
Estratto

Estratto da un prodotto in vendita su **ShopWKI**, il negozio online di Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria professionale, del software, della formazione e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM, Altalex, UTET Giuridica, il fisco.



I.

IL CONTRATTO E LE SUE CLASSIFICAZIONI

Estratto da E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, 2^a ed. 2006 (1^a ed. 1999), in *Trattato dei contratti*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 1.

I.

IL CONTRATTO E LE SUE CLASSIFICAZIONI

SOMMARIO: 1. Le classificazioni tradizionali e la loro attuale inadeguatezza. – 2. Disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli tipi. – 3. Le classificazioni all'interno del tipo contrattuale. Struttura formale del tipo contrattuale: tipo e sottotipo. – 4. Autonomia privata, contratto e operazione economica. – 5. Il contratto e l'operazione economica. – 6. La «tipizzazione» dell'operazione economica: dal «tipo di contratto» al «tipo di operazione economica». – 7. (*Segue*). Mercato, dipendenza economica e dipendenza tra contratti. – 8. (*Segue*). La «tipizzazione indiretta»: divieto di frazionamento del contratto e unità dell'operazione economica. – 9. Contratto, operazione economica e classificazione dei contratti.

1. *Le classificazioni tradizionali e la loro attuale inadeguatezza.*

Il tema della classificazione dei contratti, al di là dell'impiego di formule astratte e dei compiacimenti propri del nominalismo concettuale e terminologico, trova la sua giustificazione sistematica nell'opportunità, dettata dalla comune appartenenza a principi che rinvergono la loro ragione nel sistema normativo, di ricondurre le singole fattispecie contrattuali in categorie ordinanti dalle quali far discendere conseguenze utili in termini di disciplina applicabile.

Le linee portanti seguite nell'enucleazione di tali schemi variano a seconda delle prospettive attraverso le quali si osserva il contratto.

Alcune categorie hanno dignità di menzione legislativa, altre sono il frutto dell'elaborazione teorica, altre, infine, risentono di criteri di indole economica.

Si hanno così partizioni che risultano accreditate dal linguaggio del legislatore (contratti tipici e atipici), e criteri che sembrano adagiarsi sulla distinzione tra momento programmatico e momento esecutivo, e quindi

tengono conto: delle modalità di conclusione del contratto (contratti reali e contratti consensuali); dell'esecuzione (contratti di durata e ad esecuzione differita); dell'efficacia (contratti ad effetti reali e ad effetti obbligatori); ovvero considerano il contratto nella prospettiva del profilo strutturale (contratti con obbligazioni di una sola parte, bilaterali e plurilaterali, con comunione di scopo, associativi), causale (contratti tipici, atipici e misti) o formale (contratti formali e contratti a forma libera); ovvero delle prestazioni dedotte (contratti unilaterali e contratti a prestazioni corrispettive, contratti commutativi e contratti aleatori; contratti onerosi e gratuiti).

Le classificazioni formulate dagli interpreti o imposte dalla pratica degli affari registrano, ovviamente, ulteriori distinzioni, come, ad esempio, per attenersi a quelle di più antica tradizione tra i contratti fiduciari e quelli *intuitu personae*, ovvero a quelle di più recente creazione tra contratti normativi e contratti regolamentari, oppure a quella tra contratti conclusi tra imprenditori e consumatori (c.d. *business to consumer*), e contratti conclusi tra imprenditori (c.d. *business to business*), e variano spesso a seconda della particolare propensione dei singoli compilatori verso l'una o l'altra classificazione¹.

Inseguire gli itinerari, a volte tortuosi, lungo i quali si sono articolate e mosse le classificazioni del contratto, nel tentativo di rendere compiutamente conto del loro svolgimento, significherebbe, in realtà, per un verso, svolgere una sterile elencazione di possibili forme di classificazione, per un altro, riguardare, attraverso questo particolare angolo visuale, l'intera teoria del contratto.

Il problema della classificazione dei contratti, del resto, riflette, sul piano della organizzazione sistematica delle nozioni rappresentative della concreta fenomenologia contrattuale, il problema stesso della individuazione e concezione della fattispecie «contratto», e del rapporto tra congruenza dello strumento concettuale e dati empirici e normativi dell'autonomia privata.

La delineazione di tale rapporto risulta ai nostri giorni particolarmente ardua ed impegnativa sul piano concettuale.

¹ Cfr., tra le tante prospettazioni, quelle di RESCIGNO, *Contratto. In generale, Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 26 ss.; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, 2^a ed., Torino, 2000, 168 ss.; SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, 3^a ed., Torino, 2004, II, 467; con riguardo al recente dibattito circa la distinzione tra contratti tra imprese e contratti tra imprese e consumatori, cfr. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 841 ss.; BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 115 ss.; SAMBUCCI, *Il contratto dell'impresa*, Milano, 2002, 65.

Il nuovo modello del contratto – come fattispecie – che si profila agli inizi del terzo millennio risulta investito da una «crisi di crescita» determinata dalla legislazione settoriale dello scorso secolo, che si è manifestata soprattutto in «quei dieci anni che sconvolsero il contratto»², durante i quali si è prodotta un'ampia regolamentazione di nuove aree normative, connessa soprattutto con l'evoluzione del mercato. I fattori di tale crisi e le linee del nuovo paradigma contrattuale ci mostrano un nuovo, ma ancora non compiutamente definito, modello di contratto, che assorbe in sé i consolidati profili che ci provengono dalla tradizione e quelli introdotti di recente dalla legislazione interna di derivazione comunitaria e dalla prassi negoziale internazionale.

Nell'indicata prospettiva occorre anzitutto segnalare come i tradizionali metodi di classificazione dei contratti risultino attualmente inadeguati a cogliere con pienezza la complessa e variegata realtà che vorrebbero rappresentare, al punto da indurre l'interprete a dubitare dell'effettiva opportunità di una classificazione della materia contrattuale.

L'interprete infatti lamenta la difficoltà di dover forzatamente ricondurre i dati della prassi in uno schema (quello del contratto, e conseguentemente delle sue classificazioni) la cui larghezza originaria risulta attualmente inadeguata³, poiché nella sua interna articolazione soffre della semplicità e linearità suggerita dalla recezione di antiche e ormai superate strutture economico-sociali.

I dubbi, le difficoltà (che trovano ampia manifestazione nella pluralità e diversità dei criteri e delle tecniche impiegate nell'attività di classificazione) non investono l'unità strutturale del contratto, né contestano la persistente validità di una teoria generale del contratto, ma l'utilità di far confluire, ed esaurire, nel contenuto logico di quel concetto e nello schema che lo rappresenta, sia tutti gli interessi, sia la funzione, di cui l'affare è espressione, riducendo così lo strumento tecnico a nozione meramente e puramente descrittiva, e perciò stesso non qualificante gli interessi in concreto perseguiti.

Occorre, viceversa, superare lo scompensamento che si determina tra realtà sostantiva dell'affare, da un lato, e concetti tradizionali, generici, astratti, raffigurazioni di schemi ordinanti non più in grado (ovvero soltanto in mi-

² Così ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, IX.

³ Cfr. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 232, il quale opportunamente sottolinea l'utilità di «approfondire non tanto l'atto (singolo) quanto la complessiva operazione, l'attività. In tale direzione tuttavia la dottrina si deve ancora molto impegnare».

sura parziale) di rappresentare l'effettiva concretezza dell'operazione economica e dei suoi molteplici profili⁴.

Il discorso va pertanto intrapreso sia con riguardo alla classificazione dei contratti in generale, sia con riguardo alla classificazione dei contratti secondo il tipo, poiché entrambe le formule, pur nella loro apparente estraneità, finiscono in realtà per confluire sul piano della ricerca della disciplina applicabile all'autoregolamento nella sua unità formale; sia infine con riguardo al rapporto tra contratto e operazione economica.

Il procedimento di classificazione dei contratti deve infatti rappresentare, rispetto all'elaborazione del dato empirico offerto dalla prassi, una sintesi concettuale operata *a posteriori*, e non già una realtà preesistente.

Compito dell'interprete è dunque di assicurare il necessario ricambio dei concetti e delle categorie ordinanti⁵, al fine di evitare il pericolo che indebite generalizzazioni, condizionate o evocate dalla forza suggestiva del dogma, impediscano la comprensione dei concreti fenomeni sui quali il diritto comune dei contratti è chiamato ad operare, alterandone il significato, svilendone la funzione e occultando, così, sul piano applicativo l'analisi dei dati dell'operazione economica. La quale – in quanto espressiva dell'unità strutturale dell'affare, naturalmente articolato secondo i ritmi e le scansioni dettate dai concreti interessi perseguiti dalle parti, e segnato da un criterio di intrinseca congruenza tra determinazioni precettive e comportamenti attuativi – delimita, sul piano dell'ordinamento, la rilevanza e la disciplina dell'atto di autonomia.

Al di là del tipo opera infatti la disciplina dell'autoregolamento dei privati interessi: cioè la concreta operazione economica nella sua unità formale⁶.

Tale disciplina è sintesi delle determinazioni precettive, dei comportamenti, e della compresenza, in un medesimo regolamento, di più funzioni, ciascuna corrispondente ad una peculiare prospettiva attraverso la quale l'ordinamento osserva e valuta la conformità dell'assetto degli interessi ai principi e ai valori ordinanti del sistema normativo.

È in tale contesto che l'operazione economica esprime, al di là delle formule e della raffigurazione esteriore dello schema adottato, il significato più profondo del potere di autonomia riconosciuto ai privati.

⁴ Cfr., nella linea metodologica indicata nel testo, il fondamentale insegnamento di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 396.

⁵ Cfr. T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, Roma, 1930, 5 ss.

⁶ E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 93 ss.

Si tratta dunque – anche alla luce dei mutamenti in atto nell’economia contemporanea e nell’attuale esperienza del diritto comune dei contratti, sempre più soggetto al processo di integrazione ad opera del legislatore comunitario – di rivalutare il contratto in una dimensione che consenta di apprezzare, in tutta la sua completezza e complessità, la molteplicità e il conflitto degli interessi sottostanti l’atto di autonomia privata: vale a dire nella dimensione dell’operazione economica⁷.

2. *Disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli tipi.*

La classificazione dei contratti rinviene un primo criterio di natura sistematica nella distinzione, operata dal legislatore, tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli tipi, la cui definizione sembra riacquistare un particolare interesse nelle recenti riflessioni della dottrina⁸.

Il tema ha conosciuto una prima sistemazione in epoca immediatamente successiva alla codificazione del 1942, nel senso che tra i due gruppi di norme si individuava un rapporto sistematico, secondo cui le norme generali acquistavano il loro significato come «di cornice alle norme particolari (secondo gruppo), che sono esclusive a ciascuna figura di contratto in specie; il che spiega (in concorso con altre ragioni) come e perché quel primo gruppo precede l’altro, nella distribuzione della materia. Si tratta di una coesistenza di norme, che, come vedremo subito, acquista un proprio significato, nel senso della combinazione (e non della reciproca esclusione) fra esse: per il che, il primo gruppo costituisce un indispensabile, anche se non sempre avvertito, presupposto, o addentellato per il secondo gruppo»⁹.

La classificazione in questi termini svolta¹⁰, in tempi recenti, è stata sottoposta a revisione critica, affermando che il rapporto sistematico in tal

⁷ Sul tema, per una più ampia visione, mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Il contratto e l’operazione economica*, cit., 95 ss.

⁸ Cfr. ora LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 379 ss., ed ivi ulteriori riferimenti alla dottrina che ha affrontato il tema; CAPO, *Attività d’impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, 1 ss.

⁹ La sistemazione all’epoca proposta da MESSINEO nella *Dottrina generale del contratto*, del 1944, si ritrova ora in ID., *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973, I, 11.

¹⁰ Secondo MESSINEO (*op. loc. ult. cit.*), la portata della locuzione «norme generali» può significare, in primo luogo, norme che preludono alle «norme particolari», le quali ultime sarebbero quelle che costituiscono la disciplina peculiare di ogni singolo tipo di contratto; sicché in tal senso la locuzione «norme generali» denoterebbe una schema generico, di per sé compiuto, che si contrappone, collocandosi su un piano normativo sopraordinato, ai numerosi

guisa disegnato non esisteva «ieri, nel confronto tra norme generali e norme particolari sui contratti nel codice civile. Tanto meno esiste oggi, nel confronto tra norme del codice civile e norme delle leggi speciali» ed ancor meno condivisibile sarebbe la concezione, alla quale si ispirava «di una parte generale del contratto quale disciplina idonea a regolare il contratto come figura unitaria»¹¹.

Si sostiene infatti che le tendenze presenti in dottrina al fine di spiegare il rapporto tra norme di parte generale e norme di parte speciale testimoniano che la parte generale sul contratto non è più considerata centrale. Sarebbe viceversa rinvenibile un «fenomeno centrifugo» ascrivibile a più circostanze, fra le quali: l'intervento del legislatore, attuato mediante leggi organiche di settore a contratti da sempre oggetto di interventi episodici; la fioritura di nuovi contratti, affidati all'analitica disciplina delle parti, con vocazione all'auto-sufficienza¹².

La parte generale sul contratto non potrebbe più essere considerata come la disciplina di una figura unitaria, dato che «si è riaperta la forbice tra contratti tra privati e contratti di impresa», «si è aperta la forbice tra contratti tra imprese e contratti con il consumatore. Si è aperta la forbice tra contratti domestici e contratti internazionali», sicché «il lineare rapporto tra parte generale sul contratto e parte speciale sui singoli contratti, che leggiamo nell'art. 1323, non è mai stato rispondente al diritto positivo, e tanto meno lo è oggi, di fronte ad una indubbia frammentazione della figura del contratto e ad una palese tendenza centrifuga verso discipline di singoli contratti sempre più lontane dalla disciplina generale»¹³.

schemi corrispondenti ai singoli tipi, ed in tal guisa non sarebbe soggetto a confondersi con questi.

In un secondo senso la locuzione «norme generali» potrebbe significare norme «comuni», cioè tali da apparire «suscettibili di essere applicate ad ogni singolo contratto in concreto: epperò, *in concorso* (e non in antitesi) con le norme particolari, che sono, invece, dettate *ratione materiae*; e, in tale ulteriore significato, quella locuzione sta sul *medesimo piano* normativo di queste ultime. Ora, sembra che sia il secondo, il significato preminente della locuzione in esame».

¹¹ DE NOVA, *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, *Contr. impr.*, 1988, 328.

¹² DE NOVA, *op. ult. cit.*, 333. Segnala la «perdita di centralità» e la «perdita di unitarietà» della figura del contratto in generale, anche ROPPO, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata e interventi del legislatore. Note minime*, *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 12.

¹³ DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva come il legislatore, in questo contesto sia stato assente, non intervenendo a disciplinare, ad esempio, né le condizioni generali di contratto, né i singoli contratti, quali sembrano affidati per la loro disciplina più agli usi o ai codici deontologici.

L'idea del declino del contratto come categoria generale, unitamente ad una tendenziale sfiducia verso l'attuale persistenza ed utilità delle categorie generali, viene comunque respinta con fermezza da una importante parte della dottrina¹⁴.

In particolare si rileva che la centralità delle norme generali sui contratti trova il suo fondamento sia nella storia delle codificazioni, la quale avrebbe dimostrato «un movimento centripeto: istituti “particolari” divenuti figure “generali” e comunque un arricchimento della disciplina generale», sia nella storia delle idee e della prassi¹⁵.

Il discorso critico verso la parte generale del contratto non sarebbe condivisibile neppure «quando sembra svolgersi sul piano tecnico: se riesce ad evitare le secche del nominalismo, non giunge tuttavia a soluzioni convincenti»¹⁶; sicché, respinta la logica della frantumazione, «parte speciale e parte generale costituiscono gli ineliminabili poli di una dialettica feconda»¹⁷.

L'utilità ed il valore di uno schema unitario astratto, che si risolve nella categoria generale del contratto, risulta dunque riaffermata e convincentemente ribadita¹⁸, poiché essa non sembra aver perso, né poter perdere

¹⁴ Cfr. G.B. FERRI, *Contratto e negozio: da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi?*, *Riv. dir. comm.*, 1988, I, spec. 428; VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *Contr. impr.*, 1988, 805 ss.; BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 669; ID., *Il contratto. Silloge in onore di G. Oppo*, Padova, I, 1992, 51 ss., ed ora anche in ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2^a ed., Napoli, 1996, 31 ss.; cfr. anche IRTI, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 560.

¹⁵ BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, cit., 670.

¹⁶ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 673.

¹⁷ BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 674 ss., per il quale gli artt. 1323 e 1324 c.c. costituirebbero un unico impianto normativo, nel quale, per quanto ciascuna norma realizzi un diverso congegno tecnico ed assolva un diverso compito disciplinare, le norme generali, dettate con riferimento alla figura astratta di contratto, rappresentano il medesimo soggetto logico di collegamento.

Sul punto cfr. però la garbata replica critica di DE NOVA, *Nuovi contratti*, 2^a ed., Torino, 1994, 11.

Osserva giustamente CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., 172, che, fermo restando che, laddove sia dettata apposita norma per il contratto particolare, questa prevale sulla norma diversa della parte generale, il contrasto sul tema tra De Nova e Benedetti «appare più di modo di approccio al problema che di sostanza».

¹⁸ Cfr. RESCIGNO, *Contratto. In generale*, cit., 2; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4^a ed., Padova, 2004, II, 1, 166, dopo aver ricordato che «nella realtà fattuale il contratto in generale non è neppure pensabile; pensabili sono solo i tipi contrattuali, siano essi tipi legali o tipi sociali (i cosiddetti contratti atipici o innominati)», riafferma l'opportunità di una «parte generale» sui contratti; G.B. FERRI, *La nozione di contratto*, in *questo volume*; VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, *Riv. dir. priv.*, 2004, 313 ss., con specifico riguardo al nuovo sistema delle fonti del contratto.

quale categoria logica e formale, il suo ruolo centrale nel quadro degli atti di autonomia privata¹⁹.

Tenendo ferma questa consolidata premessa, occorre affrontare una questione ulteriore: quella della persistente validità della classificazione dei contratti secondo il tipo o il sottotipo, che potrebbe infatti risultare ormai inadeguata – o mantenere comunque un valore unicamente descrittivo – alla luce delle nuove istanze sollevate dai mutamenti nella realtà sociale e nel sistema economico²⁰ ed indurre, pertanto, l'interprete ad orientarsi verso un diverso (o comunque alternativo) criterio.

3. *Le classificazioni all'interno del tipo contrattuale. Struttura formale del tipo contrattuale: tipo e sottotipo.*

Una delle principali linee distintive nella sistemazione dei contratti è infatti quella tra contratti tipici e contratti atipici²¹.

Il problema della tipicità contrattuale, del resto, rappresenta una sorta di prisma dei problemi dell'autonomia privata e dei suoi limiti, dato che è strettamente legato sia a quello del potere dei privati di concludere contratti non appartenenti «ai tipi aventi una disciplina particolare», sia a quello della meritevolezza dell'interesse in concreto perseguito nei contratti atipici (art. 1322 c.c.)²².

¹⁹ LUCCHINI GUASTALLA, *op. cit.*, 867 ss., ribadisce ora l'opportunità della presenza nel codice di una parte dedicata alla disciplina del contratto in generale, la quale, fra le altre funzioni, consentirebbe di eliminare o comunque di attenuare la frammentarietà che inevitabilmente caratterizza una disciplina del contratto costruita unicamente per tipi.

²⁰ Cfr. sul punto i rilievi di DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., 16 ss., ed in particolare 22, ove, rispetto ai mutamenti in corso nella disciplina dei singoli contratti, si osserva che «non si tratta di manifestare nostalgie per una disciplina dei contratti ordinata per tipi. Si tratta di denunciare un preoccupante fenomeno. Quello della *perdita della fattispecie*, e ciò nel delicato e cruciale settore dei limiti all'autonomia contrattuale».

²¹ Sul punto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, *Enc. giur.*, VIII, Agg., Roma, 2000, 11 (nonché ora in E. GABRIELLI, *Studi sui contratti*, Torino, 2000, 701 ss.).

²² RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, *Contr. impr.*, 1990, 49, denuncia l'atteggiamento mentale, o la tentazione frequente «di ritenere risolto il dubbio sulla atipicità sempre che sia possibile ricondurre l'operazione economica in esame a schemi di carattere generale ai quali i problemi della causa e del tipo sono sostanzialmente estranei, poiché si tratta di mere "tecniche". Quando, in parole povere, si ritiene che la tipicità sia assicurata perché un istituto si inquadra nella cessione di credito, nella delegazione di debito, nella espromissione, nell'accollo, la "tipizzazione" così compiuta non è la riduzione al "tipico" a cui verosimilmente tutti siamo portati a pensare, e soprattutto quella a cui pensa il legislatore della previsione nor-

Il processo di emersione della tipicità legale (e quindi la identificazione dei cc.dd. contratti nominati) prende solitamente le mosse dalla prassi del diritto degli affari e dei commerci (c.d. tipicità sociale)²³ e, dopo una successiva elaborazione ed affinamento, a volte anche ad opera della giurisprudenza (c.d. tipicità giurisprudenziale)²⁴, il tipo viene individuato sul piano normativo²⁵.

In tempi recenti, in verità, questo argomento è stato sottoposto ad accurate analisi nel tentativo di rinvenire nuovi itinerari di indagine e suggerire criteri di qualificazione diversi, rispetto a quello, accreditato dall'adesione di un'autorevole parte della dottrina, che vede nella causa l'elemento idoneo ad individuare il tipo²⁶.

La tendenza ad un ripudio dello strumento della causa²⁷, dapprima implicitamente manifestatasi attraverso il richiamo ad una molteplicità di dati individuanti, è stata successivamente ripresa e sviluppata mediante l'applicazione del c.d. metodo tipologico²⁸.

mativa, perché tipicità ed atipicità sono nozioni che riguardano il contenuto e non le “tecniche”».

²³ Cfr. G.B. FERRI, *Interpretazione, autonomia privata e realtà sociale*, Riv. dir. comm., 1995, I, 726 ss.

²⁴ La tendenza della nostra giurisprudenza è, ormai da tempo, come dimostrato, quella alla tipizzazione (in tal senso v. il fondamentale scritto di SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1966, 785 ss.) al fine di ricondurre i contratti atipici ad un tipo legale ed individuare così una disciplina ad essi applicabile.

Per altro verso, si è mostrato come la giurisprudenza trascura l'impiego di strumenti alternativi alla tipizzazione, opera la tipizzazione quando questa non si rivela necessaria, e quando qualifica un contratto come innominato lo fa soltanto per escludere l'applicazione di una determinata disciplina legislativa (DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, *passim*; ID., *Nuovi contratti*, cit., 23 ss.; COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, 178).

RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, cit., 44, pone in rilievo come, nell'atteggiamento dei giudici, si verifica «una sorta di fuga dal principio di libertà dai tipi, o meglio un'attitudine al disimpegno, quando si dovrebbe individuare ciò che di nuovo ed originale vi sia nella manifestazione di autonomia contrattuale».

²⁵ Sul processo di evoluzione (interna ed esterna) del sistema dei tipi legali, v. ora, ROPPO, *I «nuovi contratti» fra autonomia privata ed interventi del legislatore. Note minime*, cit., 3 ss.; DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., 31.

²⁶ Cfr., per tutti, BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, 473; CATAU-DELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., 157.

²⁷ Cfr. i fondamentali studi di SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., 802; ID., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, fondato da Vassalli, Torino, 1975, 820; ID., in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 439; e le indagini di DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 59; COSTANZA, *op. cit.*, 185.

²⁸ Sul quale v. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., spec. 121 ss. Dello stesso A. vedi anche la relazione in AA. VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, 29 ss.; ID., *Nuovi contratti*, cit., 23 ss.

In tal modo, rinunciando ad individuare un unico elemento tipizzante dotato di operatività generale, si è ricorso ad una serie di tratti distintivi²⁹, classificati a seconda che attengano: al contenuto del contratto, alla qualità delle parti, alla natura del bene oggetto del contratto, al fattore tempo, al modo di perfezionarsi del contratto³⁰.

Questa linea metodologica, che raccoglie in parte gli spunti offerti dalla dottrina tedesca, pur meritevole di aver avviato, per le interessanti riflessioni proposte, un proficuo dibattito sui temi della tipicità, rinnovandone così l'interesse, non appare tuttavia in grado per i risultati finora raggiunti di modificare l'atteggiamento, condiviso da gran parte della dottrina, di convinta adesione alla teoria tradizionale³¹.

Ancora oggi, dunque, sembra doversi ritenere indispensabile il riferimento alla causa per l'individuazione del tipo³².

Un'indagine sulla tipicità contrattuale, tuttavia, per l'ampiezza e la profondità di cui necessita non potrebbe essere adeguatamente condotta nel quadro della classificazione dei contratti.

Occorre pertanto – soprattutto in ragione dell'economia intrinseca, e del taglio necessariamente sintetico, della trattazione – limitarsi ad indicare un profilo, lungo il quale si è soliti tracciare una linea di demarcazione all'interno della struttura formale del tipo contrattuale, distinguendo tra tipo, sottotipo e variazioni dello schema legale (al quale, seppur per linee di indagine che seguono una direzione parallela o che si intersecano, si ricongiunge la individuazione della categoria dei contratti irregolari e quella dei contratti misti), al fine di individuare le linee di confine tra le indicate fattispecie e ricondurle in un ordinato contesto sistematico, diretto a soddisfare concrete esigenze applicative.

Il profilo del sottotipo contrattuale, che spesso rappresenta un criterio di individuazione e classificazione di una fattispecie³³, al fine di (escluderla

²⁹ DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., spec. 70.

³⁰ Si tratta in ogni caso – avverte DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 111 – di un elenco da non considerare esauriente, «perché si è avuto cura di mettere in evidenza le differenze fra i tipi solo quando l'affinità induceva all'analisi differenziale, mentre si sono trascurati i tratti distintivi che potevano risultare dal confronto fra tipi tra loro lontani».

Dal punto di vista logico, con riferimento ad un dato ordinamento positivo, e quindi ad un dato catalogo di tipi legali, potrebbe ben essere formulato un elenco di tratti distintivi dotato di completezza».

³¹ In tal senso, cfr., per tutti, le critiche di BIANCA, *op. cit.*, 473 ss.; CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., 162.

³² Per ulteriori riferimenti sul punto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, cit., 7.

³³ Cfr. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, cit., 162.

o di) collocarla all'interno di uno schema tipico, pur rivestendo un ruolo di primario rilievo nella teoria generale del contratto, risulta tuttavia scarsamente elaborato in dottrina³⁴, mancando compiute ed approfondite indagini in materia³⁵; così che, per delinearne l'ambito ed enuclearne i profili di rilevanza, ci si può rifare unicamente agli spunti, spesso forniti soltanto occasionalmente, rinvenibili nel contesto di analisi dirette ad approfondire tematiche diverse³⁶.

Uno degli spunti più importanti, per inserire il sotto-tipo contrattuale in una dimensione dogmaticamente compiuta, è suggerito da chi considera i tipi giuridici corrispondenti «a fattispecie e statuizioni generiche, secondo una classificazione degli atti quale risulta dall'esperienza; i singoli tipi si prestano poi ad una progressiva specificazione mediante l'aggiunta ai requisiti ed agli effetti tipici di requisiti ed effetti extratipici», così che «aggiungendo ai requisiti e agli effetti tipici requisiti ed effetti extratipici si formano sottotipi di situazioni o di fatti»³⁷.

Questa prospettazione viene però criticata, fra l'altro, per la equivocità della terminologia impiegata³⁸, da chi sostiene che il sottotipo sia caratterizzato, non solo dalla presenza dei requisiti tipici, ma dalla specificazione di taluno di essi.

Il sottotipo emergerebbe, pertanto, in alcuni casi: dalla circostanza che tutti gli elementi essenziali del tipo sono presenti, ma taluno di essi è qualificato; in altri: dalla stessa sistemazione data alla materia dal codice, benché al sottotipo sia attribuita una *appellatio* diversa da quella attribuita al tipo; da ultimo, la qualifica di sottotipo, da attribuirsi ad un dato con-

³⁴ La dottrina più recente si trova, in sostanza, nella stessa situazione denunciata da DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 74, nt. 48, a proposito della trattazione sistematica e analitica del tipo contrattuale.

Sul problema in generale, v. comunque, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed., Roma, 1951, 232; G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949, 73; DE SIMONE, *I negozi irregolari*, Napoli, 1952, 105; PORZIO, *L'anticipazione bancaria*, Napoli, 1964, 12 ss., 75 ss., 86 ss., 95 ss., 192 ss.; CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi* in onore di F. Santoro-Passarelli, Napoli, 1972, I, 68; ID., *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, *Dir. lav.*, 1983, I, 79 ss.; ID., *I contratti. Parte generale*, cit., 162; ID., *La donazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2006, 47; E. GABRIELLI, *Tipo contrattuale*, cit., 10.

³⁵ Non affrontano ampiamente il tema, ad esempio, gli scritti di DE NOVA, *Il tipo contrattuale* (del quale v. però, 99 ss.); COSTANZA, *op. cit.*

³⁶ CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 79. Con riguardo al contratto di lavoro cfr. ora GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, 16 ss.

³⁷ CARNELUTTI, *op. cit.*, 232.

³⁸ G. MINERVINI, *Lo sconto bancario*, cit., 73.

tratto nominato, dovrebbe desumersi dall'interprete sulla base di un attento esame sistematico³⁹.

In realtà, come si è osservato⁴⁰, la genericità della espressione «requisiti extratipici», se è resa necessaria dall'esigenza di renderla idonea a comprendere tutte le ipotesi prospettabili, indubbiamente assai varie, non risulta tuttavia equivoca, poiché «vale a rendere adeguatamente il concetto che si ha sottotipo solo quando vi sia una caratterizzazione determinata dall'introduzione di un elemento non contemplato come essenziale nello schema del tipo».

Un dato, che non sembra seriamente contestabile, del rapporto tra tipo e sottotipo può infatti rinvenirsi nella necessità di ordine logico, prima ancora che giuridico, che lo schema del tipo abbia un grado di elasticità maggiore di quello del sottotipo.

Tra i due termini si instaura un rapporto di contenente a contenuto: «nel senso che l'ambito del primo non può non abbracciare il secondo»⁴¹.

Stante la delineazione di tale rapporto, lo schema del tipo deve – per avere una maggiore capacità espansiva – essere necessariamente meno articolato di quello del sottotipo, che, a sua volta, per in tal modo qualificarsi, deve presentare tutti gli elementi indispensabili per la configurazione del tipo, con l'aggiunta di qualche nota ulteriore, che valga a caratterizzarlo nell'ambito del tipo⁴².

Da un tipo, quindi, in misura proporzionale al suo grado di elasticità, possono discendere altrettanti sottotipi, quante siano le possibilità di aggiun-

³⁹ G. MINERVINI, *op. ult. cit.*, 73.

⁴⁰ CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 80, per il quale appare immotivatamente limitativa nella sua prospettazione come criterio di generale applicabilità l'indicazione di Minervini, che vedrebbe caratterizzato il sottotipo dalla qualificazione o «specificazione» di qualcuno dei requisiti propri del tipo, escludendo implicitamente che possa esserlo attraverso l'introduzione di requisiti diversi.

Si osserva, di contro, che certamente quando ciò avvenisse, e qualora l'elemento extratipico introdotto fosse caratteristico di un tipo diverso, si porrebbe il problema, specifico della tematica dei contratti misti, di accertare se la fattispecie rientri nell'uno o nell'altro dei tipi dei quali presenta, combinati, elementi, oppure se debba qualificarsi come figura autonoma. Nel caso in cui l'indagine dovesse giungere alla conclusione che non si esula dal tipo, la configurazione come sottotipo ne risulterebbe «il naturale sbocco».

⁴¹ CATAUDELLA, *op. loc. ult. cit.*

⁴² CATAUDELLA, *op. loc. ult. cit.*; ID., *I contratti. Parte generale*, cit., 163.

Per R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 40-41, nel sottotipo «permangono aspetti essenziali del tipo, integrati da altri elementi che la legge considera e disciplina nella configurazione di un siffatto negozio. Che corrisponde allora, ad essere più precisi, pur sempre ad un tipo, ma come dire di rango subordinato (e dunque, per la parte non contemplata, sottoposto alla stessa disciplina del tipo principale)».

gere, a quello schema, note individuatrici ulteriori – non contemplabili come essenziali per la definizione del tipo – rispetto a quelle proprie del tipo.

Ciò sembrerebbe comportare due ordini di problemi: la definizione del tipo e del suo schema e – prima ancora – l'individuazione di quali elementi debbano ritenersi essenziali per la definizione del tipo.

Quest'ultimo profilo, fra l'altro, attiene anche alla delineazione del rapporto tra gli ambiti di diversi tipi e, quindi, di riflesso, a quello dei contratti misti⁴³.

In realtà, si tratta sempre di aspetti riconducibili ad un unico problema: l'individuazione del tipo; che, come già detto, appare corretto risolvere impostandolo sulla linea metodologica che fa ricorso alla causa, quale elemento individuante dotato di operatività generale.

A diverse considerazioni potrebbe dar luogo l'ipotesi inversa, rispetto a quella finora considerata: la mancanza, nella fattispecie concreta, di un elemento ritenuto essenziale per la configurazione dello schema tipico.

In tal caso, l'esclusione di una figura sottotipica è motivata, in via prodromica, dalla stessa impossibilità di ravvisare, nello schema preso in considerazione, uno schema tipico, data l'assenza, appunto, di uno dei fattori essenziali per la sua riconoscibilità.

Affinché l'ambito di emersione e le note caratterizzanti il sottotipo appaiano più netti, occorre però operare una partizione tra sottotipo contrattuale e ipotesi in cui invece si assiste a delle variazioni del tipo. Ipotesi che vanno comunque ristrette al tipo c.d. legale, poiché soltanto nei riguardi di quest'ultimo, data l'esistenza di una definizione e disciplina espressa, è possibile segnare con certezza le eventuali variazioni.

Le variazioni dello schema legale, del resto, non sembrano rappresentare altro che i riflessi riportati sulla delineazione formale dello schema, delle modificazioni della funzione. Quando queste modificazioni non assumano un'entità tale da produrre una vera e propria alterazione causale dell'atto di autonomia, esse saranno compatibili con l'originario schema tipico e non determineranno, di conseguenza, una deroga dalla sua disciplina. Non altrettanto potrà, invece, dirsi per quelle ipotesi in cui, rispetto allo schema tipico, non sia ravvisabile una variazione, ma una vera e propria alterazione.

La semplice non coincidenza del regolamento negoziale con quello legale non è infatti sufficiente ad escludere la qualifica del contratto secondo quel tipo⁴⁴; per quest'ultimo fine è necessario accertare la compatibilità della funzione concreta con quella astrattamente disegnata dal tipo.

⁴³ CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 80.

⁴⁴ In tal senso, da ultimo, BIANCA, *op. cit.*, 476.

Il limite, oltre il quale la disciplina del contratto non può essere derogata senza alterare il tipo legale, può essere appurato e segnato solo «con riferimento al significato dell'operazione economica espressa dal contratto tipico»⁴⁵.

Emerge, da questo contesto, l'importanza di un'esatta delineazione dei limiti di elasticità di ogni tipo, al fine di segnarne l'eventuale superamento e di applicare quindi una disciplina diversa da quella propria del tipo.

Il problema dell'elasticità del tipo legale si prospetta quando la fattispecie concreta non rientri compiutamente nello schema tipico e si tratti quindi di vagliare se questo possa essere esteso fino a ricomprenderla⁴⁶.

L'accertamento dell'elasticità dello schema – e quindi della capacità della fattispecie astratta a ricomprendere fattispecie concrete che presentino tra loro significative differenze – deve effettuarsi in base alla valutazione della funzione concreta del contratto⁴⁷. Ciò perché la risposta dell'ordinamento all'atto di autonomia, che si concretizza ed esprime nel collegamento alla stesso degli effetti giuridici voluti, trova la sua ragione nella valutazione della funzione concreta.

Al riguardo è necessario precisare che non tutte le regole predisposte dai privati sono in grado di incidere sulla funzione, come astrattamente disegnata dall'ordinamento. Occorre quindi operare una partizione tra regole dotate di capacità modificativa della funzione e regole prive di tale idoneità⁴⁸.

Ciò però comporta, a sua volta, l'esatta delineazione degli elementi che risultino essenziali nell'astratta configurazione dello schema tipico.

Il concetto di elemento essenziale, se riferito alla fattispecie concreta, è un concetto di relazione, poiché, supponendo il raffronto tra quella e un determinato tipo legale, consente di fissare, sulla base delle note che caratterizzano il tipo, quali elementi la fattispecie debba presentare per esservi inquadrata. Elementi che, in ogni caso, anche nel regolamento dettato dai contraenti, devono rivestire una importanza primaria⁴⁹.

Per sussumere una fattispecie concreta in uno schema tipico si deve pertanto accertare quali elementi abbiano importanza primaria per la realizzazione della concreta funzione del contratto e quindi determinare l'esi-

⁴⁵ BIANCA, *op. loc. ult. cit.*, che precisa come la compatibilità delle varianti col tipo deve essere, in particolare, riconosciuta quando gli interessi ulteriori che le parti perseguono hanno carattere di complementarità rispetto all'interesse principale.

⁴⁶ CATAUDELLA, *La donazione mista*, Milano, 1970, 70 ss.

⁴⁷ Cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno «anomalo»*, Padova, 1990, 74 ss.

⁴⁸ CATAUDELLA, *La donazione mista*, cit., 74.

⁴⁹ CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 74, nt. 55.

stenza o meno di una corrispondenza fra gli elementi così enucleati e quelli descritti come essenziali dal legislatore per configurare il tipo legale⁵⁰.

L'indagine al riguardo – poiché la distinzione tra elementi principali e secondari è suscettibile delle più varie graduazioni – dovrà rivolgersi sempre al concreto esame della singola fattispecie e, dopo aver considerato nel suo complesso l'assetto di interessi che le parti intendono realizzare, si fermerà ad analizzare i singoli elementi di cui si compone.

In una prospettiva teleologica potrà di conseguenza emergere l'importanza e la funzione che ogni singolo elemento riveste rispetto al regolamento di interessi nel suo complesso ed alla sua compiuta realizzazione.

Dovrà infatti essere considerato essenziale ogni elemento in assenza del quale il perseguito assetto di interessi non potrebbe realizzarsi nelle sue linee fondamentali⁵¹.

Quando le regole dettate dalle parti siano in grado di incidere sulla funzione modificandola, la fattispecie concreta non sarà sussumibile nel tipo legale; diversamente avverrà quando, pur non coincidendo completamente la fattispecie concreta con quella astratta, non siano ravvisabili modificazioni della funzione⁵².

I limiti di elasticità dello schema legale sono pertanto costituiti – al pari delle mutazioni rinvenibili nel suo modello formale – dalle modificazioni della funzione, così che per segnarne, in entrambi i casi, la misura e l'intensità occorre svolgere un'indagine sulla funzione concreta del singolo atto di autonomia.

La semplice non coincidenza del regolamento negoziale con quello legale non è infatti sufficiente ad escludere rispetto al singolo contratto la qualifica secondo il tipo.

Dal raffronto tra il significato che l'operazione economica, disegnata nello schema tipico, esprime e gli interessi che in concreto le parti hanno dedotto e cristallizzato nell'assetto di interessi pattiziamente programmato emerge, in definitiva, se questi ultimi – pur perseguendo il raggiungimento di finalità ulteriori, accessorie o complementari a quelle tipiche – siano compatibili con lo schema tipico⁵³.

⁵⁰ CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 74.

⁵¹ CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 76, nt. 55.

⁵² CATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 76.

⁵³ Rileva BIANCA (*op. cit.*, 476), che quando «le particolari finalità dell'operazione sono compatibili col 'tipo' legale il contratto si qualifica in base a quest'ultimo con l'applicazione della relativa disciplina. Le finalità particolari conservano tuttavia la loro rilevanza ai fini di un trattamento del contratto aderente alla realtà dell'operazione che le parti hanno voluto porre in essere».

Diventa pertanto necessario valutare con riguardo alle singole fattispecie la presenza di note ulteriori che valgano a caratterizzarle rispetto allo schema generale del tipo, tenendo ben presente: che gli elementi individuanti i sottotipi sono sempre accidentali rispetto al tipo, nel senso che la loro presenza o assenza non incide sull'inquadrabilità nello schema del tipo, mentre diventano essenziali rispetto al sottotipo⁵⁴; che per delineare un sottotipo è necessario far capo alla sua disciplina legale, isolando in essa le norme che dispongono gli effetti essenziali per la realizzazione della funzione tipica, accertando così se gli effetti in tal modo individuati siano tali da risultare necessari per la realizzazione dell'assetto di interessi voluto⁵⁵.

4. *Autonomia privata, contratto e operazione economica.*

L'autonomia privata nel moderno diritto dei contratti conquista nuovi territori, amplia i suoi orizzonti, e moltiplica i propri schemi contrattuali. Il contratto atipico, che all'alba della codificazione del 1942 rappresentava un'eccezione, è oggi la regola e gli strumenti di cui si serve diventano sempre più complessi, poiché sempre più complesse e articolate sono le forme di organizzazione degli interessi.

Il diritto dei contratti è stato sottoposto negli ultimi tempi a profondi e significativi interventi legislativi, che, sia per l'incidenza che assume l'evoluzione del diritto comune europeo, sia per la crescente rilevanza che riveste nel diritto degli affari la *lex mercatoria*, superano ormai la dimensione nazionale e inducono alla creazione di un codice europeo dei contratti.

La lettura del fenomeno si presenta peraltro complessa.

Uno dei profili mediante il quale esso si manifesta è delineato dalla difficoltà di recepire le nuove discipline nello schema del contratto, e quindi nella limitata contemplazione del singolo atto, quando la ragione sostanziale dell'affare si caratterizzi per un'intrinseca complessità ed elasticità.

La pluralità e la diversità degli interessi sottostanti l'atto di autonomia infatti non si esauriscono a volte in un singolo e unitario contratto, ma, caratterizzando in concreto la funzione perseguita dall'atto di autonomia privata, rendono necessario che tale complessità si esprima nell'unità formale dell'operazione economica, la quale, in quanto tecnica di costruzione concettuale della fattispecie, è di per se stessa sovraordinata alla qualifica-

⁵⁴ Così CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 85.

⁵⁵ CATAUDELLA, *Intuitus personae e tipo negoziale*, cit., 627; ID., *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, cit., 85.

zione, nel senso della tipicità o atipicità, dello schema negoziale scelto dalle parti.

Il continuo mutare delle concrete forme dei regolamenti d'interesse deve dunque indurre ad indirizzare ogni indagine sul contratto verso una prospettiva ermeneutica di più ampio orizzonte e di più largo respiro sistematico: quella dell'operazione economica.

L'idea che il contratto possa continuare a vivere nel mondo dei fatti giuridicamente rilevanti come una monade isolata appare oramai un retaggio di quella sorta di romanticismo giuridico riconducibile al dogma della volontà di ottocentesca memoria.

Il contratto del terzo millennio⁵⁶ – in ragione del contesto nel quale viene edificato e per la realizzazione degli interessi che deve soddisfare – al contrario, subisce necessariamente condizionamenti e dipendenze ulteriori rispetto agli enunciati delle parti, e la recente legislazione interna e comunitaria, nonché la prassi del diritto dei contratti imposto dalla nuova *lex mercatoria*, pone in evidenza i segni manifesti di questo fenomeno⁵⁷.

Al fine di rendere quanto più trasparente il mercato degli scambi e di predisporre tecniche di tutela delle posizioni deboli che operano sul mercato, l'ordinamento, da un lato, come nei contratti dei consumatori, qualifica la fattispecie non solo in funzione dell'atto, ma anche in considerazione della diversa qualità soggettiva (consumatore o professionista) di una delle parti contraenti; dall'altro, impone limiti di natura quantitativa a determinate prestazioni, ovvero sanziona le ipotesi di frazionamento artificioso di operazioni negoziali unitarie, poste in essere per eludere l'applicazione di una specifica disciplina, ovvero considera l'atto nel contesto economico in cui si colloca, come nel caso della dipendenza economica nel contratto di subfornitura.

L'atto di autonomia deve dunque essere considerato, sia sotto il profilo della sua struttura formale, sia in termini di qualità degli interessi perseguiti (e protetti), sia in termini di controllo del rispetto dei limiti quantitativi

⁵⁶ Cfr. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, *Contr. impr.*, 2000, 919 ss.

⁵⁷ La rilevanza del fenomeno è tale che per indicare la molteplicità degli schemi e dei connessi problemi sia di classificazione, sia di disciplina, connessi alle nuove manifestazioni del diritto comune dei contratti, si cominciano a prospettare numerose variazioni nominalistiche sul contratto: si parla infatti da qualcuno, con terminologia di ispirazione aritmetica, di «terzo contratto» (GITTI, *Premessa*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 12.

Per una panoramica di sintesi cfr. LECCESE, *Il contratto e i contratti: alcune riflessioni*, *Rass. dir. civ.*, 2004, 84 ss.

imposti dall'ordinamento all'assetto di interessi fissato dalle parti nel contratto.

Si genera in tal modo un fenomeno del quale occorre necessariamente tener conto: la tendenza sia del legislatore interno, sia di quello comunitario, alla considerazione non del contratto in sé e per sé, ma alla valutazione dell'operazione economica nel suo complesso.

In tale contesto, la nozione di contratto – quale puro schema formale, e quindi insufficiente ad esprimere il multiforme atteggiarsi degli interessi in gioco e la variabilità delle soluzioni attraverso le quali gli stessi possono comporsi – risulta a volte inidonea a cogliere la rilevanza che in concreto, in ogni singola fattispecie, la funzione dell'atto assume e di cui il concetto di operazione economica, invece, può fornire una più ampia e comprensiva espressione.

La nozione di operazione economica infatti identifica una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata.

Sul piano del fatto, dell'affare, considerato e valutato in tutte le sue componenti tipologiche, morfologiche e funzionali, occorre pertanto volgere l'indagine, la quale richiede e postula l'esigenza di un esame complessivo dell'assetto di interessi, al fine di coglierne, nel suo esatto significato, la disciplina che lo governa. È infatti nel contesto dell'operazione, nella sua «unità formale», che le diverse componenti dell'atto di autonomia possono trovare una soddisfacente estrinsecazione⁵⁸.

5. Il contratto e l'operazione economica.

Nel discorso finora svolto emerge che il problema di fondo della concezione dell'operazione economica come categoria del diritto dei contratti poggia su due grandi interrogativi: se il rapporto tra contratto e operazione economica sia solo nominalistico; se l'operazione economica abbia un va-

⁵⁸ PER PALERMO, *Funzione illecita e autonoma privata*, Milano, 1970, 136; Id., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, 2, l'operazione è «unità formale», e poiché non riflette schemi strutturalmente semplici, «trova nel regolamento tipico il suo centro, intorno al quale si coordinano le altre determinazioni pattizie e i diversi comportamenti attuativi, ciascuno caratterizzato dalla rilevanza che gli è propria»; cfr. anche BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 222.

lore solo descrittivo di determinate fenomenologie, ovvero concettualmente ordinante, e quindi rilevante sia in termini sistematici, sia in termini applicativi.

La soluzione alla prima questione deve prendere le mosse dalla oramai ricorrente constatazione che nel moderno diritto comune dei contratti si deve valutare ed interpretare la fattispecie «contratto» in una dimensione che consenta di apprezzare, in tutta la sua completezza e complessità, la molteplicità e il conflitto degli interessi sottostanti l'atto di autonomia privata⁵⁹.

Nel tentativo di chiarire il rapporto, ovvero di operare una distinzione, tra i due concetti (contratto e operazione economica), per un verso, si è affermato che il contratto non è riducibile ad un'operazione economica, nel duplice senso che il contratto è un fenomeno giuridico distinto rispetto alla sottostante operazione economica, e che il rapporto contrattuale non è una semplice risultante di leggi economiche; così che il contratto si differenzia rispetto all'operazione economica dato che «esso è il titolo giuridico sul quale l'operazione è fondata»⁶⁰.

In altro senso, si è detto che «le situazioni, i rapporti, gli interessi che costituiscono la sostanza reale di ogni contratto si possono riassumere nell'idea di *operazione economica*», così che «con il termine "contratto" non ci si riferisce tanto alle operazioni economiche concretamente realizzate nell'effettiva esperienza dei traffici, ma piuttosto a quella che potremmo chiamare la loro formalizzazione giuridica», per cui la disciplina dell'affare trova, nella struttura del contratto, il suo punto di diretta incidenza formale⁶¹.

I due concetti, in realtà, non sono in una posizione antagonista, poiché esprimono entrambi la medesima realtà: l'atto di autonomia privata; seppure rappresentata da due differenti prospettive. Più semplice quella osservata dall'angolo visuale del contratto; più complessa ed articolata quella esaminata dal piano di rilevazione dell'operazione economica.

⁵⁹ Sul punto cfr. di recente PERLINGIERI, *op. cit.*, 227, per il quale «la diversità degli assetti di interesse e soprattutto il definitivo sganciamento dall'esclusiva, assorbente prospettiva del contratto di scambio contribuiscono a ricostruire il fenomeno contrattuale come plurimo, riconducibile ad una unità minima sempre più arricchita delle circostanze peculiari delle singole fattispecie»; GALASSO, *Il principio di gratuità*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 212; DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, Milano, 2003, 115.

⁶⁰ BIANCA, *op. cit.*, 27, il quale sembra far leva sul momento dell'accordo nella definizione di contratto: «il contratto, precisamente, non è lo scambio di beni e servizi ma è l'accordo, tacito o esplicito, mediante il quale gli interessati decidono l'affare e in base al quale deve accertarsi quali sono le prestazioni spettanti alle parti».

⁶¹ ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 73.

Contratto e operazione economica rinvencono in realtà il loro punto di congiunzione nell'unità dell'atto di autonomia privata⁶², attraverso il quale l'ordinamento «secondo le diverse esigenze di tutela, valuta come operazione l'assetto dei privati interessi»⁶³, poiché è attraverso il contratto che l'operazione da fatto storico assurge a fenomeno giuridico unitario.

Tale unità infatti non viene meno con il riferimento al concetto di operazione economica, invece che al concetto di contratto, poiché la realtà sostantiva dell'affare, in quanto manifestazione di una pluralità di interessi, va ricercata di volta in volta in quello schema logico-concettuale che, meglio di altri, consenta di cogliere nella sua interezza e globalità l'essenza dell'affare stesso, soprattutto quando questo necessiti di uno strumento logico-rappresentativo dotato di vasto respiro dogmatico-sistematico⁶⁴ e di ampio orizzonte concettuale: l'operazione economica.

L'operazione economica, quale categoria concettuale e giuridica⁶⁵, supera, infatti, il rischio di porsi come nozione meramente descrittiva sia della ricostruzione, effettuata *ex post*, delle modalità di struttura o di articolazione funzionale di un determinato assetto di interessi; sia delle forme mediante le quali si manifestano alcuni fenomeni del diritto comune dei contratti.

L'analisi diretta a rinvenire tra i due concetti (contratto e operazione economica) distinzioni o contrapposizioni ulteriori – rispetto a quella che vede: nel contratto e nello schema del tipo, l'elevazione a fattispecie giuridica dell'assetto di interessi voluto dai privati; nell'operazione economica, la rappresentazione anche di tutti quegli interessi non riassunti, né riassumibili, nello schema del tipo – finirebbe, dunque, al di là dei

⁶² L'unità dell'operazione, in una parte della dottrina, rappresenta anche un limite all'intervento del giudice sul contratto in funzione integrativa del regolamento negoziale: cfr. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 176, «qui ci preme solo di rilevare che il giudizio soggettivo del giudice incontra due limiti: il primo, interno, derivante dalla stessa logica dell'operazione economica privata che deve indirizzare il giudice alla ricerca dell'interesse dedotto nell'assetto pattizio e alla sua tutela».

⁶³ Cfr. PALERMO, *Funzione illecita e autonoma privata*, cit., 2; ID., *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, III, 644.

⁶⁴ Cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 293, il quale rilevava che «la distinzione tra atti e negozi non esaurisce il modo di essere della realtà fenomenica rispetto all'ordinamento ed abbisogna, invece, di ulteriore revisione».

⁶⁵ Il concetto di operazione economica sarebbe «oltreché descrittivo dell'assetto globale di interessi, anche in senso proprio qualificante» (PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, cit., 2).

nomina iuris adottati, per ridursi a puro nominalismo di mero valore classificatorio⁶⁶.

È invece rilevante cogliere il senso più profondo del discorso che si va svolgendo: l'idea che, al di là dello schema formale del tipo, il contratto è operazione economica⁶⁷.

L'operazione economica, quale schema strutturalmente unitario, è infatti espressiva anche sul piano nominalistico di un assetto globale di interessi e rappresenta uno strumento concettuale metodologicamente utile, sia per indicare ed indagare fattispecie sul piano strutturale particolarmente complesse; sia per scomporre il dato fenomenico e funzionale attraverso la considerazione dei suoi piani di rilevanza; sia per individuare, ed applicare, un piano di disciplina più articolato e più ricco di quello dettato dal singolo tipo legale⁶⁸.

L'operazione potrà così avere una struttura semplice, quando l'emersione degli interessi sottostanti, anche se non pienamente compresa nel tipo, sia da ricollegare ad un singolo atto, e non si renda necessaria un'indagine interpretativa ulteriore rispetto a quella che già emerge dal regolamento negoziale; ovvero una struttura complessa, quando l'operazione si componga di una pluralità, di un collegamento, di una dipendenza o di un gruppo di atti e di negozi.

In tal senso è opportuno l'impiego di tutti quegli strumenti che, per la loro stessa natura e per il valore con cui vengono adottati, siano in grado di riflettere il dato e di fornirne un adeguato e corretto inquadramento sistematico.

⁶⁶ Per un quadro esauriente degli sviluppi concettuali ed applicativi dell'idea del contratto come operazione economica, cfr., nella letteratura più recente, G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 179; A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, 97 ss.; AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 323 ss.; Id., *Frazionamento contrattuale e autonomia privata*, Torino, 2004, 149 ss.; per qualche applicazione concreta, cfr., MERUZZI, *L'exceptio doli*, Padova, 2005, 271.

Per una recente applicazione del concetto ad opera della giurisprudenza, Cass., 23 aprile 2005, n. 8565, *Rep. Foro it.*, 2005, «Opere pubbliche», n. 274; *Dir. giust.*, 2005, 83, con nota di ALESIO.

⁶⁷ E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 97 ss.

⁶⁸ PALERMO, in LUMINOSO e PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 123, rileva che l'importanza dei *nomina iuris* si è ridotta, poiché gli schemi che il codice civile ha recepito da una stratificata tradizione vengono oggi ad esprimere dei semplici «modelli di riferimento» utilizzabili per individuare la disciplina da imprimere al negozio «nella misura in cui lo specifico atteggiarsi degli interessi che concorrono a formarne il contenuto, ovvero la loro particolare combinazione, apprestino la stessa identità di materia, che il legislatore ha inteso regolamentare».

Occorre scomporre gli elementi dell'operazione per sottoporli al vaglio di un'indagine che ne individui, all'interno, i profili suscettibili di un'autonoma considerazione, svolgendone, al tempo stesso, i nessi e le relazioni con gli altri elementi con cui l'operazione stessa entra in contatto, per conferire ad ognuno l'esatto ambito di applicabilità e ridurli, infine, in una nuova e più completa unità formale.

Sempre diversa è infatti la sintesi dei vari elementi dell'operazione, poiché variano secondo il gioco ed i ritmi con cui le componenti dell'operazione si combinano ed articolano, scandendosi nel corso del processo formativo dell'operazione stessa.

La disciplina che in concreto viene affidata al regolamento non può cedere di fronte alle pure configurazioni astratte delle singole ipotesi, che non riescono, di per sé, a cogliere in pieno la qualificazione formale degli interessi in conflitto, dei quali forniscono, a volte, soltanto un'incompleta raffigurazione, poiché il rapporto che corre tra natura dell'affare e caratteri formali dell'operazione ha, spesso, soltanto valore relativo.

Tutto l'affare va valutato, invece, attraverso le sue componenti, in quanto sono esse che ne indicano i profili essenziali e consentono, attraverso una globale considerazione degli interessi contrapposti, di inserire l'operazione nella logica che guida l'ordinamento e che, sul piano normativo, si concretizza in un ben specifico atteggiamento della disciplina positiva.

In tale prospettiva, infatti, un'importante novità, che ha rappresentato una vera e propria conferma normativa della rilevanza dell'operazione economica quale unità logica e formale, è stata fornita dall'inserimento (operato con l'art. 25 l. 6 febbraio 1996, n. 52) nella disciplina generale dei contratti dell'art. 1469 *ter* (il cui contenuto è stato ora recepito nell'art. 34, 1° co., del Codice del consumo: d.lg. 6 settembre 2005, n. 206) secondo il quale la vessatorietà di una clausola è valutata, fra l'altro, «facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende».

La norma, nel segnare un superamento del tradizionale ambito delineato dai limiti dello schema e della funzione tipica, rappresenta un significativo momento di passaggio verso la considerazione normativa del contratto come operazione economica.

Nel precetto che, in termini di disciplina, assegna valore all'apprezzamento delle «circostanze» ed al nesso di collegamento o di dipendenza tra i vari segmenti dell'operazione economica, c'è dunque il riconoscimento dell'inegabile rilievo che, nell'ambiente che le è proprio, assume la causa in concreto (e quindi anche la forma di organizzazione degli interessi scelta in concreto dalle parti) nella valutazione dell'atto di autonomia privata.

Da ciò emerge sia il particolare significato che acquista la disciplina (e le forme) del collegamento negoziale, e l'autonomo rilievo che viene rivestito dal concetto di funzione concreta, sia la necessità di studiare l'autonomia privata sul piano costruttivo distaccandola dall'atto che pure ne costituisce la espressione più tipica.

La logica che ormai presiede le scelte dell'ordinamento sembra infatti essere quella diretta a favorire la dimensione del contratto come operazione economica.

La dottrina più attenta e sensibile, del resto, aveva già prefigurato il fenomeno indicando, per un verso, che «è lo stesso proiettarsi nel tempo dell'operazione economica che, impedendo l'identificazione della stessa con un singolo atto, rende necessaria una disciplina del collegamento fra i diversi atti (...) che concorrono a costituirlo»⁶⁹, e, per un altro, la necessaria rilevanza che nel sistema deve essere accordata alle «circostanze», le quali «senza entrare a far parte del negozio, in sé considerato, sono state tenute presenti dalle parti e che dunque attengono non già all'atto in sé, ma alla complessiva situazione di fatto in cui questo si inserisce»⁷⁰.

In tal modo l'analisi, enucleando gli elementi di cui ciascuna fattispecie si compone, è in grado di apprezzarne la ragione sostanziale, e di porne in evidenza – tenendo conto anche delle varianti di struttura – il rilievo formale, al fine di ricondurne le note essenziali ed i profili unitari in una costruzione dotata di ordine sistematico e restituire così, attraverso la sintesi, all'operazione la sua unità formale, al contratto la sua unità logica.

Parlare dunque di tipo contrattuale o di operazione economica è allora una mera questione terminologica, che può essere utile precisare unicamente per esprimere con una formula sintetica la realtà che si vuole descrivere.

6. La «tipizzazione» dell'operazione economica: dal «tipo di contratto» al «tipo di operazione economica».

I più recenti interventi legislativi in materia contrattuale si contraddistinguono per un impiego ampio della nozione di operazione economica, la quale, rispetto al passato, non costituisce più soltanto un criterio ermeneutico in grado di far emergere, e così dare rilevanza, oltre lo schema formale

⁶⁹ P. BARCELLONA, *op. cit.*, 290.

⁷⁰ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 78; PALERMO, *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, cit., 659 ss.

del contratto, all'operazione economica ad esso sottesa (come nel caso del collegamento negoziale), ma si manifesta anche in numerosi ulteriori profili normativi, per lo più diretti a soddisfare la fondamentale esigenza di ridurre l'asimmetria informativa (e, dunque, di intervenire sui conseguenti profili di disparità di potere contrattuale) che, nella prassi commerciale, separa l'impresa dal consumatore⁷¹.

L'operazione economica oggi assurge invece ad oggetto diretto della regolazione, prima ed anche a prescindere dal singolo contratto che nel suo ambito si colloca⁷².

Sotto tale profilo può parlarsi di «tipizzazione» dell'operazione economica⁷³.

In tal senso si può prospettare una duplicità di tecniche legislative con le quali tale tipizzazione è avvenuta: una «diretta»; l'altra «indiretta».

La prima è rinvenibile in quelle ipotesi in cui il legislatore esplicitamente ne afferma la rilevanza, come nel caso dell'art. 34, 1° co., del Codice

⁷¹ I contratti dei consumatori non costituiscono un tipo contrattuale autonomo, bensì una categoria (comprensiva di più tipi contrattuali) identificata anche sulla base delle qualità personali dei contraenti (professionista e consumatore) esclusivamente allo scopo di realizzare un controllo sostanziale sul contenuto del contratto (qualsiasi contratto, purché concluso tra un «professionista» e un «consumatore») affinché l'assetto di interessi risulti equo [cfr., E. GABRIELLI e A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, *Digesto*, sez. civ., Agg., Torino, 2000, 225 ss.; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 1152 ss.; Id., *Il consumatore e il professionista*, in E. GABRIELLI ed E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005, I, 5 ss.].

Per un atteggiamento cauto sul valore unificante della sola qualità di consumatore, al fine della creazione di una «categoria» dei contratti dei consumatori, cfr., fra i tanti, BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 28, secondo il quale «i “contratti dei consumatori” non costituiscono una categoria in relazione alla qualifica o allo status di consumatore: se si vuole parlare di categoria questa può essere collegata alla *specifica disciplina* relativa al modo in cui i contratti vengono conclusi, senza essere negoziati»; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 24 ss.

Sul connesso dibattito, secondo cui – in presenza di apposite discipline caratterizzate da una rilevanza attribuita al soggetto in termini economici – si sarebbe in presenza di una sorta di «recupero dello status sul contratto», cfr. anche G.B. FERRI, *La «cultura» del contratto e le strutture del mercato*, *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 849.

⁷² Il più delle volte, poi, le ragioni per cui il legislatore, superando lo schema formale del contratto, valuta e disciplina l'operazione economica si rinvengono nella necessità di tutelare il mercato in via indiretta, accordando cioè diretta protezione ad una categoria di soggetti, i consumatori, che si reputano «deboli» rispetto alle loro controparti contrattuali, i professionisti. Sul presupposto che il mercato necessiti di essere etero-regolato, il principio economico alla base di questi interventi è che l'efficienza del mercato non sia raggiungibile se gli scambi si realizzano tra soggetti con differente potere economico o informativo.

Sul punto cfr. ora CAPO, *op. cit.*, 24 ss.

⁷³ Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 105; sul punto cfr. ora adesivamente anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 10^a ed., Napoli, 2003, 802, secondo cui «il concetto di operazione economica è dunque oramai tipizzato».

del consumo, per il collegamento negoziale, ovvero per i contratti da cui dipende, ovvero per altre fattispecie che si avrà modo di indicare.

L'altra, «indiretta», si può riscontrare quando l'ordinamento non riconosce, affermandola espressamente, la rilevanza unitaria dell'operazione economica in positivo, ma ne segna il rilievo normativo mediante la tecnica – «indiretta» – del divieto del suo «frazionamento»⁷⁴.

In entrambe le ipotesi, in ogni caso, l'operazione economica, quale categoria ordinante, diviene, oltre che strumento di rappresentazione concettuale dell'unità dell'affare in regime di autonomia privata, anche *strumento di protezione del contraente debole*, e per suo tramite l'operazione diviene anche strumento di garanzia del corretto funzionamento del mercato concorrenziale⁷⁵.

Nella legislazione recente si assiste infatti alla realizzazione di una forma di tutela della parte contrattualmente debole che si realizza attraverso la tipizzazione di una serie di atti, momenti e vicende dell'operazione economica, che precedono, sono coevi o, talvolta, seguono la stipulazione del contratto.

Il fenomeno appena indicato riceve significative conferme normative dall'esame di alcune discipline di settore del diritto dei contratti, nelle quali il legislatore regola una figura che viene definita mediante una serie di indici ed elementi di natura oggettiva, che concorrono alla individuazione della prestazione che forma oggetto del contratto, di modo che, quando ricorrano tali requisiti, l'operazione – l'affare – viene disciplinata dalla specifica normativa prevista per quel tipo di operazione, a prescindere dal tipo legale al quale, di volta in volta, essa potrebbe essere ricondotta⁷⁶, ma facendo affidamento sul «tipo di prestazione» come avviene ad esempio nella disciplina della c.d. multiproprietà⁷⁷.

⁷⁴ Sul tema cfr. ora AZZARO, *Frazionamento contrattuale e autonomia privata*, cit., 149 ss.

⁷⁵ Talvolta la tutela della parte «debole» passa peraltro attraverso la considerazione unitaria di contratti fra loro tipologicamente diversi, con il precipuo scopo di evitare che l'indicazione analitica di singoli tipi di contratto cui debba applicarsi la disciplina possa consentire fenomeni elusivi della legislazione protettiva (il fenomeno descritto è sottolineato anche da DE NOVA, *Contratto: per una voce*, *Riv. dir. priv.*, 2000, 655 ss.); sul punto cfr. anche E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, *Rass. dir. civ.*, 2004, 1044.

⁷⁶ In argomento cfr., DE NOVA, *Contratto: per una voce*, cit., 658, per il quale con la definizione del contratto di multiproprietà di cui all'art. 1, 1° co., lett. a), del d.lg. 9 novembre 1998, n. 427 si è disciplinato «insieme il contratto ad effetti reali e ad effetti obbligatori, il contratto preliminare e il definitivo».

⁷⁷ Nello schema di tale operazione economica vengono in tal modo comprese ed aggregate fattispecie che, assumendo a livello di astrazione del processo di qualificazione la funzione (concreta) del tipo legale, verrebbero ricondotte in figure, analoghe ma diverse: così per la multiproprietà alberghiera, riconducibile al contratto di albergo; la multiproprietà aziona-

È interessante notare, peraltro, come il fenomeno di tipizzazione «per operazioni economiche» si manifesta, con le stesse modalità, anche attraverso una tecnica legislativa in un certo senso speculare ed inversa rispetto a quella descritta – che fa leva su un fenomeno di aggregazione, nell'unità formale del tipo di operazione, di fattispecie eterogenee riconducibili a diverse figure tipiche – poiché talvolta, mediante la disciplina di speciali figure contrattuali, si tende piuttosto ad operare una «scomposizione» del tipo legale in una pluralità di figure, dotate di un'autonoma e speciale disciplina⁷⁸.

L'analisi della legislazione speciale pone dunque in risalto come il legislatore venga non di rado a regolare unitariamente fattispecie formate da una pluralità di contratti, le quali non potrebbero trovare spiegazione e disciplina al di fuori di una loro ricostruzione nell'ambito dell'operazione economica complessivamente considerata⁷⁹.

Talvolta, peraltro, il legislatore prevede e distingue, rispetto al tipo di operazione economica, singole ed ulteriori fattispecie a struttura complessa, che anche in questo caso regola unitariamente in considerazione del globale assetto di interessi sottostante l'operazione economica.

Un evidente fenomeno di raggruppamento di contratti sulla base dell'operazione economica⁸⁰ si può riscontrare, ad esempio, in un'altra disci-

ria, sussumibile nel contratto di società; o la multiproprietà immobiliare, qualificabile sulla scorta del contratto di vendita o di locazione.

La sussunzione della fattispecie concreta nel «tipo di operazione» economica viene, invece, demandata, da una recente dottrina, a criteri di qualificazione diversi, di natura obiettiva, che descrivono, sia in positivo (mercè l'elencazione di una serie di elementi qualitativi e quantitativi), sia in negativo (attraverso il regime delle esclusioni), il *tipo di prestazione* che accomuna i diversi schemi legali tipici, aggiungendo quindi, alla loro disciplina, un nuovo e diverso apparato di regole che, siccome ispirato ad un peculiare assetto di interessi, acquista una propria autonomia formale (cfr. AZZARO, *I contratti non negoziati*, cit., 326).

⁷⁸ Cfr. AZZARO, *op. ult. cit.*, 323 ss., secondo il quale dalla legislazione speciale vengano ad essere specificamente regolate, sulla scorta dei criteri oggettivi descrittivi dello specifico tipo di prestazione, una pluralità di figure, tra loro diverse, tutte altrimenti estraibili dallo schema della vendita (si pensi ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, alla vendita a distanza, e ad altre fattispecie). Ne seguirebbe la formazione di una peculiare ed autonoma disciplina di tutela per ciascuna di tali operazioni economiche, che accanto alla disciplina del contratto – cui si aggiunge, integrandola, quella del tipo legale – prospetta la regolamentazione di una serie di momenti e vicende che travalicano il contratto in quanto tale, per confluire, e trovare la propria disciplina, nel più ampio concetto di operazione economica. In tal modo il tipo di operazione economica, se assume la propria valenza qualificante attraverso il tipo di prestazione da esso regolata, acquisterebbe, peraltro, una propria connotazione peculiare anche in ordine al profilo strutturale.

⁷⁹ Cfr. per alcune esemplificazioni AZZARO, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁰ Per l'indicazione del «processo di superamento del tipo verso il gruppo di contratti», cfr. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, cit., 655 ss.; per l'impiego della tecnica di definizione

plina di derivazione comunitaria a tutela di un contraente debole: quella sulla vendita di beni di consumo, dato che, secondo l'art. 128, 1° co., del Codice del consumo, essa trova applicazione ai contratti di vendita, a taluni contratti a questi ultimi «equiparati» (somministrazione, appalto, opera), nonché, più in generale, «a tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre»⁸¹.

L'individuazione e identificazione del tipo mediante il riferimento al concetto di operazione economica, come particolare momento di emersione della funzione negoziale indipendentemente dallo schema legale adottato, è rinvenibile anche nel d.lg. 24 maggio 2004, n. 170, di attuazione della direttiva sulle garanzie finanziarie, che introduce il concetto di «*contratto di garanzia finanziaria*», configurato come «il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie» (art. 1, lett. d)⁸².

Dalla considerazione del testo normativo risulta dunque che, ancora una volta, il legislatore comunitario, e di conseguenza quello nazionale, opera mediante una disciplina, non più per contratti, ma per attività, per operazioni economiche, e quindi, abbandonato lo schema del singolo atto, ha oramai sempre più riguardo al contratto inteso come operazione economica.

La lettura del sistema, su un piano generale di valutazione, conferma dunque che la logica che ormai presiede le scelte dell'ordinamento sembra essere quella diretta a favorire la dimensione del contratto come opera-

per gruppi di contratto, cfr. anche E. GABRIELLI e R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento*, in E. GABRIELLI e R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2004, I, 42.

⁸¹ Cfr. sul punto E. GABRIELLI, *Aliud pro alio e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, *Riv. dir. priv.*, 2003, 657 ss.; ID., *Aspettative del consumatore, tutela del mercato e adempimento nella vendita di beni di consumo*, *Giust. civ.*, 2005, II, 3 ss.

⁸² Ne emerge una definizione di ampia portata della fattispecie «garanzia finanziaria», poiché nel suo contesto, e quindi anche sul piano della disciplina applicabile, vanno ricondotti non solo le fattispecie tradizionalmente ascritte al modello reale di garanzia, ma «qualsiasi altro contratto di garanzia reale», dovendosi per tale intendere qualsiasi contratto che abbia per oggetto «attività finanziarie» (vale a dire strumenti finanziari e contante), il cui profilo funzionale, indipendentemente dal modello formale adottato, sia connotato da una causa di garanzia su «strumenti finanziari»; per più ampie considerazioni sul punto, cfr. E. GABRIELLI, *Il pegno*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2005, 77 ss.; ID., *Contratti di garanzia finanziaria, stabilità del mercato e procedure concorsuali*, *Riv. dir. priv.*, 2005, 513.

zione economica e a procedere, anche sul piano sistematico, dal tipo di contratto al tipo di operazione economica⁸³.

7. (Segue). *Mercato, dipendenza economica e dipendenza tra contratti.*

Ulteriore piano di rilevazione dell'unitaria categoria dell'operazione economica impiegata a tutela della parte debole, e quindi del mercato, viene offerto da talune norme relative alla disciplina di rapporti contrattuali nei quali una delle parti eserciti (o sia in grado di esercitare) un potere o posizione in modo «abusivo» in danno del contraente «debole»; là dove l'esigenza del mercato che entra in questi casi in gioco è anche quella di impedire che comportamenti anticoncorrenziali tra imprese, attuati tramite contratto, possano pregiudicare soggetti terzi, e segnatamente i consumatori finali di beni o servizi.

«L'abuso di dipendenza economica» si presenta, in tale veste, sia come fattore incidente nei rapporti contrattuali fra imprese, sia come elemento di relazione fra contratti distinti, uno dei quali sia un contratto del consumatore⁸⁴.

Al primo dei due paradigmi concettuali è riconducibile l'art. 9 della l. n. 192/1998 sulla sub-fornitura, che regola la «dipendenza economica» fra impresa committente e impresa sub-fornitrice, ove la dipendenza di quest'ultima dalla prima – individuata sulla base di criteri previsti dalla legge – conduca ad uno squilibrio contrattuale o ad altro svantaggio a carico dell'impresa subfornitrice⁸⁵.

Si tratta di un limite per il quale «assume rilievo la posizione dell'imprenditore nel mercato: il passero è libero nella gabbia delle aquile»⁸⁶.

È evidente la connessione che la norma pone fra piano di tutela della concorrenza e quello di tutela del contraente debole, creando a livello ap-

⁸³ E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 107 ss.; ID., *Tipo contrattuale*, cit., 11; nello stesso senso, cfr. ora anche AZZARO, *I contratti non negoziati*, cit., 323 ss.

⁸⁴ Cfr. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 164.

⁸⁵ È interessante notare come la norma – generalmente considerata applicabile a tutti i rapporti d'impresa – dopo la modifica introdotta dalla l. n. 57/2001, preveda la nullità del patto attraverso cui si realizza l'abuso di dipendenza economica, ed al contempo, con il nuovo co. 3 bis, che l'Autorità *Antitrust* possa sanzionare l'abuso di dipendenza economica – accertato ai sensi dell'art. 9, l. n. 192/1998 – «qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato».

⁸⁶ DE NOVA, *Contratto: per una voce*, cit., 640.

plicativo un momento di interazione fra le due discipline che sembra trovare riscontro in altre norme di recente introduzione⁸⁷. In tal modo il rapporto contrattuale, in cui si realizza l'abuso di dipendenza economica, viene valutato all'interno del più ampio processo economico, entro cui si colloca l'attività svolta dall'impresa.

Sempre alla disciplina dei rapporti tra imprese, ponendosi sul medesimo piano della prevenzione/repressione degli abusi di potere economico, è rivolto il recente d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231, sul ritardo nei pagamenti, il cui art. 7 prevede la nullità degli accordi sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento che siano gravemente iniqui per il creditore⁸⁸.

Al diverso piano di tutela del consumatore appartiene il disposto di quella norma (nell'art. 34, 1° co., del Codice del consumo) che segnala l'emersione, nel nostro ordinamento, di un concetto di «dipendenza economica», del quale deve pure chiarirsi la relazione con l'analogo istituto introdotto dalla l. n. 192/1998.

La dipendenza economica regolata dalla disciplina della sub-fornitura riguarda infatti il rapporto tra le imprese⁸⁹ e quindi predispone una forma di tutela del mercato e della concorrenza⁹⁰.

La «dipendenza» di cui all'art. 34, 1° co., del Codice del consumo riguarda una forma di tutela del contraente debole e conferma l'idea che l'unità formale dell'operazione economica consenta anche questa finalità; così che, indipendentemente dalla considerazione che si abbia della fattispecie, un dato normativo risulta comunque evidente alla riflessione dell'interprete: per

⁸⁷ Sul rapporto tra intese restrittive della concorrenza, vietate dalla legge, e contratti conclusi con i propri clienti dalle imprese partecipanti in conformità delle stesse (cc.dd. contratti a valle), cfr. ora, VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, Padova, 2005.

⁸⁸ Su cui cfr. G. DE NOVA - S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, *passim*; MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, *Contr.*, 2003, 623 ss.

⁸⁹ Nonostante alcuni tentativi dottrinari di elevare la subfornitura ad autonomo ed alternativo tipo contrattuale, l'ipotesi interpretativa più convincente è quella per cui il regime della subfornitura operi a livello trasversale, nel senso di incidere, per finalità di protezione di una parte presunta debole, su qualsiasi tipo di rapporto contrattuale sussumibile nella definizione legislativa di rapporto di subfornitura (in questi termini, IUDICA, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive (commento alla L. 18 giugno 1998, n. 192)*, *Contr.*, 1998, 412).

In una prospettiva che riconduce la subfornitura nell'ambito dell'unità dell'operazione economica, cfr. BERTI, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Milano, 2000, 72 ss., il quale tuttavia (*op. cit.*, 95 ss.) ritiene che la subfornitura dia luogo ad un nuovo tipo contrattuale.

⁹⁰ Sul punto cfr. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in AZZARO (a cura di), *Contratto e mercato*, Torino, 2004, 148.

qualificare come vessatoria una clausola non basta riferirsi alle altre clausole del contratto che la contiene, ma è necessario fare riferimento ad altro contratto collegato, ovvero al contratto dal quale esso eventualmente dipende, «deve cioè valutarsi non il contratto atomisticamente, ma la *totalità* dell'affare, cioè a dire l'*operazione* nella sua interezza»⁹¹.

8. (Segue). *La «tipizzazione indiretta»: divieto di frazionamento del contratto e unità dell'operazione economica.*

Un ulteriore, significativo, modello ricostruttivo attraverso cui emerge nell'ordinamento l'autonomia formale del concetto di operazione economica e la sua «tipizzazione indiretta» sembra rintracciabile in quel fenomeno, segnalato da talune norme speciali, definibile come «frazionamento» contrattuale, con il quale, quello che, per natura e circostanze, sarebbe o potrebbe essere un unico contratto, viene frazionato in una molteplicità di contratti aventi contenuto identico o eterogeneo, ma coincidente, nella sommatoria, con il contratto frazionato, al fine di eludere una determinata disciplina⁹².

Da qui il divieto, in funzione protettiva degli interessi dei contraenti deboli (e, in definitiva, del mercato), di frazionare la naturale unità dell'operazione economica, voluta e disciplinata dal legislatore in determinate fattispecie, la quale in tal senso opera anche come limite all'autonomia privata, a protezione del contraente debole e più in generale del mercato, nella misura in cui il legislatore sanziona con apposita disciplina la voluta «rottura» dell'originaria unità formale dell'operazione economica.

L'art. 144, 4° co., t.u. in materia bancaria e creditizia prevede, ad esempio, che vengano irrogate le sanzioni previste dalla norma a coloro che al fine di evitare l'applicazione alla fattispecie della disciplina di tutela – applicazione condizionata da parametri quantitativi previsti dalla legge – frazionino artificialmente il contratto in una pluralità di contratti che, singolarmente considerati, si collocano al di sotto della soglia di tutela⁹³.

⁹¹ BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 30; nello stesso senso cfr. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., 125, secondo cui «il giudizio di vessatorietà va effettuato con riguardo all'intera operazione economica».

⁹² Cfr. DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, *I contratti*, 1995, 106; sul tema cfr. ora AZZARO, *Frazionamento contrattuale e autonomia privata*, cit.

⁹³ In tema, cfr. DE NOVA, *op. loc. ult. cit.*, rileva, con riguardo alla norma, che «nelle direttive comunitarie troviamo di frequente soglie di applicazione fissate in termini quanti-

Nello stesso senso, per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 46 del Codice del consumo, dispone che la disciplina di tutela si applica anche «nel caso di più contratti stipulati contestualmente tra le medesime parti, qualora l'entità del corrispettivo globale, indipendentemente dall'importo dei singoli contratti, superi l'importo di 26 euro».

Appare evidente, in entrambi i casi, come il legislatore, per evitare l'elusione della disciplina di tutela del consumatore, o più in generale di una parte del contratto, sanzioni quei frazionamenti del contratto che è possibile accertare solo mediante una valutazione complessiva dei diversi contratti frazionati, e quindi ricostruendo l'operazione economica unitariamente considerata.

L'analisi dell'interprete deve dunque avere ad oggetto la valutazione complessiva dell'operazione economica posta in essere (o meglio «disgregata») con il frazionamento, per verificare se il frazionamento abbia una funzione elusiva del profilo qualitativo o del profilo quantitativo stabilito dalla disciplina di tutela, ponendo quindi in risalto per contrasto – proprio attraverso la scoperta dell'artificioso e fraudolento meccanismo di «scissione» della naturale unità dell'affare – il valore qualificante dell'operazione economica.

9. *Contratto, operazione economica e classificazione dei contratti.*

Dall'analisi della più recente legislazione sembra emergere, dunque, come il legislatore, anche al fine di perseguire i propri obiettivi di regolazione del mercato (e della concorrenza) mediante la disciplina del contratto, consideri e disciplini l'atto di autonomia non più e non soltanto secondo la prospettiva, circoscritta e formale, del contratto e del tipo contrattuale, bensì secondo quella, più ampia e comprensiva nonché sostanziale, dell'operazione economica. Con la conseguenza che, di fronte alla varietà e diversità dei contratti, dei raggruppamenti fra contratti, delle operazioni economiche concrete, una classificazione dei contratti, condotta secondo i tradizionali criteri ordinanti del tipo contrattuale, al giorno d'oggi non avrebbe più alcuna sicura utilità.

L'abbandono della classificazione dei contratti in ragione della considerazione del contratto come operazione economica produce inoltre nume-

tativi: la direttiva si applica se il contratto ha un valore non inferiore ad una certa somma. In tal caso, la direttiva suole prevedere la propria applicazione anche qualora le parti formulino il contratto frammentando le prestazioni in modo tale da scendere sotto la soglia prevista».

rosi vantaggi, poiché dal punto di vista della disciplina degli atti di autonomia, infatti, permette di concentrarsi sulla ragione concreta del singolo affare, sulla sua essenza, e dunque consente: di tenere conto della pluralità e diversità di interessi, individuali e collettivi, sottostanti l'atto di autonomia⁹⁴, indipendentemente dalla apparente riconducibilità dell'atto all'una o all'altra tipologia contrattuale; di dare risalto alle circostanze di fatto e di diritto che accompagnano lo svolgimento dell'affare, nonché delle caratteristiche soggettive dei contraenti e più in generale del contesto in cui l'affare si realizza; di attribuire rilevanza agli eventuali accadimenti che precedono o seguono la formale nascita dell'atto di autonomia, e dunque al rapporto tra le parti, o tra le parti e terzi, al di là dell'atto e del contratto.

Sotto il profilo sistematico e dogmatico, invece, l'indicata prospettiva chiarisce che il contratto non è soltanto la veste giuridica di un'operazione economica, classificabile ora secondo un criterio, ora secondo un altro, ma realtà economica esso stesso, come tale incidente sul sistema economico complessivo, sulla attività delle imprese, sul funzionamento del mercato, sul livello e sulla qualità del suo assetto concorrenziale.

In altra direzione, la considerazione del contratto come operazione economica pare utile a favorire l'armonizzazione europea del diritto dei contratti (per il quale qualunque classificazione dei contratti si rivelerebbe arbitraria), perché l'approccio funzionale che le è proprio consente di superare diversità apparenti tra fenomeni giuridici in realtà non diversi nella sostanza⁹⁵.

Se si osserva dunque la legislazione più recente sul contratto, trova ulteriore conferma l'idea che la nozione di operazione economica abbia un valore concettualmente ordinante e non già meramente descrittivo.

Il passaggio logico e sistematico dal contratto come atto al contratto come operazione economica consente anche di collegare disciplina del contratto e disciplina del mercato e della concorrenza.

⁹⁴ Cfr. PERLINGIERI, *op. cit.*, 227, per il quale «la diversità degli assetti di interesse e soprattutto il definitivo sganciamento dall'esclusiva, assorbente prospettiva del contratto di scambio contribuiscono a ricostruire il fenomeno contrattuale come plurimo, riconducibile ad una unità minima sempre più arricchita delle circostanze peculiari delle singole fattispecie»; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, cit., 98.

⁹⁵ Nella prospettiva di un diritto comune europeo dei contratti, ALPA, in AA.VV., *Il contratto in generale*, II, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2000, 449, segnala come nel processo di armonizzazione e di unificazione della disciplina del contratto «è la concezione del contratto come "veste giuridica" dell'operazione economica quella che accomuna i testi predisposti per il raggiungimento di una lingua comune, una autentica *koiné* terminologica, concettuale e normativa»).

L'operazione economica è infatti, a seconda dei casi, impiegata per dettare regole più coerenti con le condizioni in cui si svolge la negoziazione, con particolare attenzione alla simmetria (o meglio, all'asimmetria) di potere tra le parti, come avviene con la repressione delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore e nel divieto di abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura; per raggruppare più tipi contrattuali al fine di dettare una particolare disciplina di protezione del contraente «debole», come ad esempio nella disciplina della vendita di beni di consumo, o per unire più frazioni di un'unica operazione contrattuale al fine di combattere fattispecie elusive di discipline poste a protezione del contraente debole; per attribuire rilevanza a contratti che, pur collocandosi a monte della catena produttiva, producono effetti sui contratti del consumatore finale e dunque sui mercati finali di beni o servizi, com'è con riguardo alla figura dei «contratti da cui dipende» la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore.

Il quadro descritto, peraltro, dimostra che, pur in presenza delle nuove frontiere offerte dal diritto europeo dei contratti, la disciplina generale del contratto prevista nel nostro codice intrinsecamente contiene ancora ampie e rilevanti potenzialità per rinvenire, al suo interno, i principi e le regole sia per la disciplina del diritto comune degli atti di autonomia privata, sia per la disciplina dei rapporti tra contratto e mercato.

La nozione di operazione economica, quale unità logica e formale, conferma dunque, anche alla luce dei mutamenti introdotti dal diritto comune europeo dei contratti, il suo valore, sia sul piano dell'inquadramento sistematico e ricostruttivo degli atti di privata autonomia, sia su quello dell'individuazione della loro concreta disciplina.

Estratto

Estratto da un prodotto
in vendita su **ShopWKI**,
il negozio online di
Wolters Kluwer Italia

Vai alla scheda →

Wolters Kluwer opera nel mercato dell'editoria
professionale, del software, della formazione
e dei servizi con i marchi: IPSOA, CEDAM,
Altalex, UTET Giuridica, il fisco.

