto di logistica viene espressamente qualificato come sottotipo del contratto di appalto e perciò deve sottostare alle norme ad esso dedicate.



lecitato dall'interpretazione sistematica dei dati normativi forniti dalla disciplina contrattuale.



