

PARTE VII

LA PARTE GENERALE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: *Cap. XVIII.* Il contratto: i requisiti e la formazione. – *Cap. XIX.* Le tutele contrattuali.

CAPITOLO XVIII

IL CONTRATTO: I REQUISITI E LA FORMAZIONE

SOMMARIO: 1. Il contratto. – 2. La disciplina del contratto tra autonomia privata e legge. – 3. Contratti tipici e contratti atipici. – 4. Disciplina generale del contratto e regole particolari per i contratti dei consumatori. – 5. I requisiti del contratto. – 6. L'accordo e le parti. – 7. Trattative e responsabilità precontrattuale. – 8. Vincoli, unilaterali e bilaterali, nella formazione del contratto. – 9. La conclusione del contratto. – 10. La rappresentanza. – 11. La causa. – 12. L'oggetto. – 13. La forma. – 14. Il contenuto. – 15. L'interpretazione del contratto. – 16. Regolamento contrattuale e buona fede. – 17. Gli effetti del contratto. – 18. L'integrazione degli effetti. – 19. Autonomia privata e governo degli effetti: scioglimento per mutuo consenso e recesso unilaterale. – 20. Gli elementi accidentali del contratto: condizione, termine e modo. – 21. La successione nel contratto.

1. *Il contratto*

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

Sia che si tratti di soddisfare bisogni della vita quotidiana o esigenze del tempo libero (procurarsi beni alimentari di prima necessità, avere il godimento di un appartamento per viverci, abbonarsi a un periodico o ad una stagione teatrale ecc.), sia che si tratti di conservare o incrementare il proprio patrimonio o procurarsi i beni di produzione per lo svolgimento di un'impresa (ottenere un prestito in denaro dalla banca, assumere lavoratori, procurarsi la fornitura di energia elettrica, vendere la propria automobile), gli individui e gli enti devono entrare in relazione tra loro, al fine di scambiare beni e servizi o cooperare per la realizzazione di un obiettivo comune. L'incontro delle loro volontà e le loro determinazioni di carattere economico producono effetti rilevanti per il diritto (il trasferimento della proprietà di un bene da Tizio a Caio, la fissazione di regole, rilevanti per il diritto, che governeranno per un periodo più o meno lungo il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore, banca e cliente, ovvero la vita della società ecc.). Lo strumento ad essi apprestato è appunto il contratto.

Il contratto, secondo il disposto dell'art. 1173 c.c., è una delle fonti delle obbligazioni [v. *supra* cap. XIV § 4]: da esso (dalla sua valida stipulazione) trarrà origine il vincolo giuridico che legherà le parti, obbligando entrambe o una di esse ad un comportamento (dare, fare, non fare) a vantaggio dell'altra parte che vanterà al riguardo

una pretesa (secondo il rapporto creditore-debitore proprio dell'obbligazione). Il contratto è anche l'atto mediante il quale circolano i diritti: idoneo cioè a produrre, quale effetto ad esso riconosciuto dall'ordinamento giuridico, il trasferimento dei diritti (art. 1376 c.c.). La funzione del contratto, nei termini ora ricordati, è ben esplicitata dalla nozione di cui all'art. 1321 c.c.: «Il contratto è l'accordo di due o più parti diretto a costituire, modificare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

La presenza di due o più parti e la patrimonialità del rapporto giuridico che ne è oggetto delineano la distinzione tra contratto e **negozio giuridico** [v. *supra* cap. II § 2]. Del negozio giuridico il contratto presenta la caratteristica essenziale di essere espressione della volontà di chi ne è autore, alla quale l'ordinamento riconosce l'attitudine a produrre effetti giuridici; caratterizzandosi però, intanto, per la necessaria presenza di almeno due parti. Il contratto è così negozio necessariamente bilaterale (es. la compravendita, la locazione, il mutuo ecc., ove sono presenti due parti, venditore e compratore, locatore e conduttore, mutuante e mutuatario) o plurilaterale (il contratto di società, di cui possono essere parte due o più soci). Il **contratto unilaterale** è, comunque, contratto, con la presenza di due parti, dal momento che l'unilateralità si riferisce con certezza al solo profilo del rapporto obbligatorio: il contratto si dice unilaterale quando da esso sorgono obblighi a carico di una sola parte. Non mancano, tuttavia, sintomi che inducano ad intravedervi lo schema del negozio unilaterale ad effetti esterni [v. *supra* cap. II § 1].

La regolazione dei propri interessi, anche non patrimoniali, è consentita ai privati anche mediante atto unilaterale, ma si tratterà, appunto, di un negozio e non di un contratto (ad es. **testamento**). Per aversi un contratto occorre che vi sia l'incontro di volontà di due o più parti, intendendosi con tale termine non i soggetti ma i centri di interesse a cui risale il regolamento contrattuale, che potrebbero essere costituiti anche da più soggetti (ad es. più comproprietari che vendono un appartamento sono un'unica parte, venditrice, che ha come dirimpestaia l'altra parte, acquirente).

Il secondo elemento che connota il contratto nell'ambito della categoria del negozio è la circostanza che l'accordo sarà considerato e disciplinato come contratto solo se rivolto a far nascere, modificare, o estinguere un rapporto giuridico di natura patrimoniale. La **patrimonialità** non deve necessariamente caratterizzare l'interesse della o delle parti, ma attiene al contenuto del rapporto: devono essere suscettibili di valutazione economica gli impegni così assunti e le conseguenze prodotte nella sfera giuridica delle parti. Come si è già detto, il contratto è una delle fonti dell'obbligazione; e il requisito della patrimonialità si atteggia nel contratto come nell'art. 1174 c.c. L'interesse della parte del contratto – al pari di quello del creditore – può essere di varia natura, ma non così la sua pretesa e l'impegno assunto dalla sua controparte (o in generale i diritti ed obblighi delle parti), che devono avere carattere patrimoniale. Assistere ad una rappresentazione teatrale, ad una partita di calcio o all'esibizione del cantante preferito, risponde ad una esigenza squisitamente ricreativa, di piacere, il cui valore del tutto soggettivo difficilmente potrebbe esprimersi attraverso un "prezzo". Se per procurarsi tale piacere, tuttavia, si deve acquistare un biglietto di ingresso al teatro o allo stadio, il fine

ricreativo entra a far parte di uno “scambio” economicamente apprezzabile tra lo spettatore e l’organizzatore dell’evento, il cui contenuto patrimoniale è espresso dal prezzo del biglietto pagato in cambio del servizio: valore economicamente determinato di cui si avrà diritto, ad es., di ottenere la restituzione ove l’evento venga annullato anche per cause di forza maggiore. In concreto, la verifica sarà agevole nei casi in cui una valutazione economica sia espressamente concordata tra le parti o, all’opposto, sia impossibile o addirittura ripugni alla coscienza sociale: se ci si accorda col vicino di casa perché dia di tanto in tanto un’occhiata al proprio appartamento mentre si è in vacanza, o se si presta assistenza e compagnia ad un amico infermo non potrà parlarsi di contratto, essendo difficilmente rintracciabile un apprezzamento economico, secondo la logica di mercato, dell’attività prestata; e non lo sarà certamente l’impegno di due amici a scambiarsi i libri da leggere o il motorino; ma non sempre la distinzione è agevole. Le parti potrebbero avere previsto un compenso per una prestazione che consente pur sempre un apprezzamento economico per quanto non desumibile da relazioni di mercato, sia del sacrificio di uno che del vantaggio dell’altro, e siffatta “patrimonializzazione” permetterebbe di rintracciare in questo accordo un contratto. In realtà quando si tratta di rapporti caratterizzati dalla cortesia (come ad es. proprio i rapporti di vicinato) o da amicizia, affetto, solidarietà, potrebbe mancare spesso, ancor prima della patrimonialità, la stessa giuridicità del vincolo: le parti potrebbero aver inteso mantenere l’impegno nell’ambito, appunto, dei meri rapporti di cortesia o amicizia o dei c.d. accordi tra gentiluomini. Per tracciare il confine tra ciò che è destinato a rimanere fuori del diritto, i rapporti di cortesia appunto [v. *supra* cap. XIV § 2], e ciò che invece cade in tale ambito (la giuridicità del vincolo), l’indagine deve appuntarsi sulla volontà delle parti e sull’affidamento che l’una abbia fatto sull’impegno dell’altra, potendo non essere decisiva la presenza o meno di un corrispettivo, trattandosi di prestazione dovuta ma a titolo gratuito.

Fuori dal campo dei rapporti patrimoniali non può parlarsi di contratto. Non è contratto ma negozio giuridico bilaterale il **matrimonio**, destinato a produrre effetti nella sfera giuridica personale oltre che patrimoniale dei coniugi. L’ordinamento assegna in questo caso ai privati ambiti più ristretti di autoregolamentazione dei propri interessi rispetto a quelli consentiti quando è in gioco l’autonomia contrattuale, come delineata nell’art. 1322 c.c. È generalmente esclusa la qualificazione come contratti anche delle **convenzioni matrimoniali**, accordi che pur avendo ad oggetto esclusivamente il regime patrimoniale tra i coniugi incontrano, quanto a contenuto ed effetti, rigorosi vincoli posti dagli artt. 210 e 211 c.c. in considerazione dello stretto nesso con rapporti e diritti di natura personale. È invece (correttamente) denominato **contratto di convivenza** quello che, ai sensi dell’art. 1, co. 50, l. 76/2016, può essere stipulato dai conviventi di fatto [v. *supra* cap. VI § 10.2]: con tale accordo infatti i conviventi disciplinano (esclusivamente) «i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune».

La maggior parte dei rapporti giuridici patrimoniali tra vivi si costituisce, modifica o estingue per contratto; la legge tuttavia non esclude che anche una manifestazione unilaterale di volontà possa produrre effetti giuridici di natura patrimoniale: si pensi

alla remissione del debito da parte del creditore, ma anche all'accettazione dell'eredità, al recesso da un contratto o da una società. Agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale fa espresso riferimento l'art. 1324 c.c., al fine di estendervi, in quanto compatibile e fatte salve diverse disposizioni di legge (si pensi alla particolare disciplina del negozio unilaterale *mortis causa*, qual è il testamento), il regime del contratto. L'ordinamento, tuttavia, guarda con una certa cautela al negozio giuridico unilaterale a contenuto patrimoniale quale fonte di obbligazioni: la dottrina ha tradizionalmente difeso una interpretazione dell'art. 1987 c.c. (**promesse unilaterali**) nel senso della necessaria tipicità dei negozi unilaterali con cui il soggetto assume un'obbligazione [v. *supra* cap. XVI § 1]; in generale, l'atto unilaterale può produrre effetti nella sfera giuridica altrui solo nei casi previsti dalla legge o dal contratto. Tali effetti peraltro, come precisa l'art. 1334 per tutti gli atti unilaterali, si producono dal momento in cui vengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati (**recettività**). All'atto unilaterale a contenuto patrimoniale si applicherà la disciplina dei requisiti (soprattutto causa ed oggetto), dell'invalidità e della forma, previsti per il contratto; ma anche la disciplina dell'interpretazione, avuto riguardo ovviamente al comportamento del solo autore del negozio; il criterio della buona fede soccorrerà ai fini dell'interpretazione, e in questo caso si dovrà tenere in considerazione l'affidamento riposto dal destinatario della promessa.

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

Nel linguaggio comune, ma talvolta anche nelle espressioni usate dal legislatore, il termine contratto si presta ad indicare sia l'atto di autonomia privata, cioè l'accordo, sia il testo del documento contrattuale, ove esistente, nel quale è versato tale accordo, sia il regolamento contrattuale che da quell'accordo discende e dunque il rapporto giuridico su cui l'accordo interviene. Malgrado il codice usi anche a questo riguardo il termine contratto (v. ad es. artt. 1375, 1453, 1469 c.c.), quando si parla dell'esecuzione del contratto e degli effetti giuridici da esso prodotti appare più corretto riferirsi al **rapporto contrattuale**: nelle norme citate l'ordinamento prende in considerazione non l'accordo ma l'attuazione di esso e, dunque, i diritti ed obblighi che ne discendono ovvero le vicende del rapporto giuridico di cui l'accordo è fonte.

Le singole previsioni nelle quali si articola e si specifica l'accordo costituiscono in-

vece le **clausole** del contratto. Esse di regola vanno considerate unitariamente e nel loro complesso, essendo in gioco la ricostruzione, per il loro tramite, della volontà delle parti: da qui la regola secondo cui esse si interpretano le une per mezzo delle altre (art. 1363 c.c.). Sono tuttavia suscettibili di una considerazione separata: la nullità di una singola clausola o di più clausole non travolge l'intero contratto quando risulta che i contraenti lo avrebbero concluso anche senza questa parte o quando sia possibile sostituire di diritto la clausola pattizia nulla con altra prevista da norma imperativa (art. 1419, co. 1 e 2, c.c.); ovvero quando tale effetto conservativo è espressamente previsto dalla legge. È questo il caso delle clausole vessatorie nulle nei contratti dei consumatori (art. 33 cod. cons.) la cui invalidità non travolge l'intero contratto [v. *infra* § 14]; ma anche la **clausola compromissoria** (con cui le parti convengono di devolvere ad arbitri le controversie derivanti dal contratto) è considerata dalla legge come autonoma, e dunque non viene travolta dall'eventuale invalidità del contratto che la ospita (art. 808, co. 2, c.p.c.) e, se nulla, non conduce alla caducazione di quest'ultimo.

2. La disciplina del contratto tra autonomia privata e legge

Il principio che sta a base della disciplina del contratto, nel sistema giuridico italiano, è quello dell'autonomia contrattuale ossia della libertà dei privati, salvi i limiti previsti dalla legge, di autoregolare i propri rapporti economici per il tramite, appunto, dello strumento del contratto. L'art. 1322 c.c. vi fa espresso riferimento nella sua rubrica (**autonomia contrattuale**) e ne sancisce gli aspetti più rilevanti: le parti, recita il co. 1, possono determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Ai privati è consentito anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, cioè **contratti atipici** [v. *infra* § 3] purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, co. 2, c.c.).

A chiarire, rafforzare e completare la portata del principio sancito nell'art. 1322 c.c. sta l'art. 1372 c.c. circa l'**efficacia** del contratto. «Il contratto ha forza di legge tra le parti» afferma l'art. 1372, co. 1, c.c., a sottolineare che l'ordinamento giuridico riconosce ai privati (seppur entro i limiti che di volta in volta possono intervenire) un potere di “autonormazione”, cioè il potere di darsi da sé, esercitando la propria autonoma determinazione, regole vincolanti, di forza pari a quella della legge. Conseguenza di ciò è il principio che gli anglosassoni ben esprimono con il concetto di *privity* del contratto e che trova sanzione nell'art. 1372, co. 2, c.c.: salvi i casi previsti dalla legge, “il contratto non produce effetto rispetto ai terzi”. Il vincolo di fonte privata non può che valere per le parti che lo hanno voluto. Sugli effetti del contratto si tornerà di seguito [v. *infra* § 17].

L'autonomia contrattuale, lo si è già detto, si manifesta in molteplici direzioni. I privati sono intanto liberi – sempre che la legge non preveda limitazioni al riguardo – di decidere *se* stipulare un contratto, *quando*, *come* e *con chi*; anche se la maggiore espressione dell'autonomia contrattuale è ovviamente la scelta del **tipo contrattuale** (o

di schemi diversi da quelli tipizzati dall'ordinamento) e soprattutto quella del contenuto, cioè del concreto regolamento di interessi. È l'accordo delle parti, in generale, che determina il corrispettivo, le modalità e i tempi di esecuzione delle prestazioni, le garanzie, il termine di durata; ancora, le parti possono individuare e regolare i loro diritti ed obblighi, purché compatibili con la causa del contratto, e decidere anche sulle cause di scioglimento (ad es. la **clausola risolutiva espressa** che prevede la risoluzione in via stragiudiziale per un inadempimento anche non grave contrattualmente previsto: art. 1456 c.c.) [v. *infra* cap. XIX § 7.1]; o sulle conseguenze dell'inadempimento: la **clausola penale**, di cui all'art. 1382 c.c. con cui esse predeterminano l'ammontare del danno in caso di inadempimento [v. *supra* cap. XIV § 10.7]. La disciplina dei contratti è affidata, almeno in linea generale, a norme **dispositive**, che possono essere cioè derogate dalle parti e che svolgono una funzione di supplenza (c.d. norme **suppletive**) nel caso in cui un aspetto del regolamento contrattuale non sia stato determinato dall'accordo delle parti. Quando sono in gioco interessi generali e principi fondamentali che la legge non consente ai privati di mettere in discussione, l'autonomia contrattuale trova invece limiti in **norme inderogabili o imperative**. Alcuni accordi, proprio per le conseguenze che producono, sono vietati dalla legge. Ad es., la legge intende preservare la libertà di ciascuno di disporre della sorte dei propri beni dopo la morte (salvi i diritti riconosciuti ai congiunti secondo le regole della successione dei legittimari); per questo, tranne che si tratti di patto di famiglia, espressamente ammesso, il codice civile vieta, sancendone la nullità, i **patti successori**, cioè gli accordi con cui taluno dispone della propria successione ovvero dei diritti che gli possano derivare da una successione non ancora aperta o rinuncia ai medesimi [v. *supra* cap. VII § 7]. In generale, come si vedrà, il controllo più penetrante sulla meritevolezza dell'atto di autonomia privata si realizza da parte dell'ordinamento per il tramite della verifica sulla esistenza e liceità della **causa**.

Quanto al contenuto e ai limiti della libera determinazione lasciata ai contraenti, le parti potranno poi inserire nel contratto clausole limitative della responsabilità di una o ciascuna di esse per violazione delle obbligazioni nascenti dal contratto; ma non fino al punto di escludere anche la responsabilità per dolo o colpa grave, e clausole siffatte saranno nulle (art. 1229, co. 1, c.c.). Le clausole o i prezzi previsti da norme imperative saranno inseriti di diritto nel contratto e sostituiranno pattuizioni difformi eventualmente previste dalle parti, che sono colpite da nullità (artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c.). Nei contratti dei consumatori, le **clausole vessatorie** – che determinino cioè un eccessivo squilibrio tra i diritti ed obblighi delle parti in danno del consumatore – sono nulle [v. *infra* § 14]. L'apposizione di un termine alla durata del contratto talvolta (in particolare nel contratto di lavoro) è subordinata a determinati presupposti e formalità, mentre in alcuni casi il termine minimo di durata del contratto è previsto dalla legge con norma inderogabile (es. affitti agrari), con la conseguenza che una eventuale clausola pattizia che preveda un termine inferiore a quello minimo sarà nulla e sostituita di diritto dalla regola di fonte legale. In questo caso si è in presenza di una **integrazione cogente** della volontà dei privati, poiché l'espressione delle loro scelte, cioè la clausola contrattuale,

non solo è espunta dal contratto per effetto della nullità comminata dalla legge, ma è sostituita di diritto da quella prevista (con norma inderogabile). È questo il meccanismo delineato nell'art. 1339 c.c.

Diverso è il regime delle c.d. **clausole d'uso**. Ai sensi dell'art. 1340 c.c. «le clausole d'uso si intendono inserite nel contratto se non risulta che non sono state volute dalle parti». Non si tratta qui di una integrazione cogente, e cioè dell'inserimento nel contratto di clausole imposte, malgrado o anche contro il volere delle parti; il riferimento è qui alle consuetudini del commercio, che, a meno di una espressa volontà contraria delle parti, possono aiutare a completare il regolamento di interessi per taluni aspetti non previsti dai contraenti. Le clausole d'uso intervengono dunque a completare il contenuto del contratto, a supporto della compiutezza del regolamento contrattuale, a meno che le parti non abbiano espresso una volontà contraria.

In qualche misura opposto è il modo di operare delle c.d. **clausole di stile**, vale a dire quelle clausole che sono state sì inserite nell'accordo dalle parti, ma che non esprimono una effettiva, specifica volontà delle parti, e solo un modo consueto e “formale” di completare l'atto nella sua veste stilistica: si tratta, come spiega la giurisprudenza, di espressioni generiche, di frequente inserite nei contratti e specie in quelli stipulati con atto notarile; ad es., le formule secondo cui il bene è trasferito “nello stato di fatto sussistente” o “con accessori e pertinenze” sono del tutto generiche e, proprio per la eccessiva ampiezza e indeterminazione, manifestano una funzione di semplice completamento formale. L'accentuata genericità rende impossibile attribuire a tali clausole un qualche significato ai fini della determinazione del contenuto del contratto o trarne alcun contributo utile a ricostruire la volontà delle parti in sede di interpretazione del contratto. Esse sono pertanto inefficaci o, secondo parte della dottrina, nulle per indeterminazione dell'oggetto.

Se si torna ai limiti alla libertà contrattuale, soprattutto nella disciplina del contratto di lavoro e, più di recente, dei contratti tra professionisti e consumatori, si fa più intenso l'intervento legislativo volto a ridurre i margini di autonomia privata nella determinazione del regolamento contrattuale, a tutela della minore forza contrattuale di una delle parti (lavoratore, consumatore): la disciplina, dunque, si caratterizza per essere per lo più inderogabile o ammette deroghe solo se più favorevoli al lavoratore o al consumatore. Si versa qui nel campo dei limiti di legge alla libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto. Altrettanto intenso – e per questo eccezionale – il limite che si sostanzia nel divieto legale di stipulare taluni contratti atipici. L'obiettivo di unificare e razionalizzare le regole che presiedono alla concessione in godimento di fondi rustici per finalità produttive ha condotto il legislatore, prima più timidamente (l. 756/1965, divieto di stipulare contratti di mezzadria) e poi decisamente (l. 203/1982), a vietare la stipula di contratti agrari che non assecondino lo schema dell'affitto. Il contratto “atipico” eventualmente stipulato dalle parti sarà comunque ricondotto alla disciplina di questo (unico) tipo legale.

A fronte della generale **libertà di forma** [v. *infra* § 13] la legge può imporre che il contratto sia stipulato con una determinata forma, a pena di nullità. Quanto poi, a mon-

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

Non può ricondursi all'ambito dei limiti posti dalla legge all'autonomia privata l'**integrazione degli effetti** del contratto di cui all'art. 1374 c.c. [v. *infra* §18]. A differenza della c.d. integrazione cogente, già ricordata, (a seguito della quale la regola di fonte legale prevista da una norma imperativa, ad es. sulla durata del rapporto, o sulla misura del corrispettivo, si inserisce automaticamente nel contratto in luogo di quella nulla perché contraria alla norma imperativa), l'integrazione di cui all'art. 1374 c.c. (c.d. **suppletiva**), interviene a completare gli effetti del contratto per la parte non regolata dall'autonomia privata. Prevedendo l'integrazione degli effetti del contratto la legge in questo caso non intende limitare lo spazio lasciato alle scelte dei privati o sostituirsi a queste, ma indicare il modo con cui debba completarsi il regolamento contrattuale per quei profili che le parti abbiano trascurato. Come meglio si vedrà a suo tempo, il regolamento contrattuale (e dunque gli obblighi a carico delle parti e i corrispondenti diritti), per tutto quanto non abbia trovato espressa previsione nell'accordo, troverà la sua fonte nella legge o, in mancanza, negli usi (la consuetudine) e nell'equità.

Il contratto, pur espressione precipua dell'autonomia dei privati, non vive dunque fuori dalla legge e a prescindere da essa. E non solo perché, come si è detto, quando sono in gioco interessi generali e principi fondamentali che la legge non consente ai privati di mettere in discussione l'autonomia contrattuale trova limiti in norme imperative (i limiti cui allude l'art. 1322 c.c.). Più in generale, se l'accordo di due o più parti può produrre gli effetti giuridici sopra indicati – far nascere un vincolo obbligatorio del quale si potrà pretendere il rispetto dinanzi al giudice, consentire il trasferimento di un diritto da un soggetto ad un altro – è perché la legge riconosce ad esso tale effetto (art. 1372 c.c.). È pur sempre l'ordinamento giuridico, secondo le sue regole – che possono variare da uno Stato all'altro – che determina i presupposti e le condizioni affinché l'atto di autonomia privata possa produrre effetti giuridici, rilevanti dunque per l'ordinamento e da questo riconosciuti; lo rende esplicito l'art. 1325 c.c. che indica quali **requisiti** debba avere l'atto di autonomia per definirsi contratto; o, ancora, la regola dettata dall'art. 1376 c.c., senza la quale l'effetto del trasferimento del diritto non potrebbe determinarsi in conseguenza del semplice consenso delle parti, ma richiederebbe altri atti di volontà o comportamenti, come avviene in altri ordinamenti.

In ciascun ordinamento i limiti all'autonomia privata possono essere diversamente individuati; così come possono variare le regole che presiedono alla espressione di autonomia privata nei rapporti patrimoniali, cioè le regole che dettano la c.d. **disciplina generale del contratto**. Per questo è necessario stabilire quale legge si applichi al contratto. Un dubbio in tal senso non avrebbe motivo di porsi se i contratti e, dunque, in gene-

rale gli scambi economici avvenissero sempre e soltanto tra soggetti che appartengono al medesimo Stato (e dunque al medesimo ordinamento giuridico) e si riferissero a beni situati nel medesimo Stato. I cittadini sono soggetti alla legge dello Stato cui appartengono, sicché il contratto concluso da due italiani, destinato a produrre effetti nel medesimo ordinamento (ove ad es. siano situati i beni trasferiti o ceduti in godimento) sarà regolato dalla legge italiana e, per la disciplina generale, dagli artt. 1321 ss. c.c. Il problema della ricerca della legge applicabile al contratto si pone però quando le parti contraenti hanno diversa nazionalità (i c.d. **contratti transfrontalieri**): qui occorrerà decidere a quale dei due ordinamenti giuridici, cui rispettivamente appartengono i contraenti, occorrerà fare riferimento; oppure quando il contratto è destinato a produrre effetti (ad es. il trasferimento della proprietà) su beni che si trovano collocati altrove e sottoposti a particolari regimi giuridici da altro ordinamento. È questo il c.d. “conflitto” di leggi, che viene risolto attraverso le regole che ciascuno Stato si dà al riguardo, all’interno di quel settore dell’ordinamento che prende il nome di **diritto internazionale privato**.

In Italia, occorre fare riferimento alla l. 218/1995. Nel caso di “obbligazioni contrattuali”, l’art. 57 della legge rinvia alle regole contenute in una fonte internazionale, vale a dire la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva in Italia con la l. 975/1984. Tale rinvio deve oggi inquadrarsi nel contesto normativo determinatosi a seguito della emanazione del reg. 593/2008/CE «sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», denominato “Roma I”. Ai sensi del suo art. 24, «il regolamento sostituisce la Convenzione di Roma negli Stati membri». Nel caso delle obbligazioni contrattuali (escluse dunque quelle relative a rapporti familiari, rapporti patrimoniali tra coniugi, successioni *mortis causa*, rapporti societari) il principio generale è quello della libertà di scelta: il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. Tale scelta non può essere però rivolta precipuamente ad eludere l’applicazione di norme imperative: «La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate “disposizioni imperative”». Così ora l’art. 3, co. 3, reg. 503/2008/CE. Se nessuna scelta viene (validamente) espressa dalle parti, la legge che regola il contratto sarà individuata per il tramite dei **criteri di collegamento** di cui al diritto internazionale privato, cioè in base ad uno o più elementi della fattispecie ritenuti più significativi secondo quanto indicato nell’art. 4 del regolamento. Quando il contratto ha per oggetto il diritto reale su un bene immobile o il diritto di utilizzazione di un bene immobile si applicherà la legge del Paese in cui l’immobile è situato (lett. c). Si fa invece riferimento alla legge del Paese in cui il venditore ha la residenza abituale nel caso di vendita di beni mobili e alla legge del Paese di residenza abituale del prestatore per il contratto di prestazione di servizi ecc. Ove non sia rintracciabile uno di tali criteri di collegamento, o, all’opposto, ne ricorrano più d’uno, sarà decisiva la residenza abituale del debitore («la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto»: co. 2). Ma ciò, come già esposto, solo se le parti non hanno invece

esercitato il potere riconosciuto loro di scegliere liberamente la legge applicabile, che potrà essere anche diversa da quella di uno degli Stati di cui essi sono cittadini, salvo il limite sopra ricordato che impone comunque il rispetto delle norme inderogabili previste nella legge che avrebbe dovuto essere applicata. Inoltre se, in contrasto con i criteri di collegamento, viene applicata una legge diversa da quella di uno Stato membro dell'Unione, dovranno comunque essere rispettate le norme inderogabili del diritto dell'Unione.

Regole particolari sono previste a garanzia dei consumatori, nei contratti che questi concludono con i professionisti [v. *infra* § 4]. Purché ricorrano (alternativamente) determinate condizioni (il professionista vi svolga le sue attività commerciali o diriga verso tale Paese le sue attività), allora, in mancanza di scelta delle parti, il contratto sarà sottoposto «alla legge del paese nel quale il consumatore ha la residenza abituale»; e, anche in caso di scelta, la volontà delle parti non potrà comunque aver per risultato di «privare il consumatore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente ai sensi della legge che, in mancanza di tale scelta, sarebbe stata applicabile» (art. 6 reg. 593/2008/CE).

Quando si parla di “legge” applicabile al contratto si usa ovviamente un termine (volutamente) generico, intendendo richiamare le diverse fonti normative che dettano la disciplina del contratto all'interno dell'ordinamento di riferimento. Considerando le **fonti del diritto**, secondo la loro gerarchia [v. *supra* cap. I § 4] e dal punto di vista del contratto ovverossia delle fonti di produzione normativa che ad esso si riferiscono, malgrado i tentativi di prospettare una diversa lettura del dettato costituzionale si siano costantemente affacciati nella riflessione della dottrina, la giurisprudenza costituzionale consolidata esclude la rintracciabilità di una specifica garanzia costituzionale della libertà contrattuale e ribadisce che l'autonomia contrattuale dei singoli è tutelata a livello di Costituzione solo *indirettamente*, in quanto strumento di esercizio di (altre) libertà costituzionalmente garantite, quali l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), la proprietà (art. 42 Cost.) [v. *supra* cap. II § 1].

Nella gerarchia delle fonti si rinviene la fonte precipua di regolazione del contratto, purché costituzionalmente legittima, vale a dire la **legge** dello Stato. Ci si riferisce a tutti gli atti formati secondo le norme di cui agli artt. 70 ss. Cost., dotati di forza di legge. Di nessun rilievo nella materia dei contratti è la fonte normativa subordinata (alla legge statale) costituita dalla legge regionale. La legislazione regionale, stando all'orientamento prevalente della Corte Costituzionale, non può mai porsi quale fonte del diritto privato (o, meglio, di un diritto privato regionale), poiché, ribadisce la Corte, la salvaguardia delle primarie esigenze di uguaglianza dei cittadini, postulata dall'art. 3 Cost., impone una uniformità di disciplina dei rapporti privati, che può essere garantita solo assicurando allo Stato, quale vertice esponenziale dell'intera collettività nazionale, il monopolio normativo in materia di diritto privato. Anche la disciplina dei rapporti contrattuali va riservata alla legislazione statale.

È legge ordinaria il **codice civile**, approvato con r.d. 262/1942, il cui Libro quarto contiene il nucleo fondamentale della disciplina del contratto, e, segnatamente, la di-

disciplina generale del contratto (artt. 1321-1469-*bis* c.c.) e le regole riferite ai “singoli contratti” tipici (artt. 1470-1986 c.c.). Il termine “codice”, nel suo significato proprio e originario, indica una raccolta sistematica e organica di norme che disciplina, in modo tendenzialmente completo e stabile, un intero settore dell’ordinamento: nel caso che qui interessa i rapporti giuridici privati. Più di recente, si è diffuso l’utilizzo, in verità improprio, del termine “codice” per indicare quelli che correttamente vanno denominati **testi unici** vale a dire raccolte di norme già in vigore, via via emanate con leggi o atti aventi forza di legge succedutisi nel tempo e destinate a regolare un’unica materia o materie tra loro connesse, che vengono successivamente versate in un unico compendio al fine di coordinarle tra loro. È questo il caso, che qui più interessa, del **codice del consumo**, varato con d.lgs. 206/2005, nel quale sono state raccolte ed ordinate le discipline di derivazione europea in materia di tutela del consumatore succedutesi nel corso degli anni ed in un primo tempo dettate con separati decreti legislativi o, in alcuni casi, inserite nel corpo del codice civile. Lo stesso deve dirsi per il **codice del turismo**, emanato quale Allegato 1 con il d.lgs. 79/2011, nel quale sono state trasferite le norme di derivazione europea concernenti i contratti per la prestazione di servizi turistici. Hanno ovviamente il rango di legge anche le altre leggi c.d. complementari al codice civile e successive ad esso, sovente intervenute anche a disciplinare taluni contratti (ad es. locazione, subfornitura), nonché i testi unici: si pensi, oltre a quelli sopra ricordati, al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – t.u.b., dove sono contenute importanti norme in materia di contratti banca-cliente ed è disciplinato il contratto di credito ai consumatori; ovvero al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – t.u.f., al cui interno si rinvencono importanti disposizioni anche in materia di contratti di investimento.

Entrano a far parte dell’ordinamento nazionale per il tramite di un atto normativo interno le **direttive** dell’Unione europea. Nel caso delle norme versate nelle direttive, dunque, il recepimento nell’ordinamento interno avviene abitualmente per il tramite del meccanismo di cui all’art. 76 Cost. e cioè per il tramite di una **delega** (funziona da legge delega in questo caso la **legge di delegazione europea** con la quale, su iniziativa del Governo e dopo consultazione con le Regioni, entro il 28 febbraio di ogni anno si provvede a delegare il Governo al recepimento, in via legislativa o anche regolamentare, delle direttive dell’Unione o delle decisioni quadro, nonché ad eventuali conseguenti modifiche di provvedimenti già vigenti, ovvero all’adeguamento dell’ordinamento interno ad eventuali provvedimenti sanzionatori dell’UE: vedi artt. 29 e 30, co. 2, l. 234/2012). Segue poi l’emanazione (ai sensi dell’art. 77, co. 1, Cost.) di **decreti delegati**. È attraverso questo percorso che sono entrate a far parte dell’ordinamento interno le discipline concernenti in particolare i contratti tra professionisti e consumatori, oggi in larga parte compendiate nel citato codice del consumo. Le basi legali dell’intervento della Unione europea in materia di contratti si rinvencono precipuamente nell’art. 114 TFUE in base al quale «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regola-

mentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno». A tale norma fa rinvio l'art. 169 del Trattato in materia di Protezione dei consumatori. Il precipuo riferimento agli obiettivi di instaurazione e funzionamento del mercato interno spiega perché le direttive di “ravvicinamento” o “armonizzazione” abbiano assunto quale terreno privilegiato la materia del contratto. L'intervento di “armonizzazione” non intende risolvere il problema del conflitto delle leggi e della individuazione della legge applicabile ai contratti c.d. “transfrontalieri” (cioè conclusi da parti di diversi paesi, pur se membri della UE), individuazione che avverrà sempre sulla base delle norme di diritto internazionale privato e condurrà ad uno degli ordinamenti degli Stati membri o al diverso ordinamento, anche extraeuropeo, scelto dalle parti; l'armonizzazione però, avvicinando le discipline interne dei singoli Stati membri, crea un “ambiente normativo” tendenzialmente uniforme e dunque più “familiare” e corrobora la fiducia di chi deve stipulare un contratto all'interno dell'area dell'Unione, facilitando gli scambi e la circolazione di merci e servizi.

La Corte di Giustizia europea e la Corte Costituzionale italiana hanno escluso che alle norme della CEDU [v. *supra* cap. I § 11] possa essere riconosciuto lo stesso rango di quelle dei regolamenti dell'Unione quali norme immediatamente vincolanti entro gli ordinamenti degli Stati membri; esse piuttosto si pongono quale limite (esterno) alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, secondo il richiamo di cui all'art. 117 Cost. e, dunque, la loro violazione potrebbe comportare una verifica di incostituzionalità delle norme interne. Per quanto qui interessa, va detto che al pari di quanto avviene a livello costituzionale interno, la libertà contrattuale (come del resto la iniziativa economica privata) non trova tutela diretta nella CEDU; vi trova garanzia in via indiretta, quale esplicazione del diritto di proprietà come riconosciuto e protetto in forza del Protocollo addizionale del 20 marzo 1952 (art. 1 – Protezione della proprietà § 1: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale»). Valgono per la libertà contrattuale a livello CEDU – ha precisato la Corte Costituzionale – gli stessi principi enunciati in tema di proprietà e cioè che gli Stati membri rispettano gli obblighi derivanti dalla Convenzione allorché non introducono limitazioni all'autonomia contrattuale se non quando queste siano strettamente connesse alla tutela di un interesse generale.

La gerarchia delle fonti pone in posizione subordinata alla legge i **regolamenti**, cioè gli atti normativi emanati, in base ad una potestà attribuita dalla Costituzione o dalla legge, da parte del governo o di altre istituzioni dotate di potestà regolamentare (enti pubblici territoriali o no). Nella materia del contratto rileva in particolare il potere regolamentare attribuito alle autorità amministrative indipendenti, quali la CONSOB o l'AGCM [v. *supra* cap. I § 4]. Il t.u.f. delega alla CONSOB il potere di emanare norme secondarie destinate a specificare sotto molti e decisivi profili la disciplina dei contratti tra intermediari finanziari e investitori. Il t.u.b. affida poi al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) e alla Banca d'Italia (v. l'art. 117 t.u.b.) compiti di particolare rilievo al fine di specificare, in sede regolamentare, la disciplina dei contratti tra banche e clienti.

Come già sottolineato, il contratto è lo strumento, “consegnato” ai privati, per regolare tra di essi gli scambi e gli interessi economici. Lo svolgimento delle attività economiche sul mercato non è però lasciato – né potrebbe esserlo – alle sole autonome determinazioni dei privati; l’ordinamento giuridico interviene in funzione di correzione/regolazione dei rapporti di mercato. Tale intervento, ovviamente con maggiore o minore intensità a seconda dei periodi storici, si rivolge sia, come si è già illustrato, a delimitare l’ambito di autonomia consentito ai privati nella regolazione dei loro rapporti economici, con disposizioni che si riferiscono dunque direttamente al contratto e ai contenuti di taluni contratti; sia a delimitare ed orientare l’ambito di autonomia degli operatori economici nello svolgimento e nella organizzazione della loro attività sul mercato, regolando e controllando dunque, a monte, l’attività economica esercitata. Ciò spiega perché il rispetto delle regole in materia di contratto, e particolarmente dei contratti professionista-consumatore (dove il primo può essere di volta in volta anche la banca, la compagnia di assicurazioni, l’intermediario finanziario) oltre che essere affidato agli ordinari rimedi che il diritto attribuisce ai privati e dunque al controllo giudiziale sul contenuto, sulla forma, sull’adempimento del singolo contratto, tende altresì ad essere ricondotto entro il più ampio intervento di regolazione del mercato e segnatamente entro l’ambito di competenza dell’Autorità garante della Concorrenza e del mercato. L’esempio più significativo, come si dirà tra poco, è quello del controllo sulle clausole vessatorie nei contratti consumatore/professionista, ora previsto dall’art. 37-bis cod. cons. anche in via amministrativa e, dunque, affidato all’Autorità Antitrust.

3. Contratti tipici e contratti atipici

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

Prevedendo e disciplinando un **tipo contrattuale** la legge prende in considerazione operazioni economiche di solito più diffuse e consolidate nella prassi, le identifica in ragione di taluni elementi caratterizzanti – ad es. l’idoneità a regolare il trasferimento a titolo oneroso di un diritto, la cessione in godimento di un bene o la soluzione bonaria di controversie o, ancora, la particolare natura del bene oggetto di scambio, quale un bene produttivo – e in ragione di ciò disciplina in modo coerente i diritti ed obblighi tra le parti. Negli esempi sopra richiamati, verrà in considerazione così la disciplina del tipo **compravendita** o **locazione** o **transazione** o, ancora, del tipo **affitto**, quale locazione di bene produttivo. La previsione del tipo indirizza ed in qualche misura condiziona l’espressione dell’autonomia privata, non però nel senso di irrigidire il contenuto dell’accordo entro regole predeterminate dalla legge sì da ridurre l’ambito di autonomia privata alla sola scelta del tipo, normativamente e compiutamente definito: la disciplina dei contratti tipici è affidata come già detto, almeno in linea generale, a norme