

1322 Autonomia contrattuale

[1] Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative ⁽¹⁾

[2] Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

(1) Le disposizioni riguardanti le norme corporative sono state abrogate per *effetto* della soppressione dell'ordinamento corporativo, ai sensi del r.d.l. 9.8.1943 n. 72 I. Con d.lg.lgt. 23.11.1944 369 sono state mantenute in vigore, per il rapporto di lavoro collettivi ed individuali, salvo I successive modifiche, le norme contenute nei contratti collettivi, negli accordi economici e nelle sentenze della magistratura del lavoro.

SOMMARIO: I. L'autonomia privata – II. Libertà di determinazione del contenuto del contratto: nozione di "contenuto" - III. Libertà di creazione di schemi "atipici" - IV. I contratti innominati - V. I contratti misti - VI. Il giudizio di meritevolezza - **Casistica.**

I. L'autonomia privata

L'individuazione del significato dell'espressione **“autonomia privata”** ha da sempre rappresentato un problema di grande rilievo sul quale si è concentrata l'attenzione' della dottrina Secondo l'impostazione tradizionale, per autonomia deve intender si il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento ai singoli di autodisciplinare, cioè, di regolare da sé i propri interessi. Essa, dunque, è per un verso autodisciplina, autoregolamentazione, autodeterminazione, per l'altro espressione di libertà e di "potere della volontà", non soltanto dei privati, ma di tutti i soggetti giuridici, siano essi privati o pubblici. L'espressione "potere della volontà" induce a chiedersi se sia possibile, ancora oggi, continuare ad attribuire alla volontà il: ruolo determinante che, in epoca di accentuato individualismo, le veniva affidato quale elemento qualificante dell'atto di autonomia. Le trasformazioni della realtà economico-sociale, alle quali si accompagna la naturale evoluzione del diritto, ci suggeriscono invero nuove riflessioni, occorrendo superare l'assenta coincidenza tra il riconoscimento del potere di darsi regole e l'intangibilità della sfera di libertà e volontà dei singoli. Fondamento dell'autonomia non è tanto la manifestazione': di volontà e di libertà, quanto il potere dei privati di creare regole oggettive di condotta o, per meglio dire, vere e proprie norme giuridiche. In tal modo, l'autonomia privata va annoverata tra le fonti del diritto in coerenza con l'innegabile dimensione pluralistica delle fonti dell'ordinamento [PERLINGIERI (15), 289 Ss.].

2 Importante questione è quella della **rilevanza costituzionale dell'autonomia** e dei limiti ad essa imposti dalla Corte. La nozione di autonomia è connessa a quella di iniziativa privata, rinvenendosi il fondamento della prima nell'art. 41 Cost. Ciò che caratterizza gli atti e le attività dei privati è "l'iniziativa", il potere di impulso [PERLINGIERI (15), 322 ss.]. Si riscontra la tendenza ad escludere una tutela costituzionale immediata e diretta dell'autonomia e ad ammettere una tutela indiretta, trattandosi di una manifestazione dell'iniziativa economica [in questo senso anche la giurisprudenza: C Cost. n. 2 1.3.1969 n. 37, *FI* 1969, I, 788]. Quanto ai limiti, il problema va affrontato alla stregua dell'accertamento della conformità dell'atto di autonomia ai principi generali dell'ordinamento. Diversi orientamenti affermano invece il fondamento costituzionale dell'autonomia privata e constatano la difficoltà a ridurre la stessa nell'ambito della libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. Gli atti di autonomia, infatti, hanno fondamenti costituzionali diversificati in base ai valori ed agli interessi da tutelare (si pensi agli atti essenziali, di famiglia, di lavoro). Detti fondamenti non si risolvono in formule meramente programmatiche, ma si caratterizzano per la loro natura di norme precettive direttamente applicabili nei rapporti intersoggettivi [PEwr;IFu (15) 326; CASTRONOVO (5), 29].

II. Libertà di determinazione del contenuto del contratto: nozione di “contenuto”

3 L'autonomia delle parti si manifesta, in primo luogo, nel potere di “liberamente 3 determinare il **contenuto del contratto**". Questa è la più ampia espressione dell'autonomia privata la quale può esplicarsi in molteplici forme: in termini di libertà di decidere se addivenire o meno alla conclusione del contratto; di scegliere la persona del contraente; di creare nuovi tipi contrattuali, cioè, di realizzare schemi contrattuali non rientranti nei tipi previsti dal legislatore; di determinare la forma dei futuri contratti con la possibilità di dar luogo a forme concordate o pattizie. La libertà di determinazione del contenuto del contratto incontra il limite delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume. Per cogliere il valore del riconoscimento di tale libertà occorre individuare la nozione di “contenuto”, riguardo al quale si è voluto distinguere l'aspetto formale, da quello sostanziale, laddove, nel primo senso, esso indica il testo del contratto, nel secondo, l'insieme delle disposizioni contrattuali, cioè, tutto ciò che le parti stabiliscono, per regolare i propri interessi. Non valgono a caratterizzare il contenuto del contratto tutte quelle parti dell'atto autoregolamentare che risultano prive di un vero e proprio valore dispositivo, come non basta determinare il contenuto del contratto secondo una sua visione di insieme, dato che esso si articola in diverse parti, ciascuna dotata di una propria valenza contenutistica.

4 Il discorso sul contenuto si intreccia con quello della integrazione del contratto: le norme sull'integrazione, cioè, implicano una riflessione sul fatto che il contenuto del contratto contiene, oltre alle clausole frutto della determinazione delle parti, tutte quelle clausole che sono imposte da fonti eteronome. Secondo altri [BIANCA C.M. (I), 312] il contenuto del contratto è soltanto quello derivante dalla determinazione e dal potere dispositivo delle parti. Usi, equità, legge, buona fede atterrebbero solo al momento dello svolgimento del contratto, riguarderebbero, cioè, il solo rapporto.

5 Dinanzi all'identificazione del contenuto in senso sostanziale del contratto con l'oggetto, sembra preferibile **distinguere** le nozioni di **contenuto** ed **oggetto**. Il contenuto è l'insieme delle pattuizioni. In esso occorre discernere l'oggetto dalla causa. Nel contenuto, cioè, sono sintetizzati tanto il profilo statico dell'oggetto, quanto quello dinamico della causa [PERLINGIERI (16), 385].

III. Libertà di creazione di schemi "atipici"

6 In materia contrattuale, l'autonomia dei privati è garantita anche nel senso che essi possono concludere contratti che non appartengono ai tipi legali. Il tipo legale è la disciplina che regola, in una con le disposizioni sul contratto in generale, una operazione economica ricorrente nella pratica commerciale, definendo lo schema astratto dell'operazione che il legislatore dettagliatamente va a normare. Così, ad esempio, il tipo contrattuale intitolato "vendita" è definito come "il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo". Ciò posto, non deve e non identificarsi il **tipo con la causa del contratto**. Quest'ultima va ravvisata avuto riguardo ai concreti interessi realizzati attraverso una determinata, concreta operazione economica. Il tipo negoziale (legale e non) ha riguardo ed emerge dall'analisi dello schema astratto di operazione realizzato dalle parti; la causa per contro, deve indagarsi attraverso la disamina dei concreti risvolti della singola operazione realizzata, vista nella sua complessità, ivi compresi gli aspetti soggettivi ed oggettivi che sfuggirebbero ad una analisi condotta per schemi o categorie astratte. Non può dunque sostenersi, come avveniva in passato, che la causa del contratto vada identificata con la funzione economico-sociale assolta dallo stesso, determinandosi in tal modo una inutile (si pensi all'impossibilità di predicare l'illiceità della causa del contratto legalmente tipico) quanto dannosa sovrapposizione concettuale di tipo e causa, la quale ultima, risolvendosi per l'appunto nel tipo, abdicerebbe, principalmente in relazione a contratti specificatamente disciplinati dal legislatore, al proprio, ruolo di strumento di controllo, anche *ex post*, sull'autonomia privata da parte dell'ordinamento [FERRI G.B (10), 249].

7 La libertà dei privati può esplicarsi, dunque, attraverso l'utilizzazione, non soltanto degli schemi contrattuali previsti e ammessi dalla legge, bensì anche di **contratti che non abbiano una peculiare disciplina**. Può accadere infatti che le parti, in presenza di situazioni ed esigenze particolari, decidano di disciplinare i propri interessi attraverso contratti che non trovano riscontro in schemi normativi preordinati. Ne deriva, dunque, che l'autonomia privata si esplica anche attraverso contratti atipici, la cui disciplina ed il cui trattamento giuridico vanno individuati alla stregua della peculiare struttura e funzione ad essi proprie.

8 Molti schemi contrattuali, anche se non disciplinati dalla legge, appaiono oggi notevolmente diffusi ed applicati. Essi, anzi, posseggono nell'ambito delle relazioni economiche, un proprio *nomen* che dimostra come siano in grado di presentare un certo profilo di tipicità, pur se semplicemente **sociale, cioè, rilevante sul piano della pratica commerciale**. Con riferimento al *nomen va detto* che è pacifico in giurisprudenza che la configurazione giuridica di un contratto, come tipico o atipico, non dipende dal *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto stesso, bensì dalla oggettiva sostanza di questo e dalle finalità che le parti si propongono di perseguire [ad esempio, nonostante la denominazione utilizzata dalle parti, non costituisce fideiussione, ma garanzia atipica la polizza prestata in favore dell'obbligazione che grava sull'appaltatore, atteso che l'insostituibilità della prestazione che spetta all'appaltatore fa venire meno solidarietà dell'obbligazione da parte del garante: ne consegue che il creditore può ottenere dal garante soltanto un indennizzo o un risarcimento, vale a dir una prestazione diversa da quella cui originariamente aveva diritto, C 31.1.2008 n. 2377, *DeG 2008*; C 17.11.1965 n. 2387, *GC 1966, I, 1147*; C 9.7.1966 n. 1807, *GC 1966, 2811*].

IV. I contratti innominati

9 Con l'espansione delle relazioni economiche, molti tipi regolati dal legislatore del 1942 sono diventati sempre più inadeguati dinanzi all'emersione di nuove istanze. All'accresciuta complessità delle operazioni economiche si accompagna necessariamente pertanto un'adeguata varietà delle esperienze negoziali. In giurisprudenza si sono indicati i criteri in base ai quali individuare un **contratto innominato e si è affermato** [C 7.11.1969 n. 3645] che l'elemento discrezionale non consiste nella mera difformità di uno degli elementi che, secondo lo schema legale di un contratto tipico ne costituisce una componente strutturale costante, ma nell'estraneità al tipo normativo dell'intero rapporto che trae le proprie ragioni d'essere appunto dall'adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici. Nei contratti atipici non è impedito alle parti di improntare taluni accordi su istituti tipizzati dalla legge, pur senza recepirne

integralmente la normativa, sempre che si tratti di situazioni disponibili. Così, anche quando la giurisprudenza giunge, faticosamente, alla individuazione di un contratto chiaramente atipico, si può osservare che esso non è mai qualcosa di avulso dal sistema [GAZZONI (I), 7691].

10 Nell'ambito dei contratti innominati si inseriscono, sempre più numerose, figure contrattuali provenienti da **esperienze economico--giuridiche straniere**. Si **pensi**, infatti, *al leasing, al factoring, all'engineering, al franchising* [alcuni significativi spunti in DE NOVA (9), 1; CARNEVALI (3), 299]. La giurisprudenza si è pronunciata su queste figure derivanti dalla pratica internazionale, soprattutto dagli anni '70 in poi [C App. Milano 19.12.1975, *GI* 1976, I, 2; C 28.10.1983 n. 6390, *FI* 1983, I, 2997].

V. I contratti misti

11 La libertà delle parti di determinare il contenuto contrattuale può manifestarsi non soltanto attraverso la creazione di contratti diversi da quelli legalmente tipici, ma anche tramite la conclusione di contratti la cui causa sia la combinazione o la fusione di più schemi tipizzati. Si ha in questa ipotesi la figura del **contratto misto** [MOSCARINI (14), 447; CATAUDELLA (6), 88; *contra* BISCONTINI (2), 179]. La tendenza a ricostruire il contratto misto come quello in cui concorrono gli elementi di più negozi tipici, che si fondono in un'unica causa, è rinvenibile anche in giurisprudenza [C 21.12.1971 n. 3701; C 21.12.1999 n. 14372; C 22.6.2005 n. 133991].

12 La giurisprudenza ha distinto la figura dei contratti misti da quella dei **contratti complessi** e dei **contratti collegati** [C 5.8.1977 n. 3545]. Nei contratti complessi, alla pluralità di elementi giustapposti nel contenuto precettivo fa riscontro l'unicità della causa frutto della fusione di più tipi contrattuali assunti nella loro interezza (ad esempio appalto e promessa di vendita); negli altri, si deve cogliere una relazione funzionale tra schemi differenti che pone in relazione ed influenza i rapporti giuridici nascenti dai singoli contratti, i quali sono e restano tipo logica men te e causalmente autonomi e distinti [Il collegamento negoziale non dà luogo, pertanto, a un nuovo ed autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzata non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma (pur in presenza di vincolo di reciproca dipendenza), anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi, C 10.7.2008 n. 18884, *GCM* 2008, f. 7-8].

13 Questione discussa è quella relativa alla disciplina da applicare ai contratti misti.' Se in dottrina si registrano ancora divergenze, in giurisprudenza sembra affermarsi il principio dell'assorbimento, secondo cui la disciplina del contratto sarebbe quella del tipo prevalente, senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto a cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente (C s.u. 12.5.2008 n. 11656, *GCM* 2008, f. 5; C 18.3.1971 n. 789; C 29.1.1971 n.275; C 1.10.1981 n.5192; C 26.4.1984 n.2626, *GI* 1985, I, 1; C 8.2.2006 n.2642].

VI. Il giudizio di meritevolezza

14 Il giudizio di meritevolezza, cui si riferisce la norma in commento, ha una portata diversa dal giudizio di liceità che tende a stabilire se gli accordi tra le parti siano conformi o meno a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume [PERLINGIERI (15), 346]. Il giudizio di meritevolezza attiene al profilo dell'accertamento' della idoneità dell'atto a realizzare interessi protetti dall'ordinamento ai suoi più elevati livelli normativi. Occorre interpretare l'articolo in esame alla luce dei principi fondamentali di cui agli artt. 2, 3 e 41 Cost. Poiché il giudizio di meritevolezza svolge siffatta funzione, è necessario che esso sia compiuto con riferimento a qualsiasi contratto, escludendo la frequente limitazione di esso ai contratti atipici [PERLINGIERI (15), 369; PERLINGIERI (16), 348 e 445; per una singolare indagine, compiuta ai sensi dell'art. 1322 c.c., con riferimento al contratto di comodato, si cfr. C 12.3.2008 n. 6678, *GCM* 2008, f. 3, che ha ritenuto non riconducibile né al modello legale del comodato a termine (art. 1809 c.c.), né a quello del comodato senza limitazione di tempo (art. 1810 c.c.), il contratto di comodato immobiliare con il quale le parti abbiano previsto che la restituzione del bene da parte del comodatario debba avvenire nel caso che il comodante ne abbia necessità. In tale ipotesi, infatti, il comodato è da intendere convenuto senza determinazione di tempo (salvo quello che *ex lege* può discendere dall'applicazione dell'art. 1811 c.c. e che un termine derivi in relazione all'uso pattuito), ma, ai sensi dell'art. 1322 c.c., con il patto che il potere di richiederla restituzione possa esercitarsi solo in presenza di una necessità di utilizzazione dell'immobile - nel senso di un bisogno di riavere la cosa per goderne in uno dei modi consentiti dal proprio titolo - che sia incompatibile con il protrarsi del godimento del comodatario e che deve essere prospettata nel negozio di recesso dal comodante e, in caso di contestazione, dimostrata].

VII. Casistica

15 La casistica dei contratti atipici è potenzialmente infinita. Il settore della proprietà edilizia è quello nel quale si sono registrate le più significative manifestazioni dell'autonomia dei privati creativa di schemi nuovi. Si pensi al contratto avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un'area in cambio di un fabbricato da costruire: esso può integrare sia un contratto di permuta di un bene esistente con un bene futuro, sia un contratto misto con elementi della vendita e dell'appalto [C 5.8.1995 n. 8630]. Non meno rilevanti gli accordi con i quali si trasferiscono, dietro corrispettivo, le quote di cubatura disponibili [C 22.2.1996 n. 1352, *FI* 1996, I, 1698]. L'incremento del turismo, poi, ha notevolmente influito sulla prassi contrattuale, determinando la nascita del c.d. contratto di viaggio turistico, figura assorbita nello schema tipico del trasporto, nonché incrementando l'impiego dei contratti di albergo e di *residence* [C 8.2.2006 n. 2642]. Il crescente potenziamento dei sistemi pubblicitari ha, poi, determinato l'affermarsi del c.d. contratto di sponsorizzazione (T Rieti 19.3.1994, *GI* 1994, I, 2, 983; C 28.3.2006 n. 7083; C 29.5.2006 n. 12801). Uno dei più frequenti casi dinanzi al quale la giurisprudenza si è trovata a pronunciarsi è quello del godimento dell'immobile concesso in corrispettivo di prestazioni di lavoro, caso questo nel quale si è identificato un contratto atipico diverso tanto dalla locazione, quanto dal contratto di lavoro (contratto di portierato). Vastissimo, poi, è il contributo giurisprudenziale su tutte le altre figure contrattuali emerse, già molti anni or sono, nella pratica: contratto di informazioni commerciali [C 4.6.1962 n. 1342, *GI* 1962, I, I, 958]; contratto di procacciamento d'affari [C 7.12.1968 n. 3932, *FI* 1969, I, 1938]; contratto di ingaggio [C 5.11.1966 n. 2728, *GI* 1967, I, 1, 790]; contratto di stampa [C 13.5.1969 n. 1632, *GI* 1969, I, 1, 2007]; contratto di parcheggio [C 27.7.1965 n. 1768, *GI* 1966, I, 1, 415, v. anche C 20.12.2005 n. 28232] e di parcheggio meccanizzato [C 26.2.2004 n. 3863]; contratto di *ski-pass* [C 6.2.2007 n. 2563], il contratto di *leasing* operativo e finanziario [C 20.7.2007 n. 16158, *GCM* 2007, f. 7-8; C 16.11.2007 n. 23794, *GD* 2007, 48, 65; C 27.6.2006 n. 17145] anche nella sua variante del *sale and lease back* [C 21.1.2005 n. 1273], il *franchising* [C 20.6.2000 n. 8376] ed il *merchandising* [C 8.4.2004 n. 6896], il trasferimento del *know how*, il *factoring* [C 8.2.2007 n. 2746], il contratto di ormeggio [C 6.4.2004 n. 6756; C 1.6.2004 n. 10484], il *performance bond* [C 17.5.2001 n. 6757], i patti parasociali [C 5.3.2008 n. 5963, *GCM* 2008, f. 3; C 23.11.2001 n. 14865], il mutuo di scopo [C 3.12.2007 n. 25180, *GCM* 2007, f. 12; C 9.5.2007 n. 10569, *GCM* 2007, f. 5], l'assicurazione fideiussoria [che è un contratto atipico risultante dalla commistione di elementi della fideiussione e del deposito cauzionale, alla quale sono applicabili le norme sulla fideiussione se non espressamente derogate dalle parti, C 27.6.2007 n. 14853, *GCM* 2007, f. 6], contratto autonomo di garanzia (C 21.5.2008 n.

13078, GCM 2008, f. 5; C 24.4.2008 n. 10652, DeG 2008).

Bibliografia: (1) BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto, III*, Milano 1987; (2) BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione del contratto. Il problema della donazione mista*, Napoli 1984; (3) CARNEVALI, *I problemi giuridici del factoring*, RDC 1978, I, 299; (4) CARRESI, *Il contenuto del contratto*, RDC 1963, I, 365; (5) CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, EDP 2005, 29; (6) CATAUDELLA, *Sul Contenuto del contratto*, Milano 1966; (7) ID., *La donazione mista*, Milano 1970; (8) CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli 2000; (9) DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Milano 1982; (10) FERRI G.B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966; (11) GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1994; (12) GORLA, *Il contenuto del contratto*, Jus 1953, 290; (13) IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, NsDI, XI, Torino, 1965, 799; (14) MOSCARINI, *Il contratto misto*, Scritti Santoro-Passarelli, Napoli 1972; (15) PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli 2006; (16) ID., *Manuale di diritto civile*, Napoli 2007; (17) RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli 1997.