GIUSTIZIA CIVILE

ISSN 0017-0631

RIVISTA MENSILE DI GIURISPRUDENZA

Vol. LV - Dicembre 2005 12

DIRETTA DA

ANTONIO LA TORRE

VICE DIRETTORI

STEFANO EVANGELISTA - PAOLO STELLA RICHTER

Si segnalano all'attenzione del lettore

C. giust. CE 13 ottobre 2005 in causa C-522/03
sulla regolarità della notifica di un atto di citazione al convenuto contumace secondo la Convenzione giudiziaria di Bruxelles 2885

C. cost. 14 ottobre 2005 n. 385
sull'incostituzionalità delle norme in materia di tutela della maternità nella parte in cui non prevedono che spetta al padre, in alternativa alla madre, l'indennità di maternità 2912

Cass. 15 settembre 2005 n. 18242
sulla compatibilità dell'eccezione di prescrizione presuntiva con la subordinata contestazione del rango privilegiato del credito 2939

Cass. 23 giugno 2005 n. 13487
sull'inapplicabilità dell'art. 590 c.c. (conferma o esecuzione da parte degli eredi) al testamento olografo non sottoscritto dal de cuius 2950

Cass., sez. un., 21 giugno 2005 n. 13294
sulla garanzia per i vizi della cosa venduta e sugli effetti conseguenti all'impegno assunto dal venditore a eliminare i vizi medesimi 2955

Cass. 17 giugno 2005 n. 13077
sulla base imponibile, ai fini dell'ICI, degli immobili non iscritti in catasto appartenenti a imprese e distintamente contabilizzati 2965

Cass. 2 maggio 2005 n. 9069
sull'inderogabilità dell'onere di deposito degli atti in cancelleria durante i giorni e le ore di apertura dell'ufficio al pubblico secondo il calendario giudiziario 2971

MVLTA PAVCIS AG

DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

INDICE DEL FASCICOLO 12

NOTE A SENTENZA

MARIKA MIGLIORANZA - *Libera circolazione, diritto a prestazioni sociali dei cittadini europei e diritto derivato di soggiorno dei cittadini dei Paesi terzi* - nota a C. giust. CE 7 settembre 2004 in causa C-456/02 ..... I, 2897

IONE FERRANTI - *Prime impressioni sulle implicazioni sul piano della teoria generale del diritto e le conseguenze sul piano processuale della riconciliazione fra diritto ed equità operata dalla Corte costituzionale* - nota a C. cost. 6 luglio 2004 n. 206 ..... I, 2922

MAURIZIO ORLANDI - *La Corte di cassazione in affanno nel determinare le corrette modalità di calcolo di pensioni in regime di pro rata* - nota a Cass. 1° dicembre 2004 n. 22558 e Cass. 10 giugno 2004 n. 11068 ..... I, 2982

NUNZIO IZZO - *Locazione per una durata superiore a quella minima legale e rinnovazione obbligatoria* - nota a Cass. 24 novembre 2004 n. 22129 ..... I, 2997

MARIAFRANCESCA COCUCCIO - *Responsabilità dell'organizzatore di viaggio per ritardo o inadempimento del vettore aereo* - nota a Cass. 27 ottobre 2004 n. 20787 ..... I, 3005

GIUSEPPE MICARI - *Attività non provvedimentale della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione* - nota a Cass., sez. un., 24 settembre 2004 n. 19200 ..... I, 3022

ROBERTA METAFORA - *Note minime in tema di ricorso incidentale condizionato e di ricusazione degli arbitri* - nota a Cass. 28 agosto 2004 n. 17192 ..... I, 3054

ROBERTO TRIOLA - *Difetto di trascrizione e rilevabilità di ufficio* - nota a Cass. 23 luglio 2004 n. 13824 ..... I, 3072

NUNZIO IZZO - *Sulla proprietà delle cose comuni nel condominio edilizio* - osservazione a Cass. 16 luglio 2004 n. 13279 ..... I, 3083

SIMONE CAMELI - *Principio di chiarezza e nullità del bilancio: conferme della Cassazione e spunti alla luce della riforma societaria* - nota a Cass. 29 aprile 2004 n. 8204 ..... I, 3116

LUIGI A. SCARANO - *Problematiche e casistica in tema di responsabilità per esercizio di attività pericolose* - osservazione a Cass. 26 aprile 2004 n. 7916. I, 3123

ELISA SEVERINI - *La girata di titoli di credito a mezzo di rappresentante* - nota a Cass. 23 aprile 2004 n. 7761 e Cass. 30 marzo 2004 n. 6282 ..... I, 3137

GIUSEPPE CASSANO - MASSIMILIANO NISATI - *Ancora sulla disputa tra aspetto negoziale o giurisdizionale dell'arbitrato* - nota a Cass. 20 febbraio 2004 n. 3383 ..... I, 3146

SAVERIO TOFFOLI - *Presupposti di ammissibilità, nel giudizio di cassazione, di un ricorso incidentale del ricorrente in via principale* - nota a Cass. 28 gennaio 2004 n. 1616 ..... I, 3157

FRANCESCA SEBASTIO - *In tema di contraffazione del brevetto e concorrenza sleale* - osservazione a Cass. 13 gennaio 2004 n. 257 ..... I, 3163

FEDERICO UNGARETTI DELL'IMMAGINE - *La tutela d'urgenza fra art. 28 l. n. 300 del 1970 e art. 700 c.p.c.* - nota a Trib. Roma, sez. lav., 18 giugno 2004 ..... I, 3169

SILVIA PICCININI - *Giusta risposta a una richiesta di soluzione impropria di un grave problema* - nota a Trib. Campobasso, ord. 26 aprile 2004 ..... I, 3175

LUCA MARIA PETRONE - *I particolari confini di applicazione della normativa sull'amministratore di sostegno: a proposito di un recente e doloroso caso* - nota a Trib. Campobasso, ord. 26 aprile 2004 ..... I, 3182

OSSERVATORIO

ROBERTO MONTINARO - *Contratto innominato nella dottrina italiana della seconda metà del secolo XIX e nel pensiero di Giuseppe Messina* ..... II, 497

MARIA BARELA - *Il contratto innominato nella dottrina sistematica* ..... II, 517

ANTONIO LA TORRE - *Il « pegno » nell'« impegno » di un giurista « impegnato ».* II, 539

Segnalazioni librarie ..... II, 549

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

CORTE DI GIUSTIZIA CE

2004

7 settembre 2004, in causa C-456/02, *2891*

2005

Sez. I, 13 ottobre 2005, in causa C-522/03, *2885*

CORTE COSTITUZIONALE

2004

6 luglio 2004, n. 206, *2921*
14 dicembre 2004, n. 380, *3190*
15 dicembre 2004, n. 388, *3190*
17 dicembre 2004, n. 390, *3189*

2005

31 maggio 2005, n. 215, (ord.), *2915*
14 ottobre 2005, n. 385, *2912*
14 ottobre 2005, n. 389, (ord.), *2906*

CORTE DI CASSAZIONE

2004

Sez. I, 13 gennaio 2004, n. 257, *3161*
Sez. lav., 28 gennaio 2004, n. 1616, *3155*
Sez. III, 6 febbraio 2004, n. 2288, *3151*
Sez. I, 20 febbraio 2004, n. 3383, *3143*
Sez. I, 30 marzo 2004, n. 6282, *3131*
Sez. II, 6 aprile 2004, n. 6739, *3013*
Sez. I, 23 aprile 2004, n. 7761, *3131*
Sez. III, 26 aprile 2004, n. 7916, *3120*
Sez. I, 29 aprile 2004, n. 8204, *3111*
Sez. lav., 3 giugno 2004, n. 10605, *3194*
Sez. II, 10 giugno 2004, n. 10994, *3012*
Sez. lav., 10 giugno 2004, n. 11068, *2975*
Sez. III, 22 giugno 2004, n. 11600, *3106*
Sez. III, 22 giugno 2004, n. 11608, *3103*
Sez. I, 1° luglio 2004, n. 12031, *3098*
Sez. lav., 1° luglio 2004, n. 12089, *3092*
Sez. lav., 5 luglio 2004, n. 12236, *3194*
Sez. III, 13 luglio 2004, n. 12905, *3090*
Sez. I, 16 luglio 2004, n. 13178, *3085*
Sez. II, 16 luglio 2004, n. 13279, *3080*
Sez. III, 19 luglio 2004, n. 13346, *3074*
Sez. I, 23 luglio 2004, n. 13824, *3071*

[5952/1020]

IL CONTRATTO INNOMINATO NELLA DOTTRINA SISTEMATICA (*)

SOMMARIO: Introduzione. — 1. Dal diritto romano classico al diritto moderno. — 2. Il concetto di συναλλαγμα nel diritto bizantino e le origini del contratto innominato. — 3. Il contratto come figura generale fondata sul « consenso » e la distinzione posta nell'art. 1103 c.c. — 4. Contratti innominati e autonomia privata. Il concetto di causa del contratto. — 5. Le categorie del contratto innominato e del contratto misto. — 6. Il procedimento di qualificazione dei contratti: la causa come criterio distintivo. — 7. La disciplina applicabile ai contratti innominati e ai contratti misti: l'applicazione analogica, la teoria tradizionale dell'assorbimento e la nuova teoria della combinazione.

Introduzione. — Sullo scorcio del secolo XIX si apre una stagione particolarmente feconda della dottrina civilistica, caratterizzata dalla ricerca profonda ed assidua dei giuristi italiani, impegnati nell'elaborazione delle categorie generali e nella costruzione del « sistema » del diritto civile, sull'impulso proveniente dall'esperienza giuridica tedesca.

Dal metodo esegetico, la cui nota dominante consiste nell'aderenza al testo della norma sia sotto il profilo della tecnica interpretativa che della tecnica espositiva, si passa al metodo sistematico, che, utilizzando gli strumenti dell'astrazione e della comparazione, conduce alla formulazione delle teorie generali (1).

La scuola sistematica, i cui principi informatori sono dichiaratamente in antitesi con quelli della scuola esegetica, si giova tuttavia dell'esperienza del passato, traendo dagli studi frammentari ed analitici dei primi commentatori del codice civile ottocentesco il supporto necessario per volgere alla sintesi ed alla deduzione dei concetti logici supremi, suscettibili di infinite applicazioni.

Il passaggio dalla prima alla seconda fase della letteratura civilistica sotto il vigore del codice civile del 1865, lungi dal costituire un processo graduale, comporta una frattura tra le due epoche: la generazione dei giuristi che vede l'alba del XX secolo, infatti, critica aspramente l'ideologia e il metodo esegetici, proponendo

---

(*) Questo saggio è stato predisposto per un ciclo di seminari su « I nuovi contratti »: seminari collegati al corso di diritto civile tenuto dal professor Natalino Irti nella facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma « La Sapienza » nell'anno accademico 2000-2001.

(1) Il passaggio dal metodo esegetico al metodo sistematico viene idealmente fissato dagli studiosi nel 1881, anno in cui viene pubblicato il saggio di GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia. Considerazioni*, in *Filangieri*, 1881, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma 1947, nel quale si discutono i caratteri della ricerca scientifica in Italia e si auspica l'adozione del metodo sistematico. Sul problema del metodo nelle varie fasi della dottrina italiana, cfr. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 1982; ID., *La cultura del diritto civile*, Torino 1990; v. anche MARINELLI, *Le regole del giuoco. Introduzione storica al diritto civile in Francia*, L'Aquila 2000. Sui caratteri della scuola sistematica in particolare, cfr. BISIGHINI, D'ALESSANDRO, *L'interpretazione del contratto nella scuola sistematica*, in *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana* a cura di IRTI, Padova 2000, 53 ss. Per un'analisi del metodo sistematico offerta da illustri artefici e rappresentanti della scuola medesima, cfr. FERRARA F., *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano 1954, 278; ID., *Trattato di diritto civile italiano*, Milano 1921, pref. VI; ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, 294.

un nuovo modello di giurista cui compete il difficile compito della costruzione dommatica degli istituti, intorno ai quali ordinare il materiale legislativo secondo i nessi individuati tra le norme (2).

Il rivolgimento del metodo sotto il profilo contenutistico, comporta profondi cambiamenti anche in ordine alle tecniche espositive utilizzate: le forme letterarie del commentario e del trattato cedono il passo al manuale ed alla monografia, generi che maggiormente si adattano alle mutate esigenze degli studiosi, che possono in tal modo liberamente ordinare le materie secondo criteri logici che prescindono dall'ordine seguito dal legislatore nel codice civile.

L'elaborazione delle categorie concettuali si svolge nell'ambito della ininterrotta tradizione degli studi romanistici, cui tuttavia il metodo sistematico imprime un nuovo vigore: principi e concetti offerti dal diritto romano costituiscono l'essenziale punto di partenza per la costruzione dei nuovi ed il riferimento alle fonti dell'età classica e giustinianea appare indispensabile al fine di esplorare il diritto moderno con piena consapevolezza delle origini e dell'itinerario percorso dalla dottrina.

L'inesauribile spirito di ricerca che anima gli studiosi dei primi decenni del Novecento, spingendoli a classificare e sistemare tutto il diritto civile, trova, com'è naturale, terreno fertile nel campo del diritto delle obbligazioni e dei contratti, materie in cui i padri della dottrina civilistica italiana predispongono uno strumentario giuridico destinato ad essere utilizzato dai giuristi nei decenni successivi fino ai nostri tempi.

In particolare, il tema del contratto innominato non viene affrontato in maniera uniforme dai giuristi della scuola sistematica: l'angolo visuale muta, infatti, a seconda che l'indagine si proponga di chiarire le origini di tale categoria contrattuale e la sua evoluzione oppure che miri a individuare un criterio classificatorio in grado di distinguere i contratti nominati da quelli innominati e, in particolare, dai contratti c.d. « misti ». A questi ultimi, sulla scia della dottrina tedesca, gli studiosi italiani del primo Novecento riservano una particolare attenzione, in considerazione del loro frequente uso nella pratica commerciale, donde l'esigenza di stabilire quale sia la disciplina ad essi applicabile.

Accanto alla concezione volontaristica ottocentesca dei rapporti tra privati, cui consegue il semplice superamento della distinzione romanistica tra contratti nominati e innominati, si affermano i concetti di « interesse » e di « funzione economico-sociale » del contratto, idonei ad attribuire un nuovo valore alla categoria del contratto atipico, anche in conseguenza dello sviluppo del settore imprenditoriale e del commercio, sul cui terreno nascono nuove figure contrattuali che necessitano di ricevere una collocazione giuridica adeguata.

Va rilevato, inoltre, sotto il profilo terminologico, come i giuristi della scuola sistematica utilizzino l'aggettivo « innominato » e non « atipico » per distinguere il contratto non disciplinato dal legislatore da quelli « nominati » nel codice civile o nel codice di commercio, ciò che sta ad indicare l'importanza attribuita al *nomen iuris* del contratto rispetto al contenuto essenziale che ne determina la funzione. Soltanto con l'entrata in vigore del codice civile del 1942 la distinzione, un tempo

---

(2) Di contenuto programmatico gli scritti di Brini, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, Bologna 1881, e di Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli stati odierni. Prolusione*, Roma 1888. V., anche, Chironi, *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione*, ora in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Milano-Torino-Roma 1914; Id., *Il « metodo » nello studio del diritto civile*, Prefazione a *La colpa nel diritto civile odierno*, Roma-Torino-Firenze 1884.

basata sulla « denominazione propria » dei contratti, viene ancorata al concetto di « tipicità » incentrato più propriamente sulla previsione o meno di una disciplina specifica, indipendentemente dal *nomen iuris* (3).

Ma prima di giungere ad esaminare la costruzione sistematica delle categorie del contratto innominato e del contratto misto, converrà muovere dalla prospettiva storica, adottata dagli autorevoli romanisti dell'epoca, i quali affrontano il problema risalendo alle origini del contratto innominato nel diritto romano, talvolta al fine di individuare il filo conduttore tra il sistema dei contratti nel diritto classico ed il sistema attuale, più spesso per evidenziarne le differenze e tracciarne l'evoluzione.

1. *Dal diritto romano classico al diritto moderno.* — L'indagine storica dei sistematici procede dalla nozione romanistica di *contractus* nel periodo classico e si snoda attraverso l'apparizione della categoria dei contratti innominati in epoca giustinianea e la loro successiva evoluzione ad opera dei giuristi medievali, per giungere alla moderna nozione di contratto innominato mediante il riconoscimento di efficacia al puro accordo di volontà, in conseguenza dell'influenza esercitata sulla scienza del diritto privato sia dal diritto canonico sia dalla scuola del diritto naturale di Grozio (4).

In questo quadro il concetto moderno di contratto atipico risulta il frutto di una lunga evoluzione storica, di cui i sistematici evidenziano i passaggi salienti e che appare intimamente connessa all'evoluzione del concetto stesso di « contratto ».

La riflessione muove dal raffronto tra la nozione attuale di contratto e quella propria del diritto romano, riguardate sotto il duplice profilo della diversa essenza del contratto e della esistenza nel diritto moderno di una figura generale di contratto, sconosciuta, invece, alla giurisprudenza romana (5).

Sotto il primo profilo, si rileva come nel diritto moderno il *quid* che caratterizza il contratto risieda nell'*accordo* delle parti, inteso quale volontà unita dei soggetti, idonea a far sorgere obbligazioni (efficacia costitutiva di nuovi rapporti

---

(3) Cfr. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943, 130, il quale osserva: « È un errore identificare "non nominato" con "atipico", quasi che una tipizzazione non potesse avvenire che mediante particolari denominazioni e, di fronte alla tirannia dei nomi, il diritto dovesse farne del tutto a meno ».

(4) Sull'evoluzione storica del contratto dal diritto romano al diritto moderno, cfr. Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione del* contractus, in *Scritti giuridici varii*, Torino 1907, 105; Id., *Sui* contractus *e sui* pacta, in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, 353; Riccobono, *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo 1917, 303; Id., *La formazione della teoria generale del* contractus *nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano 1930, 123 ss.; Barassi, *Contratto*, in *D.I.*, VIII, Torino 1904, 272 ss.; Betti, *Sul significato di* contrahere *in Gaio. Sul valore dogmatico della categoria* contrahere, in *Bull. Ist. dir. rom.*: 1912, 88; 1915, 3 ss.; Segre, *Corso di diritto civile (Parte generale)*, Torino 1928-1929; Id., *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano* a cura di Scapini, Torino 1974; De Ruggiero, *Le obbligazioni. Corso di lezioni di diritto romano dettate nell'anno 1925-26 nella R. Università di Napoli*, IV, Napoli 1926; De Francisci, Συναλλαγμα. *Storia e dottrina dei contratti innominati*, Pavia 1913-1915; Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma 1928, 10 ss.; Id., *Il contratto consensuale classico*, in *Studi in onore di Schupfer*, Torino 1898, 10 ss.; Motta, *La causa delle obbligazioni*, Torino 1929, 6 ss.

(5) Consueta è la comparazione tra i due sistemi, assunta quale punto di partenza negli scritti scientifici che abbiano ad oggetto il concetto e la natura del contratto nel diritto moderno. V., specialmente, Rava, *Lezioni di diritto civile sopra i contratti in generale*, Padova 1932, 7 ss.; Ferrara F., *Teoria dei contratti*, Napoli 1940, 3 ss.; Ascoli, *Istituzioni di diritto civile*, Roma 1920, 150; Scialoja, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Studii di diritto privato*, Roma 1906, 18 ss.; Scuto, *Il concetto del contratto e le sue varie applicazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 649; Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano 1915; Carnelutti, *La formazione progressiva del contratto*, Milano 1916.

giuridici), nonché a modificare o estinguere rapporti giuridici già esistenti, mentre nel diritto romano il semplice accordo delle volontà non costituiva fonte di obbligazione. Il termine *contractus*, nato dal più antico *negotium contractum*, indicava, piuttosto, un legame assunto stabilmente in virtù di stipulazioni solenni, a prescindere dall'elemento della volontà: essenziale era soltanto l'elemento del vincolo e, quindi, la nascita dell'obbligazione e della relativa azione (6).

In verità, proprio sul concetto di « contratto » nel diritto romano si instaura un vivace dibattito dottrinale tra i giuristi del tempo, segno evidente della rinascita degli studi romanistici, in un continuo dialogo tra passato e presente, dove la profonda conoscenza del diritto antico è finalizzata alla migliore comprensione del diritto moderno (7).

Sotto il profilo del sistema contrattuale, gli autori rilevano, altresì, come il diritto romano dell'epoca classica conoscesse solo tipi determinati di contratti, individuati da uno specifico *nomen iuris*, ai quali era attribuita in via esclusiva l'idoneità a produrre l'obbligazione. Essi venivano conclusi mediante procedimenti formali e solenni ed erano raggruppati in quattro categorie: contratti reali, verbali, letterali e consensuali (8), al di fuori delle quali non esistevano altre figure contrattuali in grado di far sorgere obbligazioni. Questo sistema di contratti non assurge, pertanto, nel periodo classico ad una teoria generale del contratto, frutto della successiva elaborazione ad opera della dottrina intermedia e della pandettistica. Tuttavia, i germi di tale costruzione sono rinvenuti dai romanisti del primo

---

(6) Sull'estensione del concetto di « contratto » nel diritto moderno, v., specialmente, Bonfante, *Appendice* alla traduzione italiana di Baudry-Lacantinerie, *Delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile*, I, Milano 1924, 809: « contratto nell'uso odierno significa negozio giuridico bilaterale [...]. La nozione oltrepassa non soltanto la materia delle obbligazioni, ma la stessa sfera patrimoniale »; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano 1910, § 102, secondo il quale: « Il contratto è una forma generale di negozio giuridico che può avere applicazioni svariate. Esso è sempre la manifestazione concorde della volontà di due parti, per cui sorge tra queste un determinato rapporto giuridico. Il rapporto giuridico può essere vario, può essere un rapporto di famiglia e un rapporto patrimoniale e può produrre il trasferimento della proprietà o d'un diritto reale e può costituire, modificare o sciogliere un rapporto obbligatorio ».

(7) Sebbene l'elemento essenziale del contratto nel diritto romano venga generalmente individuato nella costituzione del vincolo giuridico, le opinioni non sono tuttavia concordi sul concetto originario di *contractus*. La produzione scientifica della dottrina sistematica sul punto è molto ricca: v., specialmente, Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, cit.; Id., *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici varii*, III, Torino 1926, 120; Riccobono, *La formazione della teoria generale del* contractus, cit., I; Perozzi, *Istituzioni*, cit., II, cap. I; Id., *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903; Betti, *Sul significato di* contrahere, cit., 3 ss.; Ferrini, *La teoria dei* pacta, in *Opere*, III, Torino 1921, 243 ss.; De Ruggiero, *Le obbligazioni - Corso di lezioni dettate nell'anno 1924-1925 nella Università di Napoli*, Napoli 1926, 61 ss.; Pacchioni, *Manuale di diritto romano*, Torino 1935, 451, ritiene che « il nucleo centrale di ogni e qualsiasi contratto era, anche secondo i romani, costituito dalla concorde volontà delle parti contraenti, la quale ne stabiliva il contenuto », anche se « il diritto romano non ammise mai che la volontà delle parti bastasse a far sorgere una piena obbligazione ». Controversa in dottrina è, altresì, l'individuazione del momento in cui si comincia a dar peso all'elemento della volontà nel diritto romano. Secondo autorevoli studiosi ciò avvenne soltanto nel periodo postclassico. È questa l'opinione di Bonfante, *Sulla genesi e sull'evoluzione del* contractus, cit., 107 ss.; Id., *Il contratto e la causa del contratto*, cit., 127 ss. Di diverso avviso Riccobono, *Dal diritto classico al diritto moderno*, cit., 689, il quale sostiene che già nella giurisprudenza classica il termine *contractus* abbia iniziato ad assumere un nuovo significato sulla base degli insegnamenti impartiti nelle scuole greche di retorica. Su tale dibattito insorto nella dottrina, cfr. Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 7, il quale osserva: « Qualunque sia la soluzione di questa disputa romanistica per sapere in quale momento storico il concetto di contratto subì questa evoluzione, giova ricordare come il diritto romano classico non conobbe la figura generale di contratto, ma solo tipi speciali di contratti, come produttivi di obbligazione ».

(8) Secondo la nota classificazione tramandata da Gaio (III, 89).

Novecento in una figura generale di accordo, esistente già nel periodo classico, fondata sul consenso e denominata *pactum* o *pactio*, la quale tuttavia era ben lontana dal concetto di contratto in senso tecnico, in quanto non « obbligava » le parti e non riceveva protezione diretta mediante azione, ma semplicemente mediante un'eccezione, la c.d. *exceptio pacti conventi* (9).

2. *Il concetto di συναλλαγμα nel diritto bizantino e le origini del contratto innominato.* — Non è dato stabilire il momento in cui i contratti innominati compaiono nel sistema del diritto romano, in quanto il loro riconoscimento avviene in modo graduale e soltanto nel diritto giustinianeo si ha testimonianza della loro raccolta nella quadripartizione *do ut des*, *do ut facias, facio ut des* e *facio ut facias* (10). L'origine di tali figure contrattuali è tuttavia concordemente individuata nella esigenza, nata dalla pratica dei rapporti economici, di apprestare un'adeguata tutela per coloro che avevano eseguito una prestazione al di fuori degli schemi tipici, al fine di ottenere una controprestazione. Nel diritto classico, infatti, la *datio ab causam* non attribuiva alcun diritto a pretendere una controprestazione ed il rapporto trovava protezione solo nel principio dell'indebito arricchimento, mediante la *condictio ob causa datorum* (denominata successivamente *causa data causa non secuta*). L'evoluzione avviene inizialmente ad opera della giurisprudenza che si attiva per consentire al creditore di ottenere la controprestazione in luogo della semplice restituzione di quanto prestato, concedendogli un'azione *in factum* o *actio praescriptis verbis*. La figura del contratto innominato nasce pertanto sul terreno dei contratti reali, cioè dalla materiale esecuzione di una prestazione, ricondotta nell'ambito di uno dei quattro schemi generali individuati dai giuristi dell'età postclassica (11).

Secondo lo studio svolto dal De Francisci, insigne romanista sistematico (12), circa le origini del contratto innominato, la riconduzione a un « sistema » di tutti gli schemi contrattuali che si aggiungevano e si sovrapponevano alla iniziale quadripartizione elaborata dalla giurisprudenza classica, avviene ad opera dei giuristi bizantini, ai quali è da attribuirsi l'individuazione dell'elemento comune a tutti i contratti nella « volontà », assunta quale base del συναλλαγμα, volto, a sua volta, a far nascere l'obbligazione. Tuttavia, nella lucida analisi effettuata dallo studioso, i Bizantini non si spingono fino alla costruzione di una nozione generale di contratto, limitandosi a classificare le figure di contratto già esistenti, provviste di un *nomen* (specifico o generico che sia) e ancorate a un'*actio*. In base a tale classificazione, cioè, si può definire « contratto » solo la fattispecie in cui gli effetti voluti dalle parti rispondono ad uno schema contrattuale riconosciuto, sia esso nominato o innominato, e, quindi, provvisto di azione; altrimenti si ha una mera *conventio*, un *nudum pactum*, che manca di una *causa civilis*.

È nel periodo bizantino, dunque, che i contratti innominati ricevono una propria collocazione quali contratti che, pur non avendo un *nomen* speciale, ne hanno tuttavia uno generale (ονομα γενικον). Tali schemi, riconosciuti dalla giurisprudenza e produttivi di azione (*actio praescriptis verbis*), sono qualificati contratti in quanto siano caratterizzati dal συναλλαγμα, inteso quale convenzione

---

(9) Celebre al riguardo il frammento di Ulpiano (1. 7, D, II, 14): *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.* È a questo genere di accordo che si riferisce la definizione *Pactio est duorum pluriumve in idem placitum et consensus* (1.1, § 1, D., II, 14).

(10) Fr. 5 pr., D. 19, 5.

(11) V. bibliografia citata *supra*, nt. 4 e 7.

(12) De Francisci, *op. cit.*, 491 ss.; Osti, *Contratto*, in *N.D.I.*, XV, Torino 1938, 53.

obbligatoria, in cui viene evidenziato il momento dello scambio delle volontà. Essi tuttavia non producono effetti in virtù del solo consenso, ma è necessario che la convenzione sia combinata con la dazione materiale o con altra prestazione affinché il contratto sia valido: si parla, infatti, di « contratti reali innominati » (13).

Il paradigma sul quale si costruiscono questi contratti è costituito dalla permuta, che si perfeziona con la consegna materiale della cosa: solo quando sia avvenuta la *datio* nasce l'*obligatio* e, quindi le azioni per ottenere la controprestazione. Tale schema (*do ut des*) viene esteso alle altre categorie di contratti innominati (*do ut facias; facio ut des; facio ut facias*), che hanno ad oggetto prestazioni di *facere* oltre che di *dare* (14).

Nella costruzione bizantina del contratto, rileva il De Francisci, un'importanza particolare assume il concetto di *causa contractus*, individuata nella prestazione eseguita, sulla quale si fonda il συναλλαγμα, a differenza del sistema classico dei contratti reali, in cui l'*obligatio* nasceva esclusivamente dalla *res* (15).

Si è, pertanto, in presenza di un contratto reale innominato laddove l'accordo sia accompagnato dalla materiale esecuzione di una prestazione, in assenza della quale si avrà solo un *nudum pactum*, improduttivo sia di obbligazione che di azione.

La costruzione del contratto nel diritto bizantino, in cui comincia ad affermarsi l'importanza dell'elemento della volontà, è destinata a subire ulteriori e decisive evoluzioni specialmente ad opera della dottrina canonica e della scuola del diritto naturale di Ugo Grozio. Tali mutamenti sono evidenziati dai giuristi sistematici quali passaggi essenziali nell'analisi della distinzione tra contratti nominati e innominati, che, evolvendosi parallelamente alla nozione di contratto, trova una collocazione diversa a mano a mano che si fa strada la concezione del contratto come « accordo di volontà » nel pensiero giuridico medievale (16).

L'impulso è individuato concordemente nell'obbligo di coscienza di osservare qualsiasi accordo, proclamato dai canonisti (17), principio che, trasportato nel campo del diritto civile, si trova inizialmente in conflitto con il formalismo dei testi romani; tuttavia, trova terreno fertile nel campo degli affari commerciali, dove grande è il valore attribuito alla parola data nell'interesse della buona fede del commercio (18).

Osserva Francesco Ferrara, insigne esponente della scuola sistematica, che « il

---

(13) Cfr. De Francisci, *op. cit.*, 508 ss.; Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, 8ª ed., Milano 1932, 389 ss., il quale definisce i contratti innominati come « un compimento e una generalizzazione dei contratti reali ».

(14) Cfr. De Francisci, *op. cit.*, 525, il quale fonda le sue deduzioni sulla compilazione giustinianea (D. 19, 5, 25; C. 4, 64, 2).

(15) Cfr. De Francisci, *op. cit.*, 530. Ma, cfr. Perozzi, *Istituzioni*, cit., 28; Id., *Il contratto consensuale classico*, cit., 163 ss.; De Ruggiero, *Le obbligazioni - Corso di lezioni dettate nell'anno 1924-1925 nella Università di Napoli*, cit., 74 ss., i quali ritengono che il concetto di causa nel diritto romano classico fosse già contenuto nell'elemento dal quale scaturisce l'obbligazione (*re, verbis, litteris, consensu*), diverso per ciascuna delle quattro categorie contrattuali. Di diverso avviso, Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., 125, secondo il quale *res, verba, littera* e *consensus* costituirebbero la forma e non la causa del contratto. Sul concetto di *causa civilis* e sul superamento della distinzione tra contratto e patto v., altresì, Barassi, *Contratto*, cit., 233 ss.

(16) Cfr. Rava, *Lezioni di diritto civile sopra i contratti in generale*, cit., 9; Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 10; Motta, *La causa delle obbligazioni*, cit., 6 ss.; Brugi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano 1914, § 58, 455; Zani, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, 335; Barassi, *Contratto*, cit., 259 ss.; Urangia, Tazzoli, *Contratto*, in *Enc. giur. it.*, III, Milano 1905, 65; Osti, *Contratto*, cit., 47 ss.

(17) In tal senso, Motta, *La causa delle obbligazioni*, cit., 53 ss.

(18) Cfr. Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 10 ss., secondo il quale, l'*input* a riconoscere l'efficacia obbligatoria dei nudi patti proviene dalla pratica commerciale e trova un valido sostegno nella

principio che i nudi patti non producono obbligazione nel diritto comune riesce incomprensibile ed appare come una singolarità del diritto romano, che non si lascia giustificare. Perciò, contro di esso si combatte da diverse parti e con esito vittorioso [...] Non vi sono più tipi esclusivi o classi di contratti riconosciuti, ma qualunque contratto liberamente costituito fra le parti merita protezione giuridica » (19).

Secondo la dottrina sistematica dominante, il principio consensualistico si afferma dunque tra il XII ed il XIII secolo, quale fondamento del sistema contrattuale, ma il definitivo consolidamento avviene sotto l'influenza del pensiero di Grozio, considerato il fondatore della scuola del diritto naturale, che individuava nel « patto » la categoria suprema dell'ordine giuridico e nella volontà umana la fonte più genuina e diretta per la nascita delle obbligazioni (20).

Orbene, solo attraverso una lenta evoluzione giuridica, derivante dall'azione combinata di fattori storici, filosofici ed economici, viene attribuita al consenso una rilevanza sempre maggiore in campo contrattuale, fino a giungere al trionfo dell'autonomia della volontà nei secoli XVIII e XIX.

3. *Il contratto come figura generale fondata sul « consenso » e la distinzione posta nell'art. 1103 c.c.* — La graduale trasformazione del concetto di contratto si ripercuote inevitabilmente, come evidenziato dagli autori della scuola sistematica, sulla distinzione tra contratti nominati ed innominati, i quali ultimi vengono ad assumere una nuova fisionomia negli ordinamenti moderni (21).

La definitiva affermazione del principio dell'efficacia vincolante del consenso comporta, infatti, conseguenze rivoluzionarie sull'intero sistema dei contratti, determinando la nascita della figura generale del contratto, provvista di una disciplina applicabile a tutte le fattispecie contrattuali poste in essere dai privati. In virtù del principio consensualistico l'obbligazione nasce sin dal momento del raggiungimento dell'accordo e, di conseguenza, l'azione giudiziale per ottenere la controprestazione può essere esperita a prescindere dalla materiale esecuzione della prestazione: vengono pertanto a cadere i presupposti sui quali poggiava la categoria dei contratti reali innominati di derivazione romanistica (22).

Riguardo all'evoluzione del concetto di contratto, il Barassi, illustre rappresentante della scuola sistematica, evidenzia, ad esempio, come « l'autorità del diritto canonico fu decisiva nel senso di accordare piena ed intera esecuzione a qualsivoglia manifestazione di volontà diretta alla creazione, alla modificazione, allo scioglimento di un vincolo giuridico », da cui scaturisce « la parificazione assoluta dell'efficacia del patto all'efficacia del contratto, preparata anche dalle esigenze economiche di una maggiore speditezza e semplicità nelle contrattazioni ». Su tale mutata concezione del contratto, l'autore fonda il superamento della distinzione tra contratti nominati ed innominati nel diritto moderno: « oggi

---

dottrina canonica, che attribuisce valore vincolante alla volontà espressa nella promessa sulla base del principio della buona fede.

(19) Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 10.

(20) van Groot, *De iure belli ac pacis libri tres*, Parigi 1625, il quale riconosce l'esistenza di un diritto naturale volontario, cioè di un diritto che la volontà crea nelle forme del patto, destinato ad integrare il diritto naturale assoluto.

(21) Su tale passaggio v. diffusamente Sacchi, *Contratto (diritto intermedio)*, cit., 36.

(22) Dernburg, *Diritto delle obbligazioni*, prima traduzione delle Pandette dal tedesco di F.B. Cicala, Torino 1903, 26, il quale dedica una particolare attenzione alla collocazione dei contratti reali di derivazione romanistica nel sistema moderno dei contratti. Sul punto v. anche Lotario Seuffert, *Storia dei contratti obbligatori*, Torino 1881.

non si guarda se i contratti siano nominati o no, cioè se la volontà sia diretta espressamente o implicitamente a taluno di quei contratti che sono separatamente disciplinati nel codice civile. Oggi si guarda soltanto che manifestazione di volontà vi sia per l'accordo contrattuale e che questa manifestazione di volontà non leda le disposizioni di legge relative all'ordine pubblico e al buon costume » (23).

La figura del contratto innominato continua ad esistere, dunque, negli ordinamenti moderni, ma assume un contenuto del tutto nuovo rispetto a quello che aveva nel diritto romano, non costituendo più una categoria autonoma, plasmata sul modello dei contratti reali tipici, bensì inserendosi nel più ampio schema generale del contratto, basato sull'efficacia vincolante dell'accordo tra le parti.

Così, si insegna nei manuali che « la distinzione tra contratti nominati ed innominati, importantissima per il diritto romano, ha perduto ogni importanza nel nostro, in cui le parti sono libere di concludere qualsiasi contratto secondo l'infinita varietà dei bisogni e degli scambi tra gli uomini, colla sola limitazione che non urtino contro la legge o contro la morale » (24); oppure, che « per noi la distinzione romana ha perso ogni valore, perché noi abbiamo abbandonato il principio romano che *nuda pactio obligationem non parit* per accogliere l'opposto principio della obbligatorietà di ogni lecito accordo » (25).

Simili considerazioni sono suggerite dalla riflessione sul nuovo sistema contrattuale prospettato nel codice civile italiano del 1865, il quale contiene una disciplina generale del contratto, che, ai sensi dell'art. 1103, è applicabile indifferentemente a tutti i contratti « abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria » (26). Tale norma, infatti, fa venir meno, secondo alcuni studiosi del tempo, l'importanza della distinzione tra contratti nominati ed innominati, accorciando la distanza tra le due figure (27).

Per altro verso, si sottolinea invece l'importanza della distinzione tra le due specie contrattuali, sotto il profilo classificatorio, in quanto essa « corrisponde alla generale esigenza scientifica di raggruppare i fenomeni secondo criteri di uniformità, allo scopo di determinare le leggi proprie dei singoli ordini, in cui i fenomeni stessi vengono distribuiti » (28). Essa, dunque, conserva intatta la sua utilità in ordine all'individuazione delle norme speciali, ove ve ne siano, volte a regolare i rapporti giuridici instaurati in concreto tra i privati, nonché sotto il profilo della disciplina applicabile ai c.d. « contratti misti ».

In ordine al raffronto tra il sistema dei contratti nel diritto romano e nel diritto moderno nella dottrina sistematica, una posizione particolare occupa Giovanni Pacchioni, il quale contesta la teoria dominante in tema di contratti innominati, secondo la quale vi sarebbe una differenza sostanziale tra il sistema « chiuso » del diritto romano ed il sistema « aperto » del diritto moderno. Egli sostiene, al contrario, che « il sistema dei contratti romani non era, a ben vedere, più chiuso di

---

(23) Così Barassi, *Contratto*, cit., 235.

(24) Venzi, *Manuale di diritto civile italiano*, Torino 1922, 390.

(25) Ascoli, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 152.

(26) Art. 1103, comma 1, c.c.: « I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo ».

(27) La considerazione del superamento della distinzione in esame si rinviene specialmente negli scritti degli studiosi sistematici appartenenti alla prima generazione, a cominciare da Gianturco, *Istituzioni di diritto civile*, Firenze 1901, 141, il quale osserva come « oggidì tutti i contratti nominati e innominati sono disciplinati dalle medesime regole generali ».

(28) Osti, *Contratto*, cit., 52. L'autore, in particolare, sottolinea l'importanza dell'opera di classificazione e di costruzione degli istituti in generale, tipica di tale epoca della dottrina giuridica italiana.

quanto sia il sistema dei contratti del diritto moderno » (29). Nel diritto romano, infatti, ai primi contratti tipici ne sarebbero stati aggiunti via via di nuovi, a seconda delle esigenze che emergevano nella vita pratica, riconoscendosi altresì validità ai patti aggiunti e ad ogni genere di stipulazione posta in essere dalle parti: ciò che avviene anche nel moderno sistema del diritto privato.

I giuristi moderni, dunque, a giudizio del Pacchioni, lungi dall'aver creato un procedimento originale che consenta la codificazione di nuovi tipi contrattuali, hanno semplicemente riconosciuto la validità di un meccanismo che funziona da circa duemila anni: ora come allora esistono alcuni schemi fondamentali disciplinati specificamente nei codici e che le parti possono utilizzare con libertà di adattare il tipo ad esigenze particolari mediante l'aggiunta di clausole. In alcuni casi le parti potranno sì ricorrere a schemi contrattuali diversi da quelli nominati, ma ciò avviene, oggi come sempre, quando tale esigenza sia determinata dall'imporsi di nuovi rapporti economico-sociali tanto diffusi da dar luogo a lungo andare all'intervento del legislatore, affinché ne prenda atto ed appresti la disciplina per il nuovo tipo contrattuale provvisto di un'autonoma causa: « Questo non è però un procedimento nuovo: è quello stesso procedimento dal quale scaturì il sistema dei contratti romani. Le parti non possono più oggi che duemila anni fa creare a capriccio dei nuovi contratti: i tipi contrattuali sono oggi, come sempre, determinati da rapporti economici sociali: questi rapporti economici sociali sono le cause sostanziali dei contratti, che ne determinano il trattamento normale che ad essi va fatto » (30).

4. *Contratti innominati e autonomia privata. Il concetto di causa del contratto.* — L'orientamento che ritiene superata la distinzione tra contratti nominati e innominati e che trova il suo fondamento nell'autorità riconosciuta a qualsiasi manifestazione di volontà, evoca immediatamente la relazione che intercorre tra la figura del contratto innominato e il principio dell'autonomia negoziale, sulla quale, pertanto, si rendono necessarie alcune notazioni.

L'atteggiamento comune a molti studiosi, specialmente nella prima fase della scuola sistematica, appare quello di considerare la norma contenuta nel comma 1 dell'art. 1103 c.c. semplicemente un corollario del fondamentale principio dell'autonomia negoziale, in forza del quale la volontà privata è idonea a realizzare i più vari intenti, nel rispetto, s'intende, delle norme di ordine pubblico e di buon costume (31).

Tale disposizione non sarebbe cioè intesa ad attribuire ai singoli il potere di

---

(29) Pacchioni, *Dei contratti in generale*, Torino, 1933, 23.

(30) Pacchioni, *op. ult. cit.*, 24. Considerazioni analoghe svolge De Gennaro, *Osservazioni sul concetto di causa del contratto*, in *Diritto e pratica commerciale*, Padova 1933, 115, il quale osserva che « in realtà, l'ordinamento giuridico romano, come il moderno, perseguono uno stesso scopo, hanno uno stesso compito, che non è di questo o di quell'ordinamento storico, ma di qualsiasi ordinamento giuridico rappresenta una funzione necessaria e vitale: esercitare un certo controllo sulla volontà delle parti, comprimerne la libertà. Soltanto di tale compito il diritto romano non ebbe inizialmente una coscienza chiara e precisa ».

(31) Sull'elemento della volontà negli atti compiuti dai privati in relazione alla causa dei negozi giuridici, cfr. Venezian, *La causa dei contratti* (1892), in *Opere giuridiche*, I, Roma 1919, I, 347 ss.; Bonfante, *Sulla concezione tedesca e francese del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, 249 ss.; Scialoja, *Responsabilità e volontà nei negozii giuridici. Prolusione al Corso di Pandette nella R. Università di Roma*, Roma 1885; Id., *Negozi giuridici*, Roma 1933, 28 ss.; Messina, *Negozi fiduciari* (1910), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1948, 52 ss.; Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *In memoria di Giacomo Venezian*, Messina 1934, 187 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, Milano 1951, 75 ss.

stipulare contratti innominati, potere pacificamente riconosciuto in virtù della forza creativa della volontà, bensì sarebbe diretta soltanto a stabilire la disciplina applicabile ai contratti frutto dell'esercizio di quel potere.

Le ricorrenti affermazioni circa il superamento della distinzione romanistica tra contratti nominati ed innominati risentono delle teorie volontaristiche che avevano dominato il clima culturale del XIX secolo e che, nel campo del diritto, avevano trovato la loro massima espressione nella costruzione da parte della Pandettistica della teoria generale del negozio giuridico, quale manifestazione della volontà privata, che si concretizza nella « dichiarazione » e che è dotata di una forza creativa originaria, di cui il legislatore doveva solo prendere atto.

In questo quadro aveva visto la luce il codice civile del 1865, la cui ideologia liberale è limpidamente espressa nella pagina di Giuseppe Osti: « Lo spirito che informa le norme del codice civile si riassume nella preoccupazione di tutelare la libera collaborazione economica dei soggetti, attraverso la spontanea composizione degli interessi in conflitto in un equilibrio contrattuale assicurato puramente e semplicemente dal concorso e dall'accordo delle volontà degli interessati ». Ed ancora: « Pochi sono i divieti e le limitazioni diretti a tutelare l'interesse economico della collettività contro pericoli che possano derivare dalla libera attività contrattuale dei singoli [...] Il codice lascia a questi piena autonomia nella conclusione dei contratti, sia per quanto riguarda la generica libertà di concludere o meno un determinato contratto, sia per quanto riguarda la determinazione del contenuto contrattuale e degli effetti, e così in particolare anche per la creazione di nuove forme contrattuali diverse da quelle tipiche disciplinate dal codice » (32).

La prospettiva volontaristica ottocentesca, che permea di sé la letteratura civilistica della prima fase della scuola sistematica, è tuttavia destinata a subire forti scosse per effetto dei profondi mutamenti del sistema economico-politico, che intervengono a partire dal secondo decennio del ventesimo secolo e che segnano il passaggio ad un diverso modo di intendere il rapporto tra Stato e individuo, aprendo la strada ad un nuovo concetto di autonomia privata.

Tale mutamento di tendenza, che si afferma definitivamente negli anni Trenta, comporta naturalmente conseguenze notevoli in ordine alla configurazione del contratto innominato, dal momento che l'autonomia privata, fondamento delle forme contrattuali atipiche, non è più considerata quale riconoscimento di una signoria della volontà, ma in tanto è riconosciuta e protetta in quanto costituisca strumento per la realizzazione dell'interesse economico della collettività.

Si assiste, infatti, ad un indebolimento del principio della libertà contrattuale in vista del superiore interesse nazionale, ciò che è evidenziato particolarmente nella letteratura civilistica degli anni che precedono l'entrata in vigore del nuovo codice civile, emanato nel 1942: quest'ultimo, infatti, a differenza del vecchio codice, contiene un articolo dedicato espressamente alla disciplina dell'autonomia contrattuale, segno che essa non viene più giustificata in base alla forza creativa della volontà dei singoli, ma necessita di una regolamentazione all'interno dell'ordinamento giuridico. La libertà rimane dunque la regola, ma con dei limiti, eccezioni e restrizioni, in alcuni casi anche importanti.

Tale processo di trasformazione è colto da Enrico Redenti, il quale osserva come « fino a ieri esso (il nostro ordinamento giuridico) è stato ispirato dal convincimento che lasciando che la gente contratti liberamente secondo la valutazione che essa faccia caso per caso dei propri interessi[...], si arriva in definitiva a

(32) Osti, *Contratto*, cit., 48.

dei risultati socialmente utili, più che non limitando, restringendo o coartando preventivamente quella libertà di contrattare. Solo negli ultimi tempi si nota un profondo mutamento di tendenza in questa materia. La manifestazione più imponente si è avuta col nuovo ordinamento sindacale e corporativo in quanto esso incide anche sul diritto contrattuale privato » (33).

Si può leggere, altresì, nei lavori preparatori del vigente codice civile, con riguardo alla nuova norma contenuta nell'art. 1322 (34): « la libertà giuridica di soddisfare le esigenze della vita economica mediante forme contrattuali atipiche garantisce l'adeguamento del diritto alla realtà pratica; a questa libertà contrattuale può essere posto il confine che le forme nuove devono pur sempre rispondere a funzioni sociali di tutela giuridica ». Ed ancora: « l'autonomia privata non è limitata ai tipi di contratto regolati dal codice, ma può spaziare in una più vasta orbita, se il risultato pratico che i soggetti si propongono di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico. Ciò vuol dire che l'ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata » (35).

Il problema dell'ammissibilità del contratto innominato viene dunque ricondotto al più ampio problema dei limiti dell'autonomia privata: « La possibilità di dare vita a nuove formazioni contrattuali può venire limitata solo in relazione al problema dei limiti della libertà contrattuale » (36).

Ciò significa che l'ordinamento giuridico esercita un certo controllo sul traffico giuridico, pretendendo un *minimum* di utilità sociale che si risolve nella realizzazione del benessere individuale in via mediata (37). È il periodo del superamento della concezione individualistica dei rapporti giuridici: meta dell'ordinamento giuridico sono interessi superindividuali, nazionali o statali. È necessaria allora la giustificazione degli effetti che i privati intendono realizzare mediante l'attribuzione della funzione economico-sociale allo strumento contrattuale utilizzato.

Si rileva, infatti, come « l'autonomia della volontà, come fattore del contratto, non deve essere esagerata. La prima spinta di qualsiasi contratto muove senza dubbio dall'elemento positivo della volontà, dall'accordo o combinazione dei

---

(33) Redenti, *I contratti nella pratica commerciale*, Padova 1931, 30 s. Sul passaggio a una nuova concezione dei rapporti privatistici, v. anche Osti, *Contratto*, in *Nss. D.I.*, XIV, Torino 1953, 462 ss.; Ascarelli, *Dei contratti nella pratica commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 77; Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, 155 ss.; De Gennaro, *Osservazioni sul concetto di causa del contratto*, cit., 289; Ferrara F., *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, cit.; Barassi, *Le obbligazioni. Concetti fondamentali e fonti con riferimento al progetto italo-francese sulle obbligazioni*, Milano 1930, n. 101, il quale, nel cogliere il divario tra le nuove esigenze e i principi del codice civile, avverte come « la tendenza oggi è nel senso di una crescente affermazione della solidarietà sociale a scapito del principio dell'autonomia della volontà privata [...] Ma l'attività contrattualistica è oggi ancora regolata dal codice civile che questo fervore spirituale non poteva prevedere ». Nella recente letteratura, cfr. Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Scuole e figure del diritto civile*, cit., 71; Id., *L'età della decodificazione*, Milano 1986; Id., *I cinquant'anni del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 227.

(34) Art. 1322 c.c.: « Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico ».

(35) Relazione alla Maestà del Re del Ministro Guardasigilli (Grandi), presentata nell'udienza del 16 marzo 1942 per l'approvazione del codice civile, § 603.

(36) De Gennaro, *I contratti misti*, Padova 1934, 10.

(37) Cfr. Cimbali, *La funzione sociale dei contratti*, in *Arch. giur.*, XXXIII, 1843; De Gennaro, *op. ult. cit.*, p. 23.

voleri; ma poi è integrato dall'ordinamento giuridico che interviene a supplire, a sostituire, a correggere, a paralizzare la volontà individuale dei soggetti contraenti » (38).

In questo quadro, torna in auge la distinzione tra contratti nominati ed innominati, che il potere sconfinato della volontà privata aveva messo in ombra.

Così, nel periodo di transizione dal vecchio codice liberale ottocentesco al nuovo codice, volto a disciplinare una società industriale in pieno fervore, gli stessi giuristi, formatisi sotto l'impero delle teorie volontaristiche ma vigili osservatori dei fenomeni del loro tempo, possono facilmente cogliere i segnali di apertura degli schemi del passato alle mutate esigenze del nuovo assetto politico-economico, in cui, da un lato, si utilizzano le forme contrattuali atipiche quali strumenti volti a colmare l'inadeguatezza della legge alla pratica, dall'altro, si cerca di piegare quelle medesime forme contrattuali al raggiungimento di fini sociali.

I profondi rivolgimenti del sistema economico-politico, i cui effetti si ripercuotono immediatamente sul sistema giuridico, travolgono dunque le vecchie concezioni individualistiche ottocentesche, che gravitavano intorno al dogma della volontà e ad esso riconducevano ogni fenomeno giuridico.

Ai fini del nostro discorso, va rilevato come volga definitivamente al tramonto anche la teoria c.d. « soggettivistica » della causa del contratto, che, autorevolmente sostenuta durante il secolo decimonono, riponeva l'essenza della causa nella volontà dei contraenti. Tale teoria, frutto della tradizionale dottrina esegetica francese (39), viene seguita in Italia da eminenti giuristi, tra i quali il Brugi, il Chironi e specialmente il Brini (40), il quale si spinge fino a sostenere che « la causa non è che il motivo determinante della volontà, o meglio, è la volontà stessa considerata nella sua materialità, quindi anche nel suo motivo determinante, quale è inerente all'atto e risulta dall'atto stesso ». La causa, secondo tale concezione, non è « un elemento distinto, essenziale dei negozi giuridici, perché non è che la volontà », riguardata « non nella sua nuda ed astratta espressione, ma in tutta la sua realità, nella sua materialità » (41).

---

(38) Butera, *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, Torino 1943, 270.

(39) La concezione soggettivistica della causa muove dal pensiero del Domat (*Les lois civils dans leur ordre naturel*, I, trad. it., Napoli 1796, n. 5) e del Pothier (*Traité des obligations*, I, Bruxelles 1829, n. 16); v., inoltre, Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, VI, Paris 1825, 118; Larombiere, *Theorie et pratique des obligations*, I, Paris 1885, 284; Demolombe, *Cours de Code Napoleon*, XII, Paris 1854-1878, 329; Aubry, Rau, *Cours de droit civil français*, 5ª ed., II, Paris 1876, 545. Una posizione particolare occupa Ernst, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*, in *Bibliothèque du jureconsulte et du pubbliciste*, 1826, 250, il quale nega la necessità della causa quale requisito del contratto; v. anche Laurent, *Principes*, Bruxelles 1869-1878, 115. Una successiva formulazione della teoria della causa, muovendo da concezioni soggettivistiche è quella del Capitant, *De la cause des obligations*, Paris 1924, specialmente 43 ss.

(40) Brugi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano 1907, 469; Chironi, *Istituzioni di diritto civile*, I, Milano-Torino-Roma 1912, 158; Brini, *Della causa dei negozi giuridici*, Parma 1889, 28 ss.; tra gli autori esegetici v., specialmente, Giorgi, *Teoria delle obbligazioni*, III, Firenze 1884, 437.

(41) Brini, *Della causa dei negozi giuridici*, cit., 30. La teoria del Brini è elaborata sulle orme del Windscheid (*Die Lehré des romischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf 1850), il quale ritiene la causa il motivo principale ed il più determinante della volontà. La concezione della causa intesa quale volontà comune si ritrova in Chironi, Abello, *Trattato di diritto civile*, I, Torino 1904, 1399 ss. Muovendo dalle stesse premesse, nella considerazione della volontà quale elemento imprescindibile che anima l'atto, Ferrarini (*La causa negli atti giuridici*, in *Note di diritto civile*, Modena 1898, 76) individua un diverso collegamento tra il requisito della causa ed il volere dell'agente: « la volontà investe ed anima di sé ciascun elemento dell'atto, nel quale essa trova la sua disciplina ed i suoi limiti, il suo oggetto ed il suo scopo giuridico, che è la causa dell'atto. Ecco come possiamo mettere la causa in relazione colla volontà, dopo averla conosciuta quale elemento stante da sé ».

Il discorso circa la causa del contratto appare particolarmente interessante ai fini dello svolgimento del nostro tema, in quanto, dopo un acceso dibattito dottrinale, una volta superata la visione soggettivistica della causa ed affermatasi, in sua vece, la concezione oggettiva della causa come funzione economico-sociale del contratto, è su tale elemento che i giuristi costruiscono la figura del contratto innominato o atipico (42). Tale risultato può dirsi certamente acquisito nella dottrina italiana dopo le conclusioni autorevoli di studiosi quali il Coviello e il Bonfante: il primo chiarisce, nel suo celeberrimo *Manuale*, come « (il negozio giuridico) sia caratterizzato dalla sua funzione pratica, in quanto tutelata dal diritto [...]. Ebbene, questo scopo pratico è la causa del negozio giuridico: la quale perciò si può definire la ragione economico-giuridica del negozio » (43); il secondo, nel ricondurre il concetto di causa del contratto al diritto romano, afferma che « la causa in realtà non può essere nel diritto moderno se non quel che era nel diritto romano, il negozio dalle parti conchiuso, il fondamento obbiettivo del contratto, quello che dà precisamente al contratto la sua figura tipica e la sua denominazione, quando ne abbia una, come accade nei negozi più frequenti della vita quotidiana » (44). Sulla stessa linea del Bonfante si pone il Pacchioni, il quale evidenzia il nesso tra il « tipo » contrattuale e l'elemento della causa, per i moderni come per i romani: « Ciò che dà ai singoli contratti la fisionomia individuale è la loro causa; cioè il rapporto economico e sociale che in essi si esplica [...] La causa dei contratti non è costituita che dal rapporto che ne rende possibile e ne determina la conclusione. Senza un tale rapporto non si può concepire che si addivenga alla conclusione di un contratto. Ora i rapporti che determinano la conclusione dei contratti possono presentarsi, in tempi e in momenti storici diversi, con caratteristiche svariate, ma, in complesso, si riducono generalmente a certi tipi, e danno perciò luogo alla conclusione di contratti che sono pure essi tipici, come la vendita, la locazione, il mandato ecc. » (45).

5. *Le categorie del contratto innominato e del contratto misto.* — A questo punto è necessario esaminare in che modo i giuristi della scuola sistematica, specialmente nella sua seconda fase, costruiscano la categoria del contratto innominato nonché quella del contratto misto, attribuendo un nuovo valore a codeste figure, che assumono un'importanza crescente in conseguenza dell'utilizzazione sempre più frequente di nuovi schemi contrattuali destinati a soddisfare le diverse esigenze della pratica commerciale in continua espansione.

La letteratura sul contratto innominato si arricchisce, infatti, specialmente

---

(42) La concezione c.d. « obiettiva » della causa, introdotta inizialmente dalla dottrina tedesca (v., tra gli altri, VON SCHEY, *Die Obbligationverhaltnisse des Oest, allg. Privatrechts*, I, Vienna 1895, 7 ss.), è sostenuta ed elaborata in modo originale dalla dottrina sistematica italiana: cfr. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 115; COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano 1910, 410; BARASSI, *Causa*, in *Enc. giur. it.*, III, Milano 1905, 921; MESSINA G., *I negozi fiduciari*, Milano 1908; CARNELUTTI, *Natura del contratto di cassetta-forte di custodia*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 902; ID., *La causa dei contratti* (conferenza tenuta al Circolo giuridico di Napoli il 7 febbraio 1932), in *La Toga*, 1932, n. 6; ARCANGELI, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, I, 184 ss.; FERRARA F., *La causa illecita*, in *Studi per Chironi*, I, Torino 1915, 119; SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma 1919, 297; DE RUGGIERO, *Contratti speciali. Lezioni di Diritto Civile tenute nell'Università di Roma nell'anno accademico 1933-1934*, Messina 1934; LA LUMIA, *Il cosiddetto problema della causa della cambiale*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, I, 741; MOTTA, *La causa delle obbligazioni*, cit., 121 ss.

(43) COVIELLO, *Manuale*, cit., I, 394.

(44) BONFANTE, *op. ult. cit.*, 193.

(45) PACCHIONI, *Dei contratti in generale*, cit., 23.

negli anni Trenta, di significativi contributi di illustri rappresentanti della dottrina civilistica italiana, animati non solo da una profonda dedizione alla ricerca scientifica, ma anche da un acuto spirito pratico, che li sospinge verso soluzioni ancorate saldamente alla realtà dei casi concreti.

In tema di contratto innominato, dunque, la tensione dei giuristi sistematici verso la sintesi e l'unità del sistema, attraverso la costruzione degli istituti e il raggruppamento delle norme, si manifesta nell'indagine circa la natura giuridica del contratto « innominato » o « atipico » e soprattutto del « contratto misto », sull'esempio dei giuristi tedeschi dell'epoca (46).

Riconosciuto il potere dei privati di dar vita a forme contrattuali non rientranti negli schemi previsti dal legislatore, il problema di maggiore interesse per i giuristi sistematici è quello di stabilire in che termini siano ammissibili tali contratti nel nostro ordinamento positivo e di individuare la disciplina ad essi applicabile, di determinare cioè in che modo l'ordinamento giuridico si appropria di fattispecie che inizialmente non gli appartenevano, non essendo state disciplinate espressamente nel loro complesso, pur potendosi rinvenire una disciplina dei singoli elementi (o, meglio, delle singole prestazioni) isolatamente considerati. Tale analisi si viene svolgendo necessariamente attraverso l'individuazione dei caratteri strutturali che valgono a qualificare le fattispecie contrattuali come « nominate », « innominate » o « miste » (47).

La riflessione muove dall'esame del comma 1 dell'art. 1103 c.c., il quale recita: « I contratti, abbiano o non abbiano una particolare denominazione propria, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo ». Tale norma, che, come sopra accennato, costituisce il punto di arrivo di una lunga evoluzione del concetto romano di *contractus*, contiene l'espressa statuizione che ai contratti innominati debba essere applicata la disciplina del contratto in generale e trova dunque la sua ragione d'essere, da un lato, nella presenza di una figura generale di contratto nell'ordinamento giuridico, dall'altro, nell'assenza di una specifica disciplina applicabile a tali contratti, ai quali, ci si chiede se possano essere applicate norme relative a fattispecie contrattuali diverse in via diretta o, eventualmente, in via analogica laddove sia rinvenibile identità di *ratio*.

Il problema sorge dunque dalla « necessità di integrare il precetto legislativo, determinare cioè il criterio in base a cui possa ottenersi l'insieme di norme specifiche atte a soddisfare le singole, numerose esigenze della pratica giuridica » (48).

Lo scopo cui tendono i sistematici è, infatti, quello di individuare le norme speciali applicabili oltre le generali, che, nella maggior parte dei casi, risultano insufficienti a disciplinare i contratti innominati in tutti i loro aspetti, al fine di consentire la migliore realizzazione del loro scopo pratico.

---

(46) V. specialmente HOENIGER, *Vorstudien zum Problem der gemischten Vertrage*, Freiburg 1906; SCHREIBER, *Gemischte Vertrage im Reichsschuldrechts*, in *Jherings Jahrbucher*, 1911, 123 ss.; ENDEMANN, *Lehrbuch des burg. Rechts*, I, t. 4, Berlin 1903, 907.

(47) Sul problema dell'ammissibilità e della disciplina dei contratti innominati nel nostro ordinamento giuridico, v. specialmente LA LUMIA, *Contratti misti e contratti innominati*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, 718; ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto,* negotium mixtum cum donatione, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, 463; ARCANGELI, *op. cit.*, 179; DE GENNARO, *op. ult. cit.*; MESSINA, *Negozi fiduciari*, cit., 51 ss.; CARNELUTTI, *Natura del contratto di cassetta-forte per custodia*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 902; ASQUINI, *Il contratto di trasporto terrestre di persone. Parte generale*, Padova 1915, 52 ss.; GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 345.

(48) LA LUMIA, *Contratti misti e contratti innominati*, cit., 720, il quale richiama l'impostazione del problema così come posto in SCHREIBER, *op. cit.*, 109.

Le fattispecie che offrono maggiori spunti di indagine per i civilisti del tempo sono non tanto quelle dei contratti innominati o atipici, quali « contratti aventi un contenuto assolutamente nuovo ed estraneo alla legge o risolventisi nella mescolanza di elementi legali ed extralegali », bensì le c.d. forme contrattuali « anomale », meglio conosciute come « contratti misti », ovvero « quei contratti composti di parti che non mancano di disciplina nella legge, ma la cui combinazione non sia prevista dalla legge medesima » (49), di cui la pratica commerciale offre innumerevoli esempi e che, mentre da alcuni vengono considerati una *species* rispetto al *genus* « contratti innominati » (50), da altri vengono elevati al rango di categoria dogmatica autonoma (51). Ma non mancano differenti posizioni nell'ambito della dottrina sistematica: alcuni studiosi, infatti, rifiutano la categoria dei contratti misti, sostenendo che « non esiste una categoria tecnica di contratti misti, ma solo dei negozi, che presentano, di fronte ai tipi legali, delle anomalie, non escludenti però la loro sussumibilità sotto i medesimi, non dotate cioè di rilevanza giuridica » (52); altri negano la possibilità di formazione di fattispecie assolutamente nuove, quali i contratti innominati in senso stretto, sostenendo che « poiché tutti i possibili oggetti contrattuali (cose, lavoro, diritti) sono regolati dalla legge, si potranno avere solo delle nuove combinazioni di contratti (più propriamente di elementi legali) » (53). Vi è poi chi, riconducendo tutte le forme contrattuali anomale alla categoria del contratto innominato, distingue tra contratti innominati propri ed impropri, assumendo che, mentre i primi risponderebbero ad una funzione economico-sociale del tutto nuova, i secondi costituirebbero solo una modificazione dei tipi legali, per la mancanza di un requisito essenziale oppure per la presenza di un elemento essenziale ulteriore appartenente ad un tipo diverso, sicché si possa ottenere un contratto innominato improprio sia per difetto che per eccesso rispetto ad una fattispecie tipica (54).

Tra gli autori che individuano tre distinte categorie contrattuali, merita particolare attenzione De Gennaro, autore di una fortunata monografia intitolata « I contratti misti », il quale, distinguendo fra contratti nominati, innominati e misti, sostiene, riguardo alla natura di questi ultimi, che « sono contratti che non coincidono specificamente con nessuno dei tipi legali, e tuttavia si presentano con un contenuto, che non può dirsi assolutamente nuovo rispetto alla legge. Non sono contratti nominati, ma ripugna equipararli agli innominati » (55).

---

(49) Le definizioni sono di La Lumia, *Contratti misti e contratti innominati*, cit., 719.

(50) Cfr. La Lumia, *lc. ult. cit.*; Asquini, *Il contratto di trasporto*, cit., 82 ss.; Arcangeli, *op. cit.*, cit., 203: la *species* dei contratti misti viene ad assumere, negli scritti di alcuni autori, caratteri così rilevanti all'interno della categoria generale dei contratti innominati, che spesso vengono utilizzati indifferentemente gli aggettivi « misto » o « innominato », evidenziandosi in tal modo come lo spazio riservato alla categoria dei contratti innominati in senso ampio sia quasi interamente assorbito dai contratti misti. Cfr. Schreiber, *op. cit.*, 109.

(51) De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 60. In tal senso v. anche Messina G., *Negozi fiduciari*, cit., 131.

(52) Lotmar, *Der Arbeitvertrag*, Leipzig 1908, 193 ss.

(53) È quanto affermato da Planiol, *Traitè elementaire de droit civil*, II, Paris 1928, 481; Id., *Classification sinthétique des contrats*, in *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1904, 470. In tal senso v. anche Brinz, *Pandekten*, IV, Leipzig 1892, 180, dove si afferma che l'autonomia contrattuale consente alle parti di generare una nuova *species* di contratto mediante la combinazione degli schemi esistenti, ma non di dar vita ad un nuovo *genus* di contratto nel senso della creazione di nuovi tipi.

(54) Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette forti di custodia*, cit., 203. Si tratta, tuttavia, di una semplice differenza di denominazioni che non muta la sostanza della distinzione tra contratti innominati e contratti misti.

(55) Cfr. De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 12.

Tali considerazioni circa la natura delle forme contrattuali anomale pongono la questione della disciplina loro applicabile: « Dovrà per essi, farsi capo al ricorso ai principi generali e, se mai, all'analogia, data la loro affinità con i tipi legali? O si deve cercare di ricondurli a uno dei tipi legali, cui sembrano partecipare? O dovranno fruire di una disciplina propria? » (56). Questi gli interrogativi da cui muovono, in termini più o meno espliciti, tutti i giuristi sistematici che affrontano nei loro scritti il tema dei contratti innominati. Pertanto, sia pure nella diversità di angolazioni prospettiche e di soluzioni adottate, è tuttavia possibile individuare un filo conduttore comune nella impostazione dei problemi e nei criteri prescelti dagli studiosi, ovvero nel metodo adottato per lo svolgimento dell'indagine.

Il discorso appare, inoltre, complicarsi laddove insieme alla figura del contratto innominato vengono presi in considerazione gli schemi contrattuali del negozio indiretto, del negozio fiduciario e del negozio simulato, categorie dai contorni sfumati, le cui problematiche possono talora intrecciarsi con quelle proprie dei contratti innominati e confondersi con esse, in assenza di un criterio rigoroso al quale fare riferimento.

6. *Il procedimento di qualificazione dei contratti: la causa come criterio distintivo.* — La riflessione degli autori sistematici in tema di contratti innominati si snoda attraverso l'individuazione di alcuni problemi, posti in successione fra loro, che l'interprete è chiamato ad affrontare quando si ponga dinanzi ad una fattispecie contrattuale, la cui natura giuridica appare incerta.

Converrà dunque esaminare per gradi il procedimento che i giuristi seguono per giungere ad inquadrare la fattispecie dubbia in una delle categorie sopra evidenziate.

La questione preliminare appare quella di stabilire se ci si trovi di fronte ad un contratto unico oppure ad un'unione di contratti stipulati contestualmente: solo nel primo caso, infatti, si potrà procedere nell'analisi volta ad individuare la categoria contrattuale di appartenenza (57). Il problema, tuttavia, non si presenta di facile soluzione, dal momento che, come correttamente rilevato, « l'unità del contratto non è un *quid* ad esso inerente per ragioni intrinseche e naturali, ma una qualità che gli si attribuisce dall'esterno, in diverso senso, secondo il punto di vista da cui lo si considera » (58).

I criteri proposti per svolgere questa prima indagine sono stati di volta in volta ricondotti alla unicità del documento (59), alla unicità del corrispettivo (60) o alla

---

(56) De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 12.

(57) V., tra gli altri, Messina G., *Negozi fiduciari*, cit., 53, il quale avverte che « un postulato concettuale per parlare di contratto innominato è l'unità del contratto; se nella valutazione giuridica della dichiarazione unica della parti si dovesse venire ad ammettere ch'esse hanno concluso uno *actu* due contratti, saremmo nel campo esclusivo dei contratti nominati ».

(58) Hoeniger, *Vorstudien zum Problem der gemitschte Vertrage*, cit., 23.

(59) In tal senso, Schreiber, *op. cit.*, 115.

(60) von Tuhr, *Allgemeiner Teil des deutsches Burg. Rechts*, II, München-Leipzig, 1914, 191, il quale evidenzia, peraltro, come « alla questione della identità e dell'unità di una formazione giuridica non può rispondersi senza un certo grado di arbitrio ». V. anche Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 312, il quale individua varie figure contrattuali riconducibili all'unica categoria del contratto misto, in base a diversi criteri, uno dei quali consiste appunto nell'unicità del corrispettivo: « Contratti con prestazioni plurime di natura diversa contro unico corrispettivo. Così il contratto di pensione, in cui l'ospite riceve vitto, alloggio e servizio per un compenso unitario ». V., inoltre, Ascarelli, *Contratto misto, negozio indiretto* negotium mixtum cum donatione, cit., 464, il quale, pur sostenendo che il criterio distintivo sia da individuarsi nella causa dei negozi, rileva come l'unicità del corrispettivo possa costituire, tuttavia, un indice della unicità del negozio.

volontà delle parti (61), elementi dimostratisi, tuttavia, insufficienti di per sé a costituire criteri discretivi e, pertanto, sostituiti dalla dottrina dominante dal concetto di causa, nell'accezione di « funzione economico-sociale » del contratto (62). In virtù del criterio causale, si è di fronte ad un contratto unico, e non ad un'unione di contratti, laddove vi sia una « causa unica ». Rileva efficacemente Asquini: « ciò che decide l'unità del contratto, non è né l'unità del prezzo, obbietto della controprestazione, né l'unità del tempo, in cui le diverse prestazioni vengono assunte, ma l'unità della funzione economica immediata di queste prestazioni, cioè il rapporto di subordinazione funzionale intercedente tra di esse [...] e poiché questa funzione economica del contratto si designa come la causa del contratto stesso, più sinteticamente si può dire che l'unità del contratto è determinata dall'unità della causa » (63).

Talvolta, il concetto di « causa unica » è inteso quale « nesso tra le prestazioni essenziali del contratto, che realizzano lo scopo immediato dei contraenti [...] attraverso una valutazione del rapporto in cui stanno, dal punto di vista economico, le varie prestazioni [...], in modo da determinare una situazione tale che possa dirsi, in un necessario ritorno alla considerazione della volontà delle parti, che le parti medesime non vorrebbero le varie prestazioni indipendentemente, separatamente le une dalle altre » (64). Tale prospettiva, che si propone di conciliare le concezioni oggettive e soggettive della causa, stabilendo un collegamento tra la funzione economico-sociale e la volontà della parti, è comune a diversi studiosi del tempo, tra i quali Ascarelli, il quale spiega: « L'elemento decisivo è quello del collegamento nella volontà delle parti dei vari scopi da esse perseguiti; quando gli intenti economici perseguiti dalle parti sono strettamente connessi tra loro può parlarsi di un negozio unico » (65). Ed ancora, la medesima impostazione si ritrova già nelle pagine di Arcangeli, il quale osserva in un saggio pubblicato nei primi anni del Novecento: « Quando le singole prestazioni appariscono tra loro connesse per rispondere ad un fine unico che le parti si sono proposto, si dovrà concludere per l'esistenza di un solo contratto [...] Quando invece le varie prestazioni appariscono indipendenti l'una dall'altra e a diversi fini ordinate, si dovrà concludere che concorrono insieme più negozi giuridici caratterizzati da cause diverse » (66).

Una diversa posizione si ritrova nella *Teoria dei contratti* di Francesco Ferrara, il quale ravvisa nella « unione o combinazione di più contratti insieme » non un

---

(61) Cfr. Hoeniger, *Vorstudien zum Problem der gemischten Vertrage*, cit., 23, criticato da Asquini, *Il contratto di trasporto*, cit., 53, il quale osserva che « la funzione della volontà è quella di porre in essere degli stati di fatto, il cui apprezzamento agli effetti giuridici viene fatto obbiettivamente dall'ordinamento giuridico ». Sulla rilevanza dell'intento empirico delle parti e la riconduzione ad esso degli effetti giuridici, cfr. Messina G., *Negozi fiduciari*, cit., 51 ss.

(62) Cfr. Asquini, *Il trasporto terrestre di persone*, cit., 53; Carnelutti, *Natura del contratto di cassetta-forte di custodia*, cit., 481; Messina G., *Negozi fiduciari*, cit., 53; La Lumia, *I depositi bancari*, Torino 1913, 117; De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 49 ss.; Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa*, cit., 75 ss. Già Scialoja V. (*Negozi giuridici*, Roma 1892-1893, specialmente 150 ss.) rilevava come « gli *essentialia negotii* non sono altro che gli elementi necessari a quel negozio di determinato tipo: ora quel negozio in tanto è negozio giuridico di quel tipo, in quanto adempie a quella funzione che il diritto vuol proteggere e tutelare, in quanto ha cioè quella causa; poiché questa funzione è precisamente quella causa ».

(63) Asquini, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, cit., 56. Tale principio era stato già sviluppato dal Lotmar (*Der Arbeitvertrag*, I, Leipzig 1908, 190) e dal Regelsberger (*Vertrag mit zusammengesetzem Inhalt oder Mehrheit von Vertragen - Jherings Iahrbucher*, 1904, 465).

(64) De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 53.

(65) Ascarelli, *Contratto misto, negozio indiretto,* negotium mixtum cum donatione, cit., 464.

(66) Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, cit., 197.

caso di più contratti tipici stipulati contestualmente, bensì una delle ipotesi riconducibili alla categoria dei contratti misti, i quali, si pongono a metà strada tra i contratti tipici regolati e i contratti innominati e possono presentarsi in diverse varietà: « Unione o combinazione di più contratti insieme, possibilmente con soggetti diversi, così pei trasporti per ferrovia in vetture-letto, in cui c'è insieme il contratto di trasporto con l'impresa ferroviaria ed un contratto simile a quello d'albergo con la società delle vetture-letto » (67). L'autore, nell'individuazione di diverse specie di contratti misti, evidenzia come « la discriminazione e differenziazione dei vari tipi contrattuali non riesca sempre facile, anzi presenta talora delle ardue difficoltà, perché la fisionomia di essi ondeggia tra tipi diversi e non assomiglia specificamente ad alcuno dei contratti dalla legge contemplati » (68).

Nell'orientamento della dottrina sistematica prevalente, una volta accertato, in base al criterio causale, che il negozio da interpretare sia « unico » e non si tratti, invece, di più negozi conclusi *uno actu*, si può procedere nell'indagine diretta a stabilire se detta fattispecie debba qualificarsi come contratto nominato, innominato o misto.

Il criterio distintivo è da ricercare ancora una volta nel requisito della causa. Si dovrà cioè indagare se la funzione economica che la formazione contrattuale è chiamata ad assolvere sia del tutto nuova, oppure se sia già contemplata dal diritto positivo nelle norme che disciplinano un tipo contrattuale determinato, o, ancora, se gli elementi di cui si compone detta funzione siano previsti singolarmente da norme dettate in occasione di diversi negozi tipici e, tuttavia, non sia prevista la loro combinazione (69).

Il problema rileva Redenti, è un problema di interpretazione del contratto, riguardato sotto il profilo dello schema causale prescelto dalle parti, avendo cura di considerare non solo il *nomen iuris* ma il contenuto effettivo del contratto: « Prima di tutto bisognerà servirsi della legge per tradurre, quando occorra, le manifestazioni empiriche delle parti in termini giuridici, e determinare in relazione all'oggetto del contratto, interpretato secondo gli art. 1131 ss., gli effetti che si devono considerare come espressamente voluti. Questo servirà anche a determinare se per l'oggetto o per lo schema della sua causa, il contratto rientri o non rientri sotto il tipo di qualche contratto « nominato » o presenti quanto meno delle analogie con

---

(67) Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 312. Egli riconduce ai contratti misti, oltre l'unione o combinazione di più contratti insieme (esempio: contratto di trasporto in vetture-letto), i contratti con prestazioni plurime di natura diversa contro unico corrispettivo (esempio: contratto di pensione), i contratti commutativi con scambio di prestazioni eterogenee (esempio: contratto di portierato), nonché i contratti onerosi misti di donazione (*negotium mixtum cum donatione*).

(68) Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 312.

(69) Cfr. Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, cit., 201 ss., il quale osserva: « ogni tipo deve la sua autonomia all'importanza economica dei negozi in esso compresi, e che rispondono ad un unico bisogno sociale, sarà questo bisogno, diverso da un tipo all'altro, il criterio migliore per distinguere i vari tipi. Questo bisogno, o interesse, è anche detto con parola molto espressiva causa del contratto [...], sicché per conoscere se un dato rapporto possa riconnettersi ad uno o ad altro dei contratti nominati, deve indagarsi: in primo luogo, quale sia la causa dei tipi, tra i quali può cadere la scelta, e quali i caratteri differenziali; in secondo luogo, quali siano le clausole o i patti fondamentali del rapporto in questione; per confrontarli da ultimo con la causa e gli elementi essenziali dei vari tipi, tra i quali può cadere la scelta »; Ascarelli, *Contratto misto, negozio indiretto,* negotium mixtum cum donatione, cit., 464, secondo il quale « quando il contratto è unico rimane da indagare se questo contratto è un contratto tipico e cioè se lo scopo empirico perseguito dalle parti corrisponde a quello di uno dei contratti nominativamente disciplinati nella nostra legislazione o invece un contratto atipico, misto o innominato ». V., anche, Asquini, *Il contratto di trasporto terrestre di persone*, cit., 58 ss.; De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 105 ss.; La Lumia, *Contratti misti e contratti innominati*, cit., 720; Dusi, *Istituzioni di diritto civile*, II, Torino 1929, 95.

contratti « nominati » (70). Una siffatta operazione, egli dice, è fondamentale per il giurista, come lo è per un architetto individuare la struttura portante di un edificio prima di disegnarne le finestre o i cornicioni.

7. *La disciplina applicabile ai contratti innominati e ai contratti misti: l'applicazione analogica, la teoria tradizionale dell'assorbimento e la nuova teoria della combinazione.* — In base alla posizione attribuita ai contratti innominati e ai contratti misti nel sistema del diritto civile, diverse sono le soluzioni adottate in ordine alla disciplina applicabile alle suddette fattispecie.

Tuttavia, nell'impossibilità di ripercorrere l'itinerario svolto da ciascun autore, sacrificando in tal modo alcune note caratteristiche delle singole riflessioni, si possono raccogliere le posizioni degli studiosi sistematici in tre grandi orientamenti, che corrispondono ad altrettante teorie: la teoria dell'applicazione analogica, quella dell'assorbimento e quella della combinazione.

L'applicazione analogica è lo strumento generalmente proposto dai giuristi per far fronte alle lacune della disciplina generale del contratto, cui l'art. 1103 c.c. impone di fare riferimento per regolare i contratti innominati: qualora si presenti, infatti, all'interprete uno schema contrattuale non riconducibile ad alcuno dei contratti nominati, si dovrà in primo luogo avere riguardo alle regole generali stabilite nel titolo IV del libro III del codice civile, ma, in caso di insufficienza di tali norme, nel silenzio della legge, la prevalente dottrina sistematica propone di esperire il procedimento previsto dall'art. 3 disp. prel. in tema di interpretazione della legge: si potrà, cioè, estendere in via analogica alla fattispecie non regolata la norma che disciplini un caso analogo, laddove vi sia identità di *ratio*. Si tratta, quindi, di un'applicazione non immediata ma indiretta della legge, che viene richiamata dagli studiosi al fine di apprestare una disciplina ai contratti innominati in senso ampio, ovvero quelli che presentino elementi di novità non riconducibili in via diretta a nessuna delle norme presenti nell'ordinamento giuridico (71).

A scopo esemplificativo riportiamo la pagina di Francesco Ferrara, il quale chiarisce in modo limpido e incisivo il significato e la portata dell'art. 1103 c.c.: « L'importanza della distinzione tra contratti nominati e non nominati sta in ciò: che mentre i contratti nominati trovano una speciale disciplina per essi dettata, e solo nel caso di lacune e dubbi, si risale alle regole generali in materia di obbligazioni, invece i contratti che non hanno una particolare denominazione, sia civili che commerciali, sono sottoposti alle regole generali sulle obbligazioni e possibilmente all'analogia delle regole sui contratti che presentano con essi maggiori affinità » (72).

Orbene, sull'individuazione della disciplina giuridica dei contratti innominati o

---

(70) Redenti, *I contratti nella pratica commerciale*, cit., 233.

(71) La dottrina sistematica è generalmente concorde nell'applicazione del principio dell'analogia per l'individuazione della disciplina dei contratti innominati in senso stretto. In tal senso, Rava, *Istituzioni di diritto privato*, Padova 1934, 502; Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, Milano 1914, 376; Redenti, *I contratti nella pratica commerciale*, cit., 234; La Lumia, *Contratti innominati e contratti misti*, cit., 723; Chironi, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., 75; Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato italiano*, cit., 303; Stolfi, *Diritto civile*, III, Torino 1932, 141; Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 311. Non si pronunciano, invece, sull'applicazione del principio dell'analogia, facendo riferimento all'applicabilità della sola disciplina del contratto in generale, Gianturco, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 141; Ascoli, *Istituzioni di diritto civile*, cit., 150; Venzi, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., 390; Dusi, *Istituzioni di diritto civile*, cit., II, 13, specifica che ai contratti innominati si applicano solo le regole generali.

(72) Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 351.

atipici in senso ampio, le posizioni della dottrina sembrano confluire nell'utilizzazione dell'analogia, quale strumento necessario ad integrare la disciplina generale, tenuto conto della norma appositamente stabilita dal legislatore, volta a ricondurre ed a contenere entro i limiti dell'ordinamento giuridico la libertà esercitata dai privati (73).

Il problema assume, tuttavia, un aspetto particolare con riguardo alle c.d. « forme contrattuali anomale », definite anche « contratti a doppio contenuto » (74), meglio conosciute come « contratti misti ».

Più specificamente, infatti, in tema di contratti misti, al di là dell'applicazione del principio analogico, due sono le teorie che si contendono il campo agli albori del secolo ventesimo, fondate rispettivamente sul principio dell'assorbimento e della combinazione.

La teoria dell'assorbimento appare propria della dottrina tradizionale, la quale nega autonomia concettuale alla categoria del contratto misto o, per lo meno, ritiene che tale categoria non meriti un trattamento diverso da quello riservato ai contratti nominati, quanto alla disciplina. I giuristi che aderiscono a tale orientamento accolgono tendenzialmente il principio secondo il quale tutti i rapporti contrattuali, più o meno complessi, vadano ricondotti entro i tipi legislativamente previsti, dovendosi a tal fine avere riguardo alla prestazione principale, che assume pertanto carattere assorbente rispetto alle altre. In quest'ottica, non sarà possibile applicare in via analogica norme proprie di diversi tipi contrattuali, a meno che queste siano compatibili con la disciplina della prestazione principale adottata per l'intero contratto.

Tale teoria, elaborata dalla dottrina tedesca nel secolo XIX (*Absorptionstheorie*) (75), ha il merito di tutelare l'esigenza di certezza nei rapporti giuridici ed è sostenuta in Italia da voci autorevoli, quali quelle del Barassi e dell'Asquini, il quale ultimo individua « il fondamento razionale del principio dell'assorbimento » nella « capacità organica dei tipi legali di contratto di estendere la loro sfera di applicazione a tutti i contratti, caratterizzati da una stessa funzione economica » (76). Il Barassi, dal canto suo, afferma che « se vi è unicità il tipo contrattuale sarà quello cui appartiene l'elemento prevalente », fondando tale assunto sulla norma dell'art. 1554 c.c., che sancisce, nel suo comma 1, il divieto di rescissione del contratto di permuta e prosegue al comma 2: « Se però si è convenuto a carico di uno dei permutanti un rifacimento in danaro che supera il valore dell'immobile da lui dato in permuta, tale contratto si considera una vendita e l'azione di rescissione spetta a che ha ricevuto il rifacimento » (77).

Il principio dell'assorbimento è tuttavia oggetto di vivaci critiche da parte della prevalente dottrina sistematica, che ravvisa in esso un'eccessiva compressione della libertà contrattuale: i privati, infatti, vedrebbero costrette, in tal modo, entro gli

---

(73) La teoria dell'applicazione analogica, peraltro, è ritenuta applicabile in particolare ai contratti misti da parte di coloro che, non accettando la categoria autonoma del contratto misto, distinguono semplicemente tra contratti innominati *propri* ed *impropri*. In tal senso, Schreiber, *Gemischte Vertrage im Reichsschuldrecht*, in *Iherings Jahrbucher*, 1911, 106; Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, cit., 180; La Lumia, *Contratti innominati e contratti misti*, cit., 722.

(74) La definizione è di Endemann, *Lehrbuch des burg. Rechts*, I, Berlin 1903, 907.

(75) V. specialmente Lotmar, *Der Arbeitvertrag*, cit., 193 ss.

(76) Asquini, *Il contratto di trasporto*, cit., 91, il quale si muove nelle linee direttrici tracciate dal Lotmar. V., anche, Redenti, *I contratti nella pratica commerciale*, cit., 234, secondo il quale « l'incertezza bisognerà che la risolva il giudice, in base ai caratteri prevalenti ».

(77) Barassi, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano 1934, 323.

angusti limiti della disciplina dettata per i singoli contratti nominati, le fattispecie contrattuali nuove, cui possono dar vita in forza dell'autonomia negoziale.

Il problema è avvertito specialmente con riguardo a quei contratti misti utilizzati più frequentemente nella pratica commerciale, quali, ad esempio, il servizio bancario delle cassette forti di custodia, la cui natura è oggetto di un acceso dibattito tra i giuristi del tempo (78), o ancora, il contratto di trasporto di persone, la locazione di una camera con servizio di pulizia, il contratto di portierato ecc., fattispecie caratterizzate da prestazioni di tipo diverso, nessuna delle quali « prevalente » rispetto all'altra e, quindi, difficilmente riconducibili ad una sola forma contrattuale tipica.

L'esigenza di dotare la categoria del contratto misto di autonomia concettuale e, dunque, di una disciplina particolare, si fa strada inizialmente nella dottrina tedesca e si afferma con l'evoluzione dei rapporti economici, la cui componente essenziale risulta essere proprio la libertà contrattuale, che, vanificata dall'applicazione del principio dell'assorbimento, necessita di un'adeguata tutela.

Il giurista cui si attribuisce l'elaborazione del nuovo principio destinato a contendere il campo alla teoria dell'assorbimento è lo studioso tedesco Enrico Hoeniger, il quale, affermando l'esistenza di una relazione astratta tra i singoli elementi di fatto e le norme ad essi riconnesse dalla legge, sia pure in occasione di una sola formazione contrattuale, propone una nuova disciplina dei contratti misti, risultante dall'applicazione diretta e combinata delle norme relative a ciascuno dei tipi concorrenti, donde la denominazione di teoria della combinazione o *Kombinationstheorie* (79).

Tale teoria incontra il consenso di alcuni eminenti giuristi italiani (80), in particolare di Giuseppe Messina, il quale, dopo aver dichiarato apertamente di aderire al principio della combinazione (« noi crediamo positivamente fondata nel nostro diritto la modalità che risponde al c.d. « principio di combinazione » anzi che l'altra detta del principio di assorbimento »), soggiunge: « i contratti nominati nel loro assieme rappresentano non soltanto un complesso di regole di notevole praticità per la loro applicazione, per così dire, meccanica, ma racchiudono il materiale di una serie amplissima di schemi contrattuali mobili e sono fonte del regolamento diretto di una vasta categoria di contratti innominati » (81).

Anche la teoria della combinazione, tuttavia, non è esente da critiche, che si fondano essenzialmente sull'arbitrarietà della frammentazione di una disciplina unitaria ed organica, dettata per regolare una fattispecie contrattuale complessivamente considerata (82).

Non mancano, infine, posizioni intermedie in ordine al problema della disciplina dei contratti misti, tra le quali emerge quella di Tullio Ascarelli, il quale non aderisce pienamente a nessuna delle teorie sopra enunciate e, tuttavia, non ne

---

(78) V., tra gli altri, Arcangeli, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, cit., 179; Carnelutti, *Natura del contratto di cassetta-forte per custodia*, cit., 902; Scialoja A., *Sulle casse-forti di custodia*, in *Giur. it.*, 1907, IV, 241; Cogliolo, *Le cassette-forti di custodia noleggiate sotto nome fittizio*, in *Scritti varii di diritto privato*, Torino 1917, 208.

(79) Hoeniger, *Vorstudien zum Problem der gemischten Vertrage*, cit.; v., anche, Rumelin, *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen 1905.

(80) Ferrara F., *Teoria dei contratti*, cit., 311 ss.; De Gennaro, *I contratti misti*, cit., 182 ss., secondo il quale « il principio della combinazione può essere considerato il principio unico regolatore dei contratti misti », considerando, tuttavia, i gruppi di norme così ricavati non come una « somma », ma come un « organismo ».

(81) Messina G., *Negozi fiduciari*, cit., 90 s.

(82) V., tra gli altri, Osti, *Contratto*, cit., 70.

esclude nessuna, cercando piuttosto di conciliarle. Egli, infatti sostiene l'applicazione della teoria dell'assorbimento finché sia possibile individuare nella fattispecie mista un elemento prevalente rispetto agli altri; dove ciò non sia possibile, si dovrà ricorrere alle norme che disciplinano i singoli tipi contrattuali presenti nella fattispecie da regolare, le quali, tuttavia, non dovranno trovare applicazione in via diretta, in conformità del principio della combinazione, bensì in via analogica: « Tra le prestazioni pattuite può non esservene alcuna o esservene, invece, più di una che può dirsi principale rispetto alle altre, sì che sarà giocoforza ricorrere alla teoria dei contratti misti e innominati. Bisognerà allora applicare in via analogica, combinandole tra loro, le norme legislative dettate per i vari contratti cui corrisponderebbero le varie prestazioni isolatamente considerate; bisognerà risalire dalle disposizioni particolari del codice a quei principi più generali che possono valere a regolare anche i contratti non disciplinati nominativamente » (83).

La tesi dell'Ascarelli si rivela originale e anticipatrice dell'orientamento dominante nella dottrina e nella giurisprudenza posteriori, le quali, conformandosi alle direttive impartite dal legislatore nell'art. 12 disp. prel. al codice civile del 1942, individueranno nell'analogia l'insostituibile strumento di autointegrazione dell'ordinamento giuridico, che vieta all'interprete di volgersi al di fuori di esso per ricercare la norma da applicare alle fattispecie concrete carenti di disciplina giuridica. Tuttavia, appare legittimo e doveroso per il giurista dei nostri tempi chiedersi se, nell'era della globalizzazione, non si debbano elaborare nuovi criteri interpretativi, in grado di « inseguire » fenomeni che, nati sul fondamento dell'autonomia privata, inevitabilmente sospingono l'interprete oltre i confini dei singoli ordinamenti giuridici (84).

MARIA BARELA

(83) ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto,* negotium mixtum cum donatione, cit., 465.

(84) Sul rapporto tra « spazio » e « diritto » v., da ultimo, IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2001.