

## 4.

**LA DISCIPLINA DEL CONTRATTO MISTO***Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2019, n. 26485**di Liliana Sagona*

SOMMARIO: 1. Il contratto misto. – 2. I criteri di individuazione della disciplina applicabile. – 3. Profili correlati: la legislazione per tipi e la causa in concreto. – 4 – La vicenda processuale e l’ordinanza della Cassazione Civile n. 26485/2019. – 5. Osservazioni conclusive.

**1. IL CONTRATTO MISTO.**

Il codice civile non offre una nozione di contratto misto, né detta una puntuale disciplina di riferimento.

In mancanza di un’espressa previsione normativa, dunque, gli interpreti hanno definito contratto misto il negozio connotato da una pluralità di frammenti appartenenti a diversi tipi negoziali, che si condizionano a vicenda, confluendo e fondendosi in un’operazione contrattuale unitaria.

La definizione - largamente condivisa in dottrina come in giurisprudenza - non risolve, tuttavia, il vero profilo problematico dell’istituto, rappresentato dalla individuazione della causa del contratto: se, infatti, per l’orientamento giurisprudenziale prevalente, il negozio presenta una causa unitaria, poiché gli elementi causali si fondono e condizionano vicendevolmente, concorrendo alla realizzazione di un interesse unitario sul piano pratico – economico, in dottrina è stata avanzata una ipotesi ricostruttiva diversa, ravvisandosi nel contratto misto la sussistenza di una pluralità di cause.

Il riflesso delle due ricostruzioni ermeneutiche si coglie in ciò: se il contratto si connota per l’unicità della causa, esso non presenta una propria autonomia fisionomia e può qualificarsi alla stregua di un contratto innominato; diversamente, se il contratto è contrassegnato dall’individualità delle cause dei singoli tipi negoziali che lo compongono, esso si presenta come schema autonomo del tutto peculiare, poiché caratterizzato dalla riferibilità ad una pluralità di tipi legali e di funzioni.

Il differente inquadramento giuridico del contratto misto reca con sé, dunque, molteplici riflessi in punto di regime giuridico applicabile, non essendo tale contratto integralmente inquadrabile in uno schema tipico.

Si pone, in altri termini, una questione di conflitto di norme.

Prima di affrontare le diverse tesi elaborate sul tema, occorre però chiarire che le questioni problematiche sorte attorno alla categoria del contratto misto scaturiscono dalla legiferazione per tipi di contratti e dalla constatazione che, con l’incremento degli schemi tipici, nessun contratto è integralmente atipico, ma riproduce almeno in parte i caratteri di un tipo negoziale.

Di regola, la giurisprudenza utilizza lo strumento del contratto misto a preferenza di quello del contratto atipico, e ciò all’evidente fine di avere come punto di riferimento immediato la disciplina dei contratti tipici, contrassegnati da tratti già regolati e fissati dal legislatore. In dottrina, invece, è diffusa la tendenza a negare l’autonomia concettuale del contratto misto, che viene ricondotto o al contratto tipico o al contratto atipico.

**2. I CRITERI DI INDIVIDUAZIONE DELLA DISCIPLINA APPLICABILE.**

In generale, può affermarsi che il contratto misto segna l’estremo punto di passaggio dal contratto tipico a quello atipico e ciò si coglie proprio con riguardo al secondo profilo di analisi, attinente al criterio di individuazione del regime giuridico applicabile a tale negozio.

Sul tema, si possono declinare le tre posizioni dottrinali elaborate secondo una prospettiva logico sistematica.

Una prima teoria, cd. dell’assorbimento o della prevalenza, applica al contratto misto la disciplina legale dettata per il tipo contrattuale i cui elementi sono prevalenti: tale tesi, a ben vedere, riconduce il contratto misto nell’alveo del contratto tipico.

Secondo un'altra tesi, detta della combinazione, al contratto misto si applica, per ciascuno dei componenti, la disciplina propria del tipo a cui appartengono, di tal che la disciplina complessiva del contratto misto risulta dalla combinazione di più discipline tipiche: anche tale tesi ricostruisce il contratto misto alla stregua di un contratto tipico. Infine, una terza teoria, cd. dell'applicazione analogica o del contratto innominato, considera il contratto misto quale fattispecie atipica, alla quale si applica la disciplina dei tipi legali, non già in via diretta, bensì in via analogica.

La giurisprudenza di legittimità mostra di aderire, secondo un orientamento che può dirsi ormai più che consolidato, alla teoria della prevalenza: tale atteggiamento trova giustificazione, prima ancora che in considerazioni di ordine logico e sistematico, nella tendenza tipizzante delle Corti che, in materia contrattuale, tendono a ricondurre la fattispecie al tipo legale che presenta i tratti più affini.

Tuttavia, sul punto, si segnalano timide aperture dottrinali che, sebbene non siano riuscite a sovvertire l'impostazione tradizionale, hanno comunque evidenziato l'insufficienza del criterio della prevalenza a fungere da regola univoca per la determinazione della disciplina da dare al contratto misto: detto criterio, infatti, comportando l'assorbimento dell'intera fattispecie nell'ambito di un tipo legale, finisce col frustrare la libertà contrattuale, imponendo agli interessi delle parti un assetto diverso da quello che le stesse intendevano realizzare mediante l'accordo.

Si è osservato – in proposito – che l'operatività del criterio della prevalenza postula che tra le varie prestazioni che entrano a far parte del sinallagma contrattuale ne sia individuabile una prevalente, idonea ad assorbire sotto il profilo causale tutte le altre, mentre nel caso di contratto misto un siffatto rapporto di preminenza non è riscontrabile, dovendosi riconoscere alle diverse prestazioni pari rilevanza causale.

Ciò emerge in tutta evidenza nel caso di mistione bilaterale: le prestazioni legate sono da un nesso di corrispettività, di tal che non è possibile affermare la preminenza dell'una sull'altra, poiché ciascuna trova la sua ragione giustificatrice nell'altra ed entrambe sono considerate dalle parti come paritetiche.

Tuttavia, è stato osservato come non appaia soddisfacente neppure la teoria dell'applicazione analogica: in disparte i limiti propri del ricorso a tale

figura, essa finisce con l'obliterare le note strutturali tipiche del contratto misto, facendo di esso un contratto atipico a tutti gli effetti.

Infine, anche la teoria della combinazione non si è sottratta alle critiche degli interpreti, poiché essa, per un verso, presenta l'innegabile pregio di adattare la disciplina del contratto misto alla sua complessità di struttura, consentendo la contemporanea applicazione di norme di più tipi legali; per altro verso però, finisce per disconoscere un aspetto fondamentale della dinamica degli effetti giuridici e, cioè, che gli stessi non sono fissati in relazione ai singoli elementi, bensì in considerazione della particolare funzione che realizzano nel paradigma del tipo legale di riferimento. In sostanza, la teoria della combinazione approda ad una concezione atomistica del contratto, in palese contrasto con la sua unitarietà organica e può dar luogo ad un conflitto di norme, soprattutto per quanto concerne capacità delle parti, forma, regime della prescrizione.

### **3. PROFILI CORRELATI: LA LEGISLAZIONE PER TIPI E LA CAUSA IN CONCRETO.**

---

Attenta dottrina, come già anticipato in precedenza, ha osservato che il problema di individuazione della disciplina da applicare al contratto misto trae origine dalla cd. "legislazione per tipi".

Il legislatore, infatti, nel riconoscere ai privati l'autonomia contrattuale, quale potere di autodeterminare il contenuto del contratto, individua i cd. tipi contrattuali, ossia gli astratti schemi negoziali che riflettono una precisa operazione economica, ricorrente nella pratica commerciale, secondo l'*id quod plerumque accidit*.

Nel compiere tale operazione, tuttavia, il legislatore non vanta alcuna pretesa di racchiudere la sintesi di tutti gli interessi socialmente utili. Lo sforzo legislativo si coglie – piuttosto – nella volontà di predisporre una regolamentazione uniforme del contratto che, sotto il profilo disciplinare comprende norme derogabili (che il legislatore presume conformi all'interesse dei contraenti, ammettendo, per il caso contrario, che essi dettino una regola diversa) e le norme inderogabili (poste a tutela di aspetti della vicenda la cui regolamentazione è ritenuta necessaria anche se in contrasto con la volontà delle parti).

Accanto ai cd. tipi negoziali, il codice civile appresta talune regole generali vevoli per tutti i con-

tratti (art. 1323 c.c.) anche per i cd. contratti atipici che, a mente dell'art. 1322 c.c., i contraenti possono concludere secondo schemi non riconducibili ad alcun tipo legale, purché idonei a realizzare interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico.

Tradizionalmente, il discrimine sussistente tra il contratto misto e il contratto atipico si è rintracciato nell'originalità del paradigma del secondo che esula da ogni riferimento a schemi tipici.

La costante tendenza della giurisprudenza alla tipizzazione dei contratti, unita alla dilagante tipizzazione delle fattispecie contrattuali ha, però, significativamente ridotto la latitudine applicativa del contratto atipico. Da più parti, infatti, è stato osservato che non è predicabile l'atipicità assoluta in materia contrattuale, poiché gli assetti negoziali riecheggiano i tipi legali e si caratterizzano per varianti e collegamenti tra gli stessi.

Parimenti, si è negata l'autonomia concettuale del contratto misto, che non sarebbe inquadrabile in una categoria giuridica a sé stante, ma rientrerebbe a pieno titolo in quella dei contratti atipici, essendo l'atipicità comprensiva anche del carattere composito del contratto.

In proposito, si sostiene che l'art. 1322 c.c. distingue solo i contratti che appartengono e quelli che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, senza lasciar spazio alla individuazione di un terzo *genus* che si ponga in posizione intermedia.

In senso contrario, però, è stato osservato che il codice civile detta, sì, la distinzione tra contratti tipici ed atipici, ma tale circostanza non consente di compiere una sorta di *reductio ad unum* dei contratti non appartenenti ad alcun tipo legale, atteso che il contratto misto presenta i tratti distintivi di un'autonoma categoria giuridica: in esso è, infatti, possibile riscontrare sia un tratto strutturale comune, ossia la combinazione di più prestazioni tipiche, sia una disciplina specifica applicabile, difforme da quella propria dei contratti tipici e atipici. Si assiste, in sostanza, alla attuazione di un interesse economico unitario per il tramite della compenetrazione di elementi causali propri di più contratti nominati: un'operazione economica la cui conformazione eccede il tipo legale. Il contratto misto presenta una causa unitaria e dunque, *“una volta accertata la fusione nell'unico contratto di più tipi legali, la funzione che questo svolgerà sarà una funzione mista”*

Il discorso, dunque, vira inevitabilmente

sull'autonomia privata e sulle problematiche connesse alla sovrapposibilità - o meno - dei concetti di causa e tipo.

Si è sul punto osservato che l'art. 1322 c.c. pone due principi fondamentali per i privati, che riflettono due differenti forme di libertà negoziale: la possibilità di determinare il contenuto del contratto e anche di variare il contenuto dei contratti tipici; la possibilità di concludere contratti non appartenenti ai tipi aventi una disciplina particolare *“purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”*.

La nozione di tipo contrattuale, e la matrice entro la quale i privati possono esplicare la loro autonomia in materia di contenuto e di schema di contratto non sono fornite dal legislatore. Il processo di emersione del tipo legale (e la identificazione dei cd. contratti nominati) prende - di norma - le mosse dalla prassi del diritto degli affari e dei commerci (cd. tipicità sociale) e, dopo una successiva elaborazione anche ad opera della giurisprudenza (cd. tipicità giurisprudenziale), il tipo, ormai radicato nel tessuto economico e sociale, viene positivizzato.

Il discorso sul tipo, per molti aspetti, finisce per coincidere anche con quello sull'autonomia privata ed i suoi limiti.

La tipicità giurisprudenziale, peraltro, rappresenta l'inevitabile conseguenza di un costante atteggiamento delle Corti, le cui tendenze sono state, a suo tempo, analizzate da Rodolfo Sacco - che è quello *“alla tipizzazione”* - il che accade quando i giudici si trovano a dover operare l'interpretazione di un contratto apparentemente non ascrivibile ad un tipo e seguono la tendenza a ridurre ogni contratto ad un tipo già esistente, ovvero, qualora tale procedimento logico di sussunzione non appaia possibile, a ricorrere alla figura e alla categoria dei contratti misti o dei contratti complessi per incorporare un contratto nel tipo che più gli somiglia. La riconduzione al tipo, in tal modo, consegna all'interprete una forma di controllo dell'operazione economica posta in essere dai contraenti, ossia della meritevolezza dell'interesse che le parti vogliono perseguire con quel determinato assetto di interessi.

Dalla tipicità giurisprudenziale, e da quella sociale, restano esclusi soltanto i comportamenti individuali, vale a dire i singoli contratti atipici soggetti alla disciplina coperta dall'art. 1322 che, peraltro, non stabilisce una necessaria simmetria tra interesse perseguito dalle parti e interesse tipizzato in

un determinato schema contrattuale tipico. Il contratto, difatti, può accogliere nel suo schema la realizzazione di interessi nuovi e diversi da quelli propri dei modelli tipici, purché rispondano ad un interesse meritevole di tutela, creando in tal modo nuove strutture oppure attribuendo una nuova funzione alle strutture già tipiche.

Si realizza così un delicato passaggio: la valutazione dell'atto si sposta dal piano del tipo a quello dell'interesse, poiché la tipicità di un contratto non rappresenta di per sé un sicuro indice della sua meritevolezza, dovendosi piuttosto far capo alla natura dell'interesse in concreto perseguito.

In tal modo, si riesce anche a superare il problema dell'illiceità della causa del negozio tipico, giacché la tipicità finisce per individuare, e segnatamente nello schema (anche socialmente) tipico, non un profilo di meritevolezza dell'interesse ma di disciplina da applicare per la realizzazione di quell'interesse.

La riconduzione di un singolo e concreto contratto ad un singolo e determinato tipo (ovvero ad una mistione tra tipi, ovvero ad un collegamento tra tipi contrattuali) necessita tuttavia della preventiva individuazione, in quel determinato assetto di regole, di un interesse meritevole di tutela e di uno strumento logico ed interpretativo idoneo ad individuare il tipo contrattuale e a misurare, anche sulla base di quello schema, l'effettiva esistenza di un interesse meritevole di tutela.

Secondo la dottrina prevalente tale strumento va rinvenuto nella causa del contratto, intesa, in una prima fase del pensiero teorico e in aderenza alla prospettiva ricostruttiva di Emilio Betti, come funzione economico sociale dello stesso ed oggi invece, come funzione economico individuale.

La più recente e prevalente concezione della cd. causa concreta (consacrata nella storica sentenza della Cassazione, Sez. III, n. 10490/2006), quale *"scopo pratico del negozio, sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato"* ha scisso il tipo contrattuale dalla causa, facendo venire meno l'equivoca sovrapposizione tra i due concetti.

Ne discende dunque, la necessità di distinguere tra lo schema causale astratto, rappresentato dal tipo legale, e la causa concreta del singolo negozio, in ogni singola operazione economica. Il delicato compito degli interpreti si sostanzia – dunque - nell'individuare l'assetto di interessi diviso dai privati, nel suo insieme di elementi essenziali e

non essenziali, che va unitariamente considerato, alla stregua dell'intero ordinamento giuridico.

In definitiva, ogni contratto è quello che risulta dalla sua causa, ed il tipo esprime soltanto un modello astratto di organizzazione di interessi.

La nuova lettura del profilo causale del contratto, nei termini appena esposti, consente di apprezzare anche la complessità delle operazioni poste in essere dai privati quando queste superano la ristretta dimensione rappresentata dal singolo atto e apre la strada alla possibilità di valutare nella loro concretezza tutti quegli interessi che entrano a far parte della ragione sostanziale dell'affare, indipendentemente dalla loro presenza nel modello legale tipico scelto dalle parti per disciplinarla.

La rilevanza di quegli interessi, infatti, emerge quando si supera una concezione della causa in termini oggettivi e si comprende che il tipo, non più rigidamente ancorato alla causa, ma da questa scisso, diviene, proprio in quanto modello di organizzazione di interessi, anche un piano di distribuzione di rischi contrattuali; così che la sua scelta è già di per sé indice di come le parti vogliono distribuire il rischio dell'inadempimento e della sopravvenienza rilevante, cioè di come vogliono regolare l'economia del loro contratto.

L'interesse dei contraenti, superata l'antica e rigida contrapposizione tra causa e motivi, e tra causa e tipo contrattuale, diviene un elemento essenziale, oggetto del controllo dell'ordinamento, sul piano dell'emersione del profilo causale del contratto e sulla realizzazione degli effetti dalle parti, di volta in volta, in concreto programmati con l'operazione economica da loro voluta.

Il tipo contrattuale, del resto, non serve soltanto ad indicare all'interprete un quadro di disciplina già individuato dal legislatore per regolare un determinato assetto di interessi, ma la scelta che le parti del contratto operano con l'adozione di un tipo contrattuale, anziché di un altro, può assolvere alla funzione di criterio distributivo del rischio contrattuale. La scelta del tipo contrattuale consente di valutare, rispetto alla sua complessiva economia, la compatibilità tra l'originario assetto di interessi e quello presente al momento dell'adempimento.

L'affermazione che sia la causa ad individuare il tipo, secondo la prospettiva di inquadramento sopra esposta, trova da tempo convinta adesione anche nell'opinione delle Corti. La giurisprudenza, in realtà, di fronte a fattispecie che a prima vista potrebbero indurre l'interprete verso una facile

fuga verso l'atipicità, sembra ancora oggi orientata nel rinvenire nella causa lo strumento di individuazione e di enucleazione del tipo, tanto che a volte nelle proprie motivazioni riprende, e ricorda, quanto si legge nella Relazione al codice *“la distinzione per tipi è fondata sull'elemento funzionale (...) e non concerne gli aspetti strutturali, la cui regolamentazione è riservata al legislatore rispetto agli stessi contratti atipici”*

Il principio di autonomia negoziale richiama, inoltre, il requisito d/ella meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, come presupposto per il riconoscimento ad opera dell'ordinamento sia del contratto atipico, sia delle operazioni economiche complesse. La regola codificata nell'art. 1322 c.c. rappresenta una delle norme di maggior impegno interpretativo della materia dei contratti in generale, poiché quello della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti nel contratto atipico è stato definito *“il problema centrale dell'autonomia privata”*, atteso che coinvolge sia il tema della definizione del rapporto tra libertà dei privati e valori dell'ordinamento e, per altro verso, sia quello della dinamica di produzione degli effetti giuridici.

Su questo terreno, inoltre, confluiscono sia le questioni della nozione stessa di causa del contratto, sia quelle della sua illiceità, sia quelle relative al rapporto tra criteri di meritevolezza dell'interesse e norme imperative, ordine pubblico, buon costume; nonché quelle sollevate dalla necessità della presenza, accanto a questi criteri normativi di riferimento, del criterio dell'utilità sociale.

Il rapporto tra tipo contrattuale e principio di autonomia è collegato anche con il controllo giudiziale del contenuto del contratto, attraverso il profilo degli interessi meritevoli di tutela, con il sorgere del problema, che ha dato luogo ad un annoso dibattito dottrinale: se il controllo del giudice sui contratti non appartenenti ai tipi legali debba o no svolgersi ed esplicitarsi mediante una valutazione più approfondita di quella riservata ai tipi previsti dalla legge.

#### **4. LA VICENDA PROCESSUALE E L'ORDINANZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 26485/2019.**

La vicenda processuale sottoposta al vaglio della Suprema Corte prende le mosse dal decreto ingiuntivo con il quale un ristoratore otteneva il pa-

gamento di una somma da parte di due coniugi, a titolo di corrispettivo per la realizzazione del di loro banchetto di nozze. I coniugi proponevano opposizione avverso il superiore decreto, deducendo il grave inadempimento del ristoratore, in considerazione della pessima qualità del cibo e del servizio offerti e in via riconvenzionale, chiedevano la risoluzione del contratto e la condanna dell'opposto al risarcimento del danno.

La difesa del ristoratore era incentrata sull'eccezione di intervenuta decadenza dei coniugi dal diritto di garanzia, avendo denunciato i vizi della cosa venduta tardivamente, ossia oltre il termine di otto giorni, prescritto dall'art. 1495 c.c., con riguardo al contratto di vendita, dalla scoperta del vizio.

All'esito del giudizio di primo grado, il ristoratore, risultato parzialmente soccombente, avendo il tribunale accertato un inadempimento parziale del contratto, impugnava la decisione sfavorevole, reiterando le difese precedentemente spiegate. Il giudice di appello qualificava il negozio stipulato dalle parti quale contratto di *“banqueting”* e dichiarava la tardività della denuncia dei vizi proposta dai coniugi oltre il termine di sessanta giorni, previsto dall'art. 1667 c.c., che disciplina il diritto di garanzia del committente di un contratto di appalto.

I due coniugi proponevano ricorso per cassazione, lamentando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1667 c.c., per avere il giudice di appello erroneamente applicato, al contratto di *banqueting*, la disciplina sulla decadenza dalla garanzia prevista per il contratto di appalto: ad avviso dei ricorrenti, invero, il contratto in questione avrebbe dovuto essere qualificato in termini di negozio atipico, con conseguente inapplicabilità della disciplina speciale prevista per i singoli contratti tipici, quali il contratto di appalto o di vendita; sicché in ultima analisi, avrebbe dovuto applicarsi la disciplina generale dei contratti e, con essa, l'unico rimedio esperibile nella specie, coincidente con l'ordinaria azione di risoluzione per inadempimento grave, ai sensi degli art. 1453 e ss. c.c.

La decisione sulla disciplina applicabile nella specie postula, all'evidenza, il preliminarmente inquadramento giuridico del contratto concluso dalle parti. Sul punto, con l'ordinanza in commento, i Giudici di legittimità hanno, innanzitutto, condiviso la qualificazione del negozio in questione in termini di contratto di cd. *banqueting*, chiarendo che esso