



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Flavio Tovani

**Contratti atipici.
'I nuovi contratti e la loro articolazione in
sottofigure contrattuali. Problemi di
qualificazione e di individuazione della
disciplina applicabile. Casistica'**

Numero X Anno 2017

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambirini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliaatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro

Via R. Morghen, 181

80129 Napoli, Italia

Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

CONTRATTI ATIPICI.
‘I NUOVI CONTRATTI E LA LORO ARTICOLAZIONE IN
SOTTOFIGURE CONTRATTUALI. PROBLEMI DI
QUALIFICAZIONE E DI INDIVIDUAZIONE DELLA
DISCIPLINA APPLICABILE. CASISTICA’

SOMMARIO: 1. *I nuovi contratti e la loro articolazione in sottofigure contrattuali* – 2. *Problemi di qualificazione e di individuazione della disciplina applicabile. Casistica.*

1. I nuovi contratti e la loro articolazione in sottofigure contrattuali

L’art. 1322, comma 1, cod. civ., prevede che «le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge». L’art. 1322, comma 2, cod. civ., poi, precisa che «le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico».

Dunque, secondo tale norma, da un lato vi sono i contratti appartenenti ‘ai tipi aventi una disciplina particolare’, cioè i contratti tipici, ai quali, tuttavia, le parti possono apporre clausole anche derogatorie rispetto a quelle legali¹, e, dall’altro, vi sono i contratti che non hanno una disciplina legale particolare, cioè i contratti atipici, altrimenti detti ‘nuovi contratti’ (G. De Nova) o ‘contratti nuovi’ (M. Bussani, P. Cendon, A. Torrente, P.

¹R. SACCO, *Commento all’art. 1322*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, 99.

Schlesinger²): se nella visione del legislatore del 1942 e per i successivi quarant'anni³ questi ultimi dovevano rappresentare l'eccezione, oggi, con traffici commerciali sempre più complessi e, di conseguenza, organizzazioni di interessi sempre più articolate, essi rappresentano la regola⁴.

Del resto, la stessa nozione di contratto risulta a volte inadeguata ad esprimere la funzione dell'atto, e deve essere combinata con quella di operazione economica nel suo complesso, comprendente il regolamento di interessi, i comportamenti ad esso collegati e volti al perseguimento di determinati risultati, e la situazione oggettiva in cui regolamento e comportamenti si collocano, per cui il contratto diventa la formalizzazione giuridica di una realtà economica che si estrinseca nel tempo⁵.

I contratti atipici possono essere conclusi soltanto laddove siano volti al perseguimento di «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»: ad avviso di una prima tesi, il giudizio di meritevolezza coinciderebbe con quello di liceità; ad avviso di una seconda tesi, invece, tale giudizio porterebbe ad escludere la possibilità di concludere contratti incentrati su capricci individuali, perché ciò farebbe sorgere, nella controparte, il dubbio sulla serietà dell'impegno e, dunque, sulla effettiva formazione del contratto attraverso dichiarazioni idonee ad attestare la loro stessa vincolatività⁶. In realtà, comunque, in giurisprudenza non vi sono

² A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*²¹, a cura di F. Anelli e C. Giorelli, Milano, 2013, 487.

³ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 177.

⁴ E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale – I*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 48 s.

⁵ E. GABRIELLI, *Il contratto*, cit., 49 ss.

⁶ E. NAVARRETTA, *Attività giuridica*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI, F. GIARDINA, A. GIUSTI, M. L. LOI, E. NAVARRETTA, M. PALADINI, D. POLETTI, M. ZANA, *Diritto Privato – I*, Torino, 2003, 196.

quasi esempi di nullità dichiarata per violazione dell'art. 1322 cod. civ. o, più precisamente, tale articolo è stato citato per colpire contratti contrari ad altri principi, ad esempio al buon costume: pensiamo, ad esempio, al contratto con cui la moglie prometta di sottoporsi ad un'ispezione fisica in cambio del riconoscimento di un assegno alimentare⁷. Del resto, con la sentenza n. 2288 del 6 febbraio 2004, la Corte di Cassazione, aderendo, in sostanza, alla prima delle due tesi sopra esposte, ha chiarito che «possono dirsi diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ex articolo 1322, comma 2, cod. civ. tutti i contratti atipici non contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume». Certo è che, se l'art. 1322 cod. civ., non vuole diventare un inutile doppione dell'art. 1343 cod. civ., esso dovrà portare a dichiarare l'immeritevolezza dell'interesse nel caso di conclusione di un contratto atipico volto alla protezione di quello stesso interesse il cui perseguimento attraverso un contratto tipico risulta vietato: ad esempio, non si potrà eludere la nullità della clausola di irresponsabilità per vizi conosciuti della cosa venduta (art. 1490 cod. civ.) concludendo, anziché una vendita, un contratto con cui si rilascia, contro un prezzo fisso, un'autorizzazione irrevocabile a usare, consumare e vendere con dispensa da rendiconto⁸.

In ogni caso, molto spesso il giudizio di meritevolezza viene svolto in base al nostro ordinamento, ma tenendo comunque conto dei principi presenti nelle nazioni con civiltà giuridica affine e, in generale, nelle nazioni occidentali (pensiamo agli Stati Uniti, da cui molti dei contratti atipici provengono⁹), per evitare un

⁷ A.M. BENEDETTI, L. GUERINI, *Meritevolezza e arricchimenti (in)giustificati: il 'contratto di rivelazione di diritti successori'*, in nota a Trib. Genova 7 novembre 2008, in *Contr.*, 2010, 364 ss.; R. SACCO, *Commento*, cit., 101 s.

⁸ R. SACCO, *Commento*, cit., 103.

⁹ P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*²⁰, Milano, 2014, 255.

ingiustificato isolamento del nostro Paese dal contesto dei mercati internazionali¹⁰.

I ‘nuovi contratti’ (che, ricordiamolo, possono essere sia a titolo oneroso che a titolo gratuito¹¹) possono a loro volta distinguersi in tre categorie:

- 1) i contratti puramente atipici;
- 2) i contratti socialmente tipizzati;
- 3) i contratti nominati¹².

Infatti, il reiterarsi in successivi contratti di certe clausole dà vita a un nuovo tipo sociale, un contratto le cui clausole sono già sperimentate nella prassi e delineano un nuovo modello contrattuale, sovente praticato nel mondo degli affari, anche a livello internazionale: ne sono un esempio il *leasing*, il *franchising*, il *merchandising*, l'*engineering*, i contratti di pubblicità, la fideiussione *omnibus*, il contratto autonomo di garanzia. Di fronte a tali contratti, è chiaro che nessun giudice compirà una valutazione specifica di meritevolezza, essendo talmente diffusi da rendere tale valutazione assolutamente superflua¹³. Altre volte, invece, la diffusione sociale arriva dopo una fase iniziale in cui tali contratti sono stati promossi grazie all’opera dei notai, come nel caso del contratto di affidamento fiduciario (attraverso il quale un soggetto, detto affidante, conviene con un altro, detto affidatario, l’individuazione di taluni beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma la cui attuazione è rimessa all’affidatario¹⁴).

¹⁰ R. SACCO, *Commento*, cit., 100.

¹¹ F. ROLFI, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, in nota a Cass. 28 Gennaio 2002, n. 982, in *Corriere giur.*, 2003, 44 ss.

¹² E. NAVARRETTA, *Attività*, cit., 194. Cfr. altresì P. TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., 256.

¹³ N. LIPARI, *Le categorie*, cit., 178.

¹⁴ N. LIPARI, *Le categorie*, cit., 179 ss.

Il tipo sociale, poi, potrà essere menzionato in norme di legge, che però non ne forniscono la disciplina, e parleremo così di contratti nominati, come ad esempio la sponsorizzazione, oppure la sua disciplina potrà essere stabilita da norme di legge extracodicistica, come è accaduto, ad esempio, per il *factoring* e per la multiproprietà, o da una fonte normativa internazionale, come nel caso dei contratti di organizzazione di viaggio.

Sovente, i contratti atipici socialmente tipizzati si articolano in sottofigure contrattuali. Per esempio, nell'ambito del *leasing* (o locazione finanziaria¹⁵), possiamo distinguere¹⁶:

1) a seconda del numero di parti coinvolte:

a) *leasing* finanziario, se l'operazione concerne tre parti (concedente e utilizzatore, che concludono, appunto, il contratto di *leasing*, e fornitore, che conclude con il concedente un contratto di fornitura);

b) *leasing* operativo, effettuato direttamente dal produttore;

¹⁵ Contratto nel quale il locatario si impegna a corrispondere un canone per un periodo di tempo predeterminato in cambio del godimento di un bene acquistato o fatto costruire dal concedente su indicazione del locatario stesso, con facoltà, per quest'ultimo, di rinnovare il contratto, restituire il bene alla scadenza dello stesso o di acquistarlo ad un prezzo prestabilito (L. VIGONE, *Contratti atipici – Guida ai principali contratti commerciali e finanziari*, Milano, 1998, 9).

¹⁶ Cfr. G. BAUSILIO, *Contratti atipici – Disciplina civilistica e trattamento fiscale*, Padova, 2002, 112 ss.; V. GIACCO, 'Leasing', in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, a cura di P. Cendon, Milano, 2009, 128 ss.; S. MONTICELLI, *Il 'leasing'*, in *I contratti in generale – II. I contratti atipici – I*, diretto da G. Alpa, M. Bessone, Torino, 1991, 144 ss.; M. PALADINI, *Il 'leasing'*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI, F. GIARDINA, A. GIUSTI, M. L. LOI, E. NAVARRETTA, M. PALADINI, D. POLETTI, M. ZANA, *Diritto Privato – II*, Torino, 2004, 678 s.; F. TRINGALI, *Il contratto di 'leasing': operativo, immobiliare, automobilistico*, in *I Nuovi Contratti – Analisi delle singole tipologie contrattuali di uso più frequente nei traffici commerciali*, a cura di G. Cassano, Milano, 2006, 84 ss.; L. VIGONE, *Contratti*, cit., 9 ss.

2) a seconda del grado di obsolescenza dei beni oggetto del contratto:

a) *leasing* di godimento (o puro), che ha ad oggetto beni dei quali è ragionevole prevedere il superamento tecnologico nel periodo di durata del contratto, per cui i canoni sono ragguagliati alla vita economica del bene, e al termine del contratto il bene avrà un minimo valore residuale, corrispondente all'altrettanto modesto prezzo di opzione per l'acquisto da parte dell'utilizzatore;

b) *leasing* traslativo (o impuro), che ha ad oggetto beni che, al termine del contratto, presumibilmente avranno un considerevole valore economico residuo, maggiore del prezzo pattuito per l'opzione, per cui l'importo del canone non corrisponde soltanto al prezzo del godimento del bene o della quota di obsolescenza, ma comprende anche una quota del prezzo di acquisto finale;

3) a seconda dei beni oggetto del contratto:

a) *leasing* immobiliare;

b) *leasing* mobiliare, avente ad oggetto beni mobili (ad es. barche), nell'ambito del quale riveste un'importanza peculiare il *leasing* automobilistico, e che si articola a sua volta in *long rent* e *full rent*: il primo comporta una maggiore durata ed è utilizzato soprattutto per i veicoli commerciali, per i quali l'utilizzatore non ha urgente bisogno di sostituire il veicolo, il secondo comporta formule integrate di assicurazione, assistenza, riparazione e sostituzione dell'auto in caso di avaria (*full-leasing*);

c) *leasing* di azienda;

4) *leasing* azionario, variante del *leasing* finanziario.

Abbiamo poi alcune sottofigure particolari di *leasing*:

1) *leasing* agevolato, quando il contratto è ammesso a godere di determinate agevolazioni previste dalla legge o di fondi pubblici;

2) *lease-back*, con cui un'impresa vende un bene mobile o immobile di sua proprietà ad una società di *leasing*, che ne cede

contestualmente il godimento all'impresa venditrice a titolo di *leasing*, e che pone problemi legati al divieto di patto commissorio¹⁷; 3) *leasing adossé*, una variante di derivazione francese del *lease-back*, con cui il proprietario dei beni che dispone di un potenziale serbatoio di clientela vende i beni da lui prodotti ad una società di *leasing* e poi se li fa concedere in *leasing* con un contratto unitario, e a quel punto stipula con i vari clienti singoli contratti di *leasing* relativi a ciascun bene.

L'appartenenza di uno specifico contratto a questa o quella sottofigura può portare all'applicazione di norme diverse. Pensiamo, ad esempio, alla risoluzione del contratto in caso di inadempimento dell'utilizzatore: nel caso di *leasing* di godimento, sarà applicabile l'art. 1458 cod. civ., secondo il quale «l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite», per cui il concedente potrà trattenere i canoni già versati, mentre, nel caso di *leasing* traslativo, si applicherà, per analogia, l'art. 1526 cod. civ., relativo alla vendita a rate, che prevede il diritto del compratore alla ripetizione delle rate già pagate al netto di un equo compenso al venditore per l'uso del bene¹⁸.

In ambito pubblicitario, possiamo ricordare il contratto di sponsorizzazione, attraverso il quale un soggetto (*sponsee* o sponsorizzato) si obbliga a consentire ad un altro soggetto (*sponsor*) l'uso della propria immagine pubblica o del proprio nome, per promuovere, dietro corrispettivo, un prodotto o un marchio¹⁹.

¹⁷ Cfr. Cass. 21 gennaio 2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, 177 ss.

¹⁸ Cfr., in dottrina, M. BUSSANI, P. CENDON, *I contratti nuovi – Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza – 'Leasing', 'Factoring', 'Franchising'*, Milano, 1989, 35 ss.; V. GIACCO, *Leasing*, cit., 133 ss.; S. MONTICELLI, *Il 'leasing'*, cit.

¹⁹ M. PALADINI, *I contratti obbligatori per l'esecuzione di opere o di servizi*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI, F. GIARDINA, A. GIUSTI, M. L. LOI, E. NAVARRETTA, M. PALADINI, D. POLETTI, M. ZANA, *Diritto Privato – II*, cit., 713.

Vi sono infatti vari tipi di sponsorizzazione²⁰:

- 1) sportiva, che a sua volta può riguardare un club, una scuderia, una federazione sportiva o un singolo atleta: in essa, lo *sponsee* si impegna, lasciando immutata la propria denominazione sociale, a divulgare un determinato messaggio pubblicitario apponendo scritte o altri simboli sull'abbigliamento degli atleti o sui veicoli, autorizzando al contempo lo *sponsor* ad utilizzare le relative immagini per le proprie esigenze pubblicitarie;
- 2) culturale, tramite il finanziamento di restauri, mostre, eventi, manifestazioni e concerti;
- 3) radiotelevisiva, tramite il finanziamento di programmi televisivi, che può comportare:
 - a) i c.dd. *billboards*, cioè gli inviti all'ascolto trasmessi immediatamente prima del programma e i ringraziamenti per l'ascolto effettuati al termine del programma;
 - b) i c.dd. *promos*, cioè gli inviti all'ascolto effettuati non contestualmente al programma e accompagnati dal nome e/o dal logotipo dello *sponsor*;
 - c) la comparsa del nome e/o del logotipo dello *sponsor* durante il programma stesso;
- 4) tecnica o interna, nella quale lo *sponsor*, come corrispettivo, offre allo *sponsee* le attrezzature necessarie allo svolgimento della sua attività, ad esempio nel caso in cui lo *sponsor* diventi 'fornitore' di una squadra o di una scuderia che partecipi a delle competizioni.

Un tipo particolare di sponsorizzazione, rientrante nella sponsorizzazione sportiva, si ha con l'abbinamento, utilizzato soprattutto con squadre di calcio e di altri sport: in essa, c'è una

²⁰ G.V. BRIANTE, *I contratti di sponsorizzazione*, in *I contratti in generale – II. I contratti atipici – I*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, Torino, 1991, 445 s.; I. MAGNI, *'Merchandising' e sponsorizzazione – Nuovi contratti per lo sfruttamento e la promozione dell'immagine*, Padova, 2002, 71 ss.

coincidenza di interessi e una compenetrazione tra sponsor e soggetto sponsorizzato²¹.

Parliamo di sponsorizzazione mista quando il soggetto sponsorizzato, oltre a consentire l'uso del proprio nome o della propria immagine, è obbligato ad organizzare anche una serie di manifestazioni con lo scopo di diffusione pubblicitaria del prodotto o del marchio²².

Il contratto di sponsorizzazione si distingue da quello di patrocinio per il fatto che, in quest'ultimo, il soggetto che consente che l'attività si svolga sotto il suo patrocinio non è un imprenditore. Di conseguenza, può parlarsi, in questo caso, non di contratto a prestazioni corrispettive ma di donazione modale²³.

Sempre in ambito pubblicitario, un altro contratto che si articola in diverse sottofigure è il *merchandising*, cioè il contratto attraverso il quale il titolare di un segno distintivo cede ad un altro imprenditore il diritto alla sua utilizzazione in un settore diverso rispetto a quello in cui il segno ha assunto notorietà²⁴. Possiamo distinguere²⁵:

- 1) il *character merchandising*, relativo al nome o all'immagine di personaggi di fantasia, a cui si applica la normativa sul diritto d'autore, e che si articola a sua volta in:
 - a) *fictional characters merchandising*, relativo a personaggi dei fumetti e dei cartoni animati;
 - b) *literary characters merchandising*, relativo a personaggi delle opere letterari;

²¹ M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 714.

²² M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 714.

²³ M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 714.

²⁴ C. NATALI, *Il 'merchandising'*, in *I Nuovi Contratti*, cit., 419; M. PALADINI, *I contratti*, cit., 714.

²⁵ I. MAGNI, *'Merchandising'*, cit., 5 s.; L. C. NATALI, *Il 'merchandising'*, 421 ss.; M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 715.

- 2) il *personality merchandising*, relativo al nome o all'immagine di personaggi famosi, al quale si applicano le norme sulla tutela del nome e dell'immagine (artt. 7 e 10 cod. civ.);
- 3) il *trademark merchandising*, relativo al marchio di determinati prodotti o servizi.

Nello stesso ambito, possiamo ancora ricordare il contratto di *co-marketing* (abbreviazione di *cooperative marketing*), che si caratterizza per la collaborazione fra imprese con l'obiettivo di sviluppare insieme attività di *marketing*²⁶. Possiamo distinguere²⁷:

- 1) *co-marketing* di prodotto, avente ad oggetto la realizzazione di un prodotto del quale i contraenti possano concorrere alla produzione con un apporto differenziato a seconda delle componenti che ciascun contraente rende disponibile;
- 2) *co-marketing* promozionale, avente ad oggetto la realizzazione un'operazione di comunicazione promozionale comune di prodotti o marchi dei contraenti;
- 3) *co-marketing* distributivo, avente ad oggetto una o più delle operazioni che i contraenti intendono realizzare nelle fasi in cui i prodotti oggetto dell'attività vengono veicolati per giungere al consumatore finale.

Anche l'*engineering*, con cui un'impresa (*engineer*) si obbliga a predisporre un progetto industriale, architettonico o urbanistico, ed eventualmente a realizzarlo²⁸, si articola in diverse sottofigure. Parliamo infatti di²⁹:

- 1) *consulting engineering*, se il contratto ha ad oggetto soltanto la predisposizione del progetto industriale, architettonico o

²⁶ E. M. TRIPODI, *Il contratto di 'co-marketing'*, in *I Nuovi Contratti*, 325.

²⁷ E. M. TRIPODI, *Il contratto*, cit., 327 ss.

²⁸ M. PALADINI, *I contratti*, cit., 715.

²⁹ P. CORRIAS, *Il contratto di 'engineering'*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1369B ss.; A. FUSARO, *Il contratto di 'engineering'*, in *Alpa*, Bessone, cit., 1073; M. PALADINI, *I contratti*, cit., 715.

urbanistico e, eventualmente, la mera attività di controllo e assistenza tecnica durante l'esecuzione dell'opera;

2) *commercial engineering*, se il contratto ha ad oggetto anche lo studio diretto all'acquisizione dei finanziamenti, la partecipazione alle gare di aggiudicazione, l'esecuzione e il collaudo dell'opera, nonché l'amministrazione e la manutenzione dell'opera eseguita;

3) *engineering* 'chiavi in mano' o '*clè en main*', se l'oggetto è la consegna al committente del prodotto finito e funzionante.

Nell'ambito del contratto di *catering*, con cui un'impresa di obbliga ad eseguire una fornitura di pasti, preparati al momento o preconfezionati, fornendo eventuali servizi accessori, invece, si possono distinguere alcune figure particolari:

1) il *catering* navale, nel caso di trasporti marittimi di durata di più giorni, con cui l'armatore potrà delegare al *caterer* l'approvvigionamento e la ristorazione dei viaggiatori e dell'equipaggio;

2) il *banqueting*, che è un servizio reso da imprese specializzate in occasione di festeggiamenti e spettacoli³⁰.

Nel contratto di *bartering* un'impresa, generalmente non operante nel settore della produzione televisiva, produce un programma e lo offre ad un'emittente televisiva, che lo inserisce nel proprio palinsesto: in questo modo, l'impresa gestisce personalmente il rapporto fra pubblicità e programma e non paga lo spazio televisivo, mentre l'emittente acquista un programma già fatto, trasferendo all'impresa il rischio dell'ascolto³¹. Possiamo distinguere³²:

³⁰ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 34.

³¹ E. NAPOLILLO, *Il contratto di 'bartering'*, in *I Nuovi Contratti*, cit., 445.

³² E. NAPOLILLO, *Il contratto*, cit., 447 ss.

- 1) *bartering* diretto, nel quale vi è un solo rapporto giuridico bilaterale dove l'impresa controparte è funzionalmente organizzata per la produzione di programmi televisive;
- 2) *bartering* complesso, nel quale l'impresa che intende produrre un programma per promuovere la collocazione dei propri prodotti, non essendo in grado di produrlo in proprio, ricorre alla produzione in affitto; tuttavia, il contratto di *bartering* continua ad essere bilaterale, e non vi è un rapporto di connessione con il contratto di produzione;
- 3) *bartering* improprio, nel quale l'impresa al produttore del programma l'incarico di contattare l'emittente televisiva;
- 4) *bartering* finanziario, che a sua volta si articola in:
 - a) *bartering* finanziario televisivo, in cui grandi gruppi finanziari realizzano programmi di carattere informativo su economia e finanzia per promuovere indirettamente la propria attività;
 - b) *bartering* finanziario sulla carta stampata, in cui istituti di credito si impegnano a fornire notizie di borsa e di mercati finanziari e imprese editrici si obbligano, come corrispettivo, a veicolare l'immagine pubblicitaria;
 - c) *bartering* finanziario di rete, analogo al *bartering* finanziario sulla carta stampata, ma attuato nelle reti telematiche.

Anche il cd. contratto di *know-how* può articolarsi in due tipi diversi:

- 1) contratti di cessione o trasferimento di *know-how*, con cui il *know-how* viene ceduto al cessionario;
- 2) contratti di licenza di *know-how*, con cui non si cede la proprietà del *know-how*, ma solo la facoltà di utilizzarlo³³.

La stessa articolazione in sottofigure contrattuali può rilevarsi anche per dei contratti atipici, ma legalmente nominati (dall'art. 1

³³ C. BAIRATI, 'Know-how', in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 221.

d.lgs. 58/1998, ‘Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria’), come quelli di *swap*, con cui due parti si scambiano, a scadenze prefissate, flussi finanziari (*cash flows*), calcolati con differenti parametri ma su un medesimo importo ipotetico (*nominal amount*)³⁴, e di *future*, con cui due parti si accordano per l’acquisto di una merce o di un’attività finanziaria ad un certo prezzo e a una data stabilita³⁵. Possiamo infatti distinguere³⁶, fra i primi:

- 1) *interest rate swaps*, in cui i contraenti si scambiano flussi finanziari aventi la natura di tassi di interesse predefiniti e differenti su un capitale figurativo di riferimento;
- 2) *currency swaps*, in cui i contraenti si scambiano flussi finanziari denominati in due diverse valute;
- 3) *cross currency swaps*, in cui vengono simultaneamente scambiati sia i tassi che le valute;
- 4) *domestic swaps*, con cui le parti inizialmente pattuiscono il rapporto di cambio a cui sono disposte a comprare o cedere valuta estera e, se alla scadenza la valuta nazionale si sarà deprezzata, il contraente che dovrà acquistare la valuta estera avrà diritto a ricevere dall’altro una somma in valuta nazionale pari alla differenza tra il cambio iniziale e quello attuale, mentre, se alla scadenza sarà la valuta estera ad essersi deprezzata, sarà la controparte ad avere diritto alla differenza;
- 5) *commodities swaps*, in cui i contraenti si scambiano flussi finanziari indicizzati al pagamento di una *commodity* da un lato e un tasso fisso

³⁴ M. PALADINI, *I contratti aleatori*, in U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI, F. GIARDINA, A. GIUSTI, M. L. LOI, E. NAVARRETTA, M. PALADINI, D. POLETTI, M. ZANA, *Diritto Privato – II*, cit., 763.

³⁵ L. VIGONE, *Contratti*, cit., 141.

³⁶ G. BARBIERI, *Investimenti atipici*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 283; L. VIGONE, *Contratti*, cit., 140 ss.

dall'altro (come accade ad esempio negli *oil swaps*, indicizzati sul prezzo del petrolio);

6) *credit default swaps*, con cui si paga un premio di assicurazione periodico in cambio di un pagamento di protezione nel caso di fallimento di un'azienda di riferimento.

Per quanto riguarda i secondi, invece, distinguiamo³⁷:

- 1) i *commodities futures*, riguardanti merci specifiche (in particolare, prodotti agricoli, metalli ed energia);
- 2) i *financial futures*, riguardanti:
 - a) valute (*currency futures*);
 - b) indici di borsa (*stock index futures*);
 - c) titoli a tasso fisso (*fixed income security futures*);
 - d) depositi a largo mercato (*time deposit futures*).

Altre volte, invece, si individua una categoria di modalità di scambio che possono poi presentarsi con tipologie contrattuali diverse. È il caso delle operazioni di *countertrade*, molto diffuse nel commercio internazionale, specie fra Paesi ricchi e Paesi in via di sviluppo, e che consistono essenzialmente nell'utilizzo dello strumento della compensazione e nella limitazione del pagamento in valuta³⁸, prevedendo prestazioni accessorie e parallele rispetto al classico scambio 'merce contro prezzo', le quali possono realizzarsi attraverso³⁹:

- 1) l'*advance purchase* (o compensazione anticipata), con cui l'impresa esportante vende i propri prodotti ad un'impresa importatrice straniera e, nel contempo, si impegna ad acquistare altra merce per un controvalore totale o parziale della propria prestazione;
- 2) il *buy-back*, con cui l'impresa esportante costruisce e vende un impianto produttivo in un Paese estero impegnandosi ad

³⁷ R. CAFARO, *Il contratto di 'futures'*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 721 ss.; L. VIGONE, *Contratti*, cit., 141 ss.

³⁸ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 49.

³⁹ L. VIGONE, *Contratti*, cit., 128 s.

acquistare, per un certo periodo di tempo, i prodotti dell'impianto stesso;

3) l'*offset*, con cui alla prestazione del *buy-back* si aggiunge la cessione del *know-how*;

4) *clearing*, con cui vengono istituiti, presso banche fiduciarie, conti di compensazione fra due imprese che hanno rapporti commerciali frequenti, per evitare di dover liquidare le singole prestazioni di volta in volta.

2. *Problemi di qualificazione e di individuazione della disciplina applicabile. Casistica*

Di fatto, dunque, l'ammissibilità dei contratti atipici è esclusa soltanto in casi eccezionali. Il giudice, nell'accogliere un'azione contrattuale, non è sempre tenuto a indicare il tipo contrattuale di riferimento: possiamo parlare, quindi, non solo di un'atipicità dei contratti, ma anche di un'atipicità delle azioni contrattuali, espressione della più generale atipicità delle azioni civili⁴⁰.

Tuttavia, salve alcune pronunce *extravagantes*⁴¹, si assiste ad una tendenza a classificare i contratti conclusi dai privati all'interno degli schemi offerti dal codice civile, tant'è che si arriva a dire che

⁴⁰ R. SACCO, *Commento*, cit., 85.

⁴¹ Cfr. Cass. 14 febbraio 2001, n. 2078, con nota di L. De Candia, in *Contr.*, 2001, 779, in cui un contratto con il quale una società si impegnavava a fornire beni strumentali e servizi accessori utili all'esercizio dell'attività di un medico-radiologo e quest'ultimo si obbligava a corrisponderle una quota 'fissa o proporzionale' dei propri proventi viene qualificato come atipico, quando invece, come giustamente osservato dalla Commentatrice, esso poteva essere ricondotto, in caso di compenso fisso, al contratto di locazione e, in caso di compenso proporzionale, a quello di associazione in partecipazione.

non esista alcun contratto puramente e semplicemente atipico⁴²: l'interprete non si domanda, infatti, se un contratto sia o meno atipico, ma a quale tipo contrattuale possa essere ricondotto l'assetto di interessi concretamente delineato dalle parti⁴³ (e ciò anche per assicurarsi che la scelta di stipulare un contratto atipico non sia volta, in realtà, ad eludere l'applicazione di norme imperative).

Ciò avviene, in primo luogo, qualora, nel contratto concretamente concluso, vi siano clausole non armonizzabili con il tipo, e ciò in ragione della prevalenza, fra gli altri, degli elementi caratteristici del tipo contrattuale: ad esempio, il contratto di conservazione di generi alimentari deperibili è stato ricondotto al contratto di deposito⁴⁴, mentre quello di concessione dell'uso di apparecchi di distribuzione automatica di carburanti e di fornitura del carburante per la vendita è stato ricondotto al comodato⁴⁵. Addirittura, certa dottrina è arrivata a dire che, per ricondurre un certo contratto ad un tipo contrattuale, è sufficiente una certa conformità ad esso (la 'minima unità effettuale') e non una perfetta identità, e se alcune norme sono da considerarsi generali e applicabili ad ogni contratto riconducibile ad un certo tipo, vi sono delle norme particolari applicabili soltanto a determinate configurazioni della fattispecie⁴⁶.

⁴² A. BARENGHI, *Qualificazione e classificazione dei contratti*, in *Diritto civile – vol. III – Obbligazioni – II – Il contratto in generale*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, 311; P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale*, in *I contratti in generale – II. I contratti atipici – I*, cit., 7 s.

⁴³ R. SACCO, *Commento*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 406 s.

⁴⁴ Cass. 4989/1979.

⁴⁵ Trib. Roma 30 luglio 1957, in *Riv. it. dir. petr.*, 1957, 25 ss.

⁴⁶ G. PERLINGIERI, *La scelta della disciplina applicabile ai c.dd. 'vitalizi impropri'. Riflessioni in tema di aleatorietà della rendita vitalizia e di tipicità e atipicità nei contratti*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2015, 176 s.

La riconduzione al tipo permette, in primo luogo, di attribuire al contratto determinati effetti naturali corrispondenti ad un determinato tipo contrattuale, sovente diversi da quelli previsti dalla parte generale del diritto dei contratti, a meno che le parti non li abbiano esclusi⁴⁷, e questo risulta particolarmente utile, dato che la regolamentazione effettuata dalle parti, sebbene sia sovente piuttosto analitica⁴⁸, ha comunque, spesso, diverse lacune.

Solo qualora non sia possibile ricondurre un contratto con clausole atipiche ad un contratto tipico tale contratto sarà qualificato come atipico, ma la sua disciplina sarà comunque ricondotta a quella di un contratto tipico⁴⁹: la scelta di inquadrare il contratto atipico in questo o quel contratto tipico può portare a soluzioni diverse alle problematiche che sorgono e non sono state oggetto di specifica pattuizione tra le parti.

Per esempio, il contratto di fornitura di servizi telematici è da taluni ricondotto a una vendita avente ad oggetto un particolare bene giuridico, cioè l'informazione. Secondo altre tesi, invece, si tratterebbe di un appalto di servizi avente per oggetto non solo la fornitura dell'informazione, ma un complesso di attività come l'aggiornamento dei dati offerti alla consultazione, la loro organizzazione e il corretto uso degli strumenti informatici, oppure di una figura del contratto di somministrazione, dato che non si esaurisce in una sola prestazione, ma presuppone una durata⁵⁰.

Il già citato contratto di *bartering*, invece, viene talora inquadrato nello schema della permuta, dal quale però si distaccherebbe perché riguarderebbe uno scambio fra un bene e un servizio, anziché fra due beni come nella permuta. In ogni caso,

⁴⁷ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 5; R. SACCO, *Commento*, cit., 86.

⁴⁸ P. TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., 256.

⁴⁹ R. SACCO, *Commento*, cit., 407.

⁵⁰ M. IASELLI, *Compendio di informatica giuridica*⁵, Napoli, 2012, 102 s.

non vi è dubbio che l'art. 1552 cod. civ. sia applicabile anche al *bartering*⁵¹.

Un altro esempio significativo del fenomeno di riconduzione dei contratti atipici alla disciplina dei contratti tipici ci viene dai contratti di parcheggio e di ormeggio.

In particolare, nel contratto di parcheggio, con il quale il titolare di un'area, pubblica o privata, aperta o recintata, consente al conducente il ricovero del suo veicolo⁵², il problema di disciplinare situazioni che non sono state oggetto di pattuizione tra le parti si pone con ancora maggiore frequenza che negli altri contratti atipici, dal momento che tale contratto si perfeziona, in genere, non in forma espressa, ma attraverso comportamenti oggettivamente valutabili secondo criteri di tipicità sociale.

Se deve sicuramente escludersi l'assimilazione al contratto di deposito nel caso di parcheggio in aree pubbliche, in spazi delimitati da strisce e in assenza di sbarre automatizzate e di personale addetto alla custodia dei veicoli⁵³ (anche se non sono mancate pronunce che hanno ritenuto che si fosse perfezionato un contratto di deposito tra Comune e conducente anche nel caso di parcheggi con 'strisce blu' e parchimetro), tant'è che alcuni Autori⁵⁴ preferiscono, in tal caso, parlare di locazione di posto auto, la soluzione è stata a lungo non chiara nel caso in cui, pur in mancanza di una consegna delle chiavi del veicolo ad un addetto, vi sia, invece, una sbarra automatizzata all'ingresso e all'uscita, con conseguenze chiaramente opposte in merito alla sussistenza di una responsabilità da custodia del gestore in caso di furto del veicolo.

⁵¹ I. MAGNI, *'Merchandising'*, cit., 142.

⁵² M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 712.

⁵³ M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 712.

⁵⁴ R. BAUSARDO, *Parcheggio*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 386 s.

In un primo momento⁵⁵ si è ritenuto che il contratto di posteggio di veicoli in autorimesse rientrasse nello schema del contratto di deposito, dando così rilevanza prevalente all'affidamento in custodia: in effetti, chi affida la sua autovettura agli addetti di un'autorimessa indubbiamente pretende che questi la custodiscano e gliela restituiscano al ritorno⁵⁶. La stessa soluzione è stata adottata anche per il caso in cui un'area di parcheggio venga predisposta con sistemi automatici di accesso, di pagamento della prestazione e di prelievo del veicolo, in ragione del fatto che scopo del contratto di parcheggio è liberare l'automobilista da ogni preoccupazione relativa alla custodia del veicolo, e ciò a prescindere dall'affissione di eventuali condizioni di contratto affisse nell'area o richiamate nello scontrino, dal momento che il contratto si realizza in tempi rapidissimi e, per tale ragione, il guidatore potrebbe non venirne a conoscenza⁵⁷.

Secondo altra tesi, invece, l'interesse principale del conducente non è quello di dare in custodia il proprio veicolo, ma, semplicemente, reperire uno spazio dove lasciare il veicolo, in mancanza di un parcheggio libero, per cui il contratto di parcheggio, pur in presenza di una sbarra automatica di accesso all'area, deve essere qualificato come locazione di area e non come deposito, in mancanza di un'espressa assunzione dell'obbligo di custodia⁵⁸: d'altra parte, perché possa parlarsi di deposito, è

⁵⁵ Cass. 16 novembre 1979, n. 5959, in *Rep. Foro it.*, Deposito, n. 7.

⁵⁶ R. BAUSARDO, *Parcheggio*, cit., 383 s.

⁵⁷ Cass. 1957/2009, in *Corriere giur.*, 2009, 1647; Cass. 27 gennaio 2009, n. 1957, in *Nuova giur. Civ.*, Cass. 13 marzo 2007, n. 5837. Cfr. anche R. BAUSARDO, *Parcheggio*, cit., 382 ss.; I. CLEMENTE, *Il contratto di parcheggio e il furto dell'autoveicolo parcheggiato: chi risponde del danno?*, in *Dir. fisc. ass.*, 2013, 1, cit., 102 ss.; M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 712.

⁵⁸ Trib. Mantova 18 luglio 2002, in *Gius*, 2002, 2237 ss.. Cfr. anche I. CLEMENTE, *Il contratto*, cit., 102 ss.; R. BAUSARDO, *Parcheggio*, cit., 385 s.

necessaria la detenzione preordinata all'obbligazione di conservare per restituire, ma il gestore di questo tipo di parcheggi, non ricevendo le chiavi dell'autoveicolo, non si può certo dire che lo detenga⁵⁹. Su questa scia, il gestore potrebbe esonerarsi da responsabilità laddove faccia sapere all'utente con mezzi idonei (ad esempio con un cartello ben visibile), che il parcheggio non è custodito⁶⁰.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite, con la sentenza n. 14319 del 2011⁶¹, le quali hanno adottato una soluzione salomonica, affermando che siamo in presenza di un contratto di parcheggio senza custodia nel caso in cui le parti vogliano semplicemente assicurare all'utente uno spazio dove far stazionare il veicolo (come accadeva nel caso esaminato dal massimo consesso, in cui il gestore aveva esposto un cartello indicante il fatto che il parcheggio non era custodito⁶²); viceversa, il contratto deve essere assimilato al deposito qualora l'utente intenda assicurarsi non solo l'utilizzazione dell'area ma anche la restituzione del veicolo.

Invece, per quanto riguarda il contratto di ormeggio, la giurisprudenza più risalente lo riconduceva al contratto di deposito⁶³, con conseguente obbligo di custodia del natante, o

⁵⁹ I. CLEMENTE, *Il contratto*, cit., 102 ss.

⁶⁰ Cfr. Cass. 13 marzo 2009, n. 6169, in *Foro it.*, 2009, I, 1005 ss., secondo cui il contratto di parcheggio è riconducibile al deposito, ma è appunto possibile esonerarsi in tal modo dalla responsabilità da custodia. Cfr. anche I. CLEMENTE, *Il contratto*, cit., 102 ss.

⁶¹ Su cui v. I. CLEMENTE, *Il contratto*, cit., 102 ss.

⁶² Sulla stessa linea, v., recentemente, Trib. Trani 3 giugno 2015, con nota di P. Quarticelli, in *Contr.*, 2016, 477 ss., in cui il proprietario del veicolo aveva addirittura sottoscritto una dichiarazione sull'esonero della responsabilità del gestore.

⁶³ App. Venezia 22 novembre 1977, in *Resp. civ. e prev.*, 1978, 88 ss.; App. Roma 13 novembre 1990.

addirittura alla subconcessione⁶⁴, a causa della natura demaniale della zona di mare destinata all'ancoraggio, mentre quella più recente lo riconduce alla locazione: infatti, si è sottolineato come l'oggetto del contratto consista, dal un lato nella messa a disposizione delle strutture e, dall'altro, nella loro utilizzazione per l'ormeggio e la sosta dell'imbarcazione, senza che possano configurarsi obblighi ulteriori, in analogia a quanto avviene con la locazione del 'posto macchina'⁶⁵, nulla impedendo, tuttavia, che tali ulteriori prestazioni siano contrattualmente ed espressamente pattuite dalle parti, in tal caso avvicinando tale contratto a quello di deposito⁶⁶.

Nell'ambito dei contratti per l'esecuzione di opere o di servizi, abbiamo il contratto di sperimentazione clinica, il cui oggetto consiste nel coordinamento, nell'organizzazione e nella realizzazione di molteplici e complesse attività, tra cui assumono ovviamente rilievo prioritario la prestazione terapeutica, l'analisi dei dati clinici dei pazienti e la redazione dei rapporti periodici. Tale contratto è stato ricondotto al contratto di appalto (di servizi): in esso, in particolare, lo sponsor si configura come committente, mentre l'ente agisce come appaltatore e deve gestire, in maniera imprenditoriale, l'attività di sperimentazione⁶⁷.

Sempre all'appalto di servizi è stato assimilato il contratto di *catering*, mentre altri lo assimilano al contratto di somministrazione,

⁶⁴ SS.UU. 28 aprile 1989, n. 2015, in *Giust. civ.*, 2407 ss.

⁶⁵ In dottrina, D. BIANCO, *Ormeggio*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 379; A. CALCAGNO, *Il contratto di ormeggio*, in *I Nuovi Contratti*, cit., 189 ss.

⁶⁶ Cass. 1° giugno 2004, n. 10484, con nota di V. Carbone, in *Corriere giur.*, 2004, 874.

⁶⁷ F. MASSIMINO, *I contratti di sperimentazione clinica*, in *Contr.*, 2000, 183 ss.

rispetto al quale, però si differenzia per la presenza di prestazioni accessorie, come la preparazione dei locali⁶⁸.

È stato ricondotto all'appalto anche il contratto di *engineering*, ma anche qui l'assimilazione non regge: infatti, rispetto all'appalto, deve rilevarsi che l'appalto ha ad oggetto soltanto la materiale realizzazione dell'opera su progetto o dell'appaltante o di terzi, mentre, rispetto all'appalto di servizi, c'è un'attività di collaborazione e di controllo che invece manca nell'appalto. Da altri, è stato ricondotto, invece, al contratto d'opera (o, da taluni, al mandato), ma in realtà l'*engineering* richiede un'organizzazione di mezzi non riscontrabile nel contratto d'opera⁶⁹.

Sempre al contratto di appalto (o a quello di mandato) è stato assimilato il contratto di certificazione della qualità⁷⁰, con il quale un'impresa committente incarica un organismo di verificare e certificare la qualità delle procedure da essa adottate.

Il contratto di *merchandising*, invece, attraverso il quale un soggetto, titolare di un segno distintivo, concede ad un altro soggetto (licenziatario) il diritto di utilizzare tale marchio per la produzione e la commercializzazione di beni merceologicamente diversi da quelli da lui prodotti⁷¹, è per certi versi simile al contratto di licenza d'uso, che però si caratterizza per l'identità fra i prodotti realizzati dal concedente e dal licenziatario⁷².

Talvolta, poi, lo stesso tipo sociale viene ricondotta a tipi normativi diversi a seconda dei casi o del momento dell'esecuzione a cui si fa riferimento.

⁶⁸ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 34 s.

⁶⁹ P. CORRIAS, *Il contratto*, cit., 2016, 1369B ss.; G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 63 s.

⁷⁰ Trib. Monza 4 febbraio 2004, con nota di M. Ambrosoli, *Il contratto di certificazione della qualità*, in *Contr.*, 2004, 809 ss.

⁷¹ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 145; M. PALADINI, *I contratti obbligatori*, cit., 714.

⁷² G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 148.

Per quanto riguarda il primo fenomeno, pensiamo al *leasing* immobiliare. Esso rientra nell'ambito del *leasing* traslativo, dal momento che l'immobile, alla scadenza del contratto, ha un valore che può essere addirittura accresciuto rispetto a quello iniziale. Tuttavia, il contratto è stato talvolta ritenuto, al di là del *nomen* utilizzato, una vendita con riserva della proprietà, qualora il prezzo d'opzione finale sia una frazione esigua del prezzo di mercato dell'immobile, tale da rendere assolutamente non conveniente, dal punto di vista economico, per l'utilizzatore, non esercitare il diritto d'opzione; viceversa, qualora il prezzo d'opzione sia pari al valore di mercato del bene, saremmo in presenza di una locazione tipica, e i canoni pagati si giustificerebbero unicamente quale corrispettivo del godimento⁷³.

Per quanto riguarda il secondo, possiamo far riferimento al *leasing* di azienda, che solo apparentemente non rientrerebbe nell'ambito disciplinato dal codice civile, che nel Libro V regola l'alienazione e l'affitto di azienda. Nel *leasing*, non abbiamo un contratto per conseguire sia il godimento che la proprietà, ma prima uno ed, eventualmente, l'altra. Tuttavia, le norme del codice civile saranno comunque e direttamente applicabili, dato che non si riferiscono ad un particolare tipo di contratto ma alle conseguenze dello stesso: in particolare, saranno dapprima applicabili le norme sull'affitto di azienda e, una volta che l'utilizzatore abbia esercitato il diritto d'opzione, quelle sull'alienazione di azienda⁷⁴.

Talvolta, invece, pur costituendo, i nuovi contratti, apparentemente una variante di contratti tipici, si ritiene che le peculiarità che li distinguono dal corrispondente tipo siano tali da non permettere di inquadrarli in esso. Per esempio, accanto ai

⁷³ V. GIACCO, '*Leasing*', cit., 139.

⁷⁴ V. GIACCO, '*Leasing*', cit., 143 ss.

contratti tipici di rendita vitalizia (art. 1872 cod. civ.) e rendita perpetua (art. 1861 cod. civ.), la dottrina⁷⁵ e la giurisprudenza hanno elaborato le figure dei vitalizi impropri, e precisamente del vitalizio di alimenti (o contratto di alimenti), del vitalizio di mantenimento (o contratto di mantenimento) e del vitalizio assistenziale (e nemmeno quella dottrina⁷⁶ che, in ragione della suesposta dottrina della ‘minima unità effettuale’, tende a massimizzare la riconducibilità al tipo contrattuale riesce a ricondurre il vitalizio assistenziale alla rendita vitalizia)

Per quanto riguarda i primi due, in essi una parte aliena all'altra un bene mobile o immobile o cede un capitale in cambio dell'assunzione dell'obbligazione di provvedere a vitto, alloggio e vestiario, nonché di tutto quanto il necessario per vivere (in misura pari a quanto strettamente necessario, e solo in caso di bisogno, nel vitalizio di alimenti e in misura conforme al precedente tenore di vita nel caso di vitalizio di mantenimento), per tutta la durata della vita del beneficiario⁷⁷.

Per quanto riguarda il terzo, con esso alla cessione di un bene o di un capitale si contrappone non (o non solo) l'obbligazione di pagamento di una somma di denaro, ma anche quella di prestare assistenza morale o materiale⁷⁸: proprio l'esistenza di tale obbligazione di *facere*, e dell'*intuitus personae*, che conduce all'infungibilità di tale prestazione, ha portato la Suprema Corte a ritenere che tale contratto non possa essere fatto rientrare nel tipo

⁷⁵ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 244.

⁷⁶ G. PERLINGIERI, *La scelta*, cit., 178 ss.

⁷⁷ M. MALVANO, *Vitalizio assistenziale e nullità per mancanza di alea*, in nota a Cass. 13869/2009, in *Notariato.*, 2010, 271 ss.

⁷⁸ D. ACHILLE, *Contratto atipico di mantenimento e vitalizio improprio: nullità se manca l'alea*, in *Dir. giust.*, 2015, 8, 34 ss.; M. MALVANO, *Vitalizio assistenziale*, cit., 271 ss.

della rendita vitalizia⁷⁹ e che, conseguentemente, non possa applicarsi ad esso l'art. 1878 cod. civ., ma soltanto l'art. 1453 cod. civ., norma che disciplina, in generale, la risoluzione per inadempimento⁸⁰. La soluzione, peraltro, è stata criticata in dottrina⁸¹, laddove si è sottolineato che i contraenti ben potrebbero aver ritenuto fungibile non solo l'assistenza materiale, ma anche l'assistenza morale e che, comunque, anche qualora la prestazione fosse considerata infungibile, potrebbe applicarsi non solo l'art. 1453 cod. civ., ma anche l'art. 614-*bis* cod. proc. civ., e persino l'art. 1878 cod. civ., dal momento che il beneficiario ben potrebbe aver comunque interesse a bloccare i beni del debitore per rivalersi su di essi in sede di risarcimento del danno.

Appare chiaro come l'alea, elemento caratteristico del contratto di rendita vitalizia, sia qui accentuata (si parla, infatti, di 'doppia alea'), dal momento che essa è legata non soltanto alla durata della vita del beneficiario, ma anche al rischio di aggravamento dei suoi bisogni, che possono variare da un giorno all'altro⁸².

Un altro settore, oltre a quello dei contratti aleatori, in cui si è manifestata la difficoltà di ricondurre i contratti atipici alla disciplina di un tipo contrattuale è quello bancario, sottolineando piuttosto il collegamento esistente fra più contratti.

Pensiamo, ad esempio, al servizio di cassa continua versamenti. Esso consiste nella possibilità, per il correntista, di far

⁷⁹ Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, con nota di C. Sarni, in *Corr. giur.*, 1996, 1265 ss.

⁸⁰ Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, cit., 1265 ss.; SS. UU., 18 agosto 1990, n. 8432, in *Riv. not.*, 1991, 174 ss.

⁸¹ G. PERLINGIERI, *La scelta*, cit., 169 ss.

⁸² Cass. 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Contr.*, 1999, 221 ss.. Cfr. anche M. MALVANO, *Vitalizio assistenziale*, cit., 271; M. PALADINI, *I contratti aleatori*, cit., 744.

pervenire alla banca, durante o al di fuori dell'orario di apertura, determinati valori da accreditare sul conto corrente. Il cliente può, infatti, attraverso un'apposita chiave, aprire uno sportello e immettervi dei bossoli, nei quali ripone i valori e una distinta compilata con il dettaglio dei valori immessi, il numero del bossolo, il numero del conto, datata e firmata, copia della quale deve essere inserita in una cassetta installata accanto all'impianto. Quindi, un cassiere e un altro impiegato della banca aprono i bossoli, redigendo il verbale, e accreditano le somme sul conto corrente del cliente⁸³.

Il rapporto è stato qualificato come contratto di deposito, ma tale posizione non tiene conto della fase relativa all'accreditamento dei valori sul conto corrente, che resta assoggettata alle norme che regolano il contratto di conto corrente. Si è perciò prospettata la tesi secondo cui il contratto sarebbe da considerarsi come mandato al versamento, ma anche in questo caso ci sono state delle critiche⁸⁴. È stato sostenuto, quindi, che il contratto di cassa continua versamenti sia da posto in collegamento negoziale con il contratto di conto corrente⁸⁵.

Analogamente, non è stato possibile inserire in uno schema tipico i contratti di investimento denominati *'My way'* e *'4 you'*, che si caratterizzano per la concessione, da parte della banca che propone l'investimento, di un mutuo destinato esclusivamente all'acquisto di specifici strumenti finanziari costituiti a garanzia della restituzione della somma mutuata. Infatti, non si può parlare di mutuo, perché la somma presa in prestito viene, già nel contratto, destinata ad un certo fine, mentre il mutuo è il contratto con cui una parte consegna all'altra una determinata quantità di

⁸³ G. LIACE, *Banca*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 258 s.

⁸⁴ G. LIACE, *Banca*, cit., 259 ss.

⁸⁵ G. LIACE, *Banca*, cit., 262.

denaro, con l'obbligo per il mutuatario di restituirla nel termine previsto. Nemmeno si può parlare di mutuo di scopo, che si ha quando il finanziamento è concesso a condizione che la somma venga utilizzata per una finalità contrattualmente stabilita, poiché, nei contratti *'My way'* e *'4 you'*, la messa a disposizione del cliente è puramente nominale. Di conseguenza, si dice che tali contratti si caratterizzano per il collegamento negoziale tra un contratto di finanziamento e uno di acquisto di prodotti finanziari⁸⁶. La Cassazione, con le sentenze del 30 settembre 2015, n. 19559⁸⁷ e del 29 febbraio 2016, n. 3949⁸⁸, peraltro, ha stabilito che il contratto *'4 you'* non supera il vaglio della meritevolezza degli interessi, dato lo squilibrio fra i vantaggi certi ottenuti dall'operatore specializzato e le prestazioni svantaggiose ottenute dal consumatore, reso ancora più vulnerabile a causa del suo intento previdenziale, con conseguente inefficacia (e non già nullità) dell'assetto di interessi così stabilito.

Dunque, come si è visto, dovendo esaminare un contratto, il giudice tenderà, in primo luogo, a considerarlo un contratto tipico e, solo qualora ciò non sia possibile, a ritenere comunque applicabile la disciplina del contratto tipico che maggiormente gli si avvicina.

Qualora ciò non sia possibile, invece, si farà ricorso comunque alle regole sui contratti tipizzati che risolvano problemi

⁸⁶ G. BARBIERI, *Investimenti atipici*, in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 289 s.

⁸⁷ Per il commento, v. A. FERRETTI, *no al contratto atipico che sfrutti le esigenze previdenziali per investire in prodotti finanziari*, in *Dir. Giust.*, 2015, 35, 4 ss. Per la giurisprudenza di merito precedente, cfr. Trib. Brindisi, sez. fall., 21 giugno 2005, con nota di V. Velluzzi, *'4 you': c'è 'spazio' per il contratto immeritevole di tutela?*, in *Contr.*, 2006, 884.

⁸⁸ Con nota di L. Buonanno, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia? - Il commento*, in *Contr.*, 2016, 897 ss.

affini a quelli posti dal contratto atipico, attraverso il ricorso all’analogia: ad esempio, nel contratto di prossenetico, si farà riferimento alle norme sulla mediazione se l’attività del prosseneta è limitata alla sistemazione dei rapporti patrimoniali fra i nubendi e a quello del contratto d’opera se l’attività è volta alla presentazione dei due soggetti ai fini di un eventuale matrimonio (a condizione che il compenso venga pattuito a prescindere dall’effettiva celebrazione delle nozze)⁸⁹; oppure, ad un contratto con cui si cedono i diritti di utilizzazione economica di alcune composizioni fissate su ‘masters equalizzati’, sarà applicabile, in ragione del principio di buona fede, l’art. 107 della legge sul diritto d’autore, relativo al contratto di edizione⁹⁰.

Può accadere, comunque, che un contratto legalmente atipico produca effetti propri di più contratti tipici, o tutto l’oggetto proprio di un contratto tipico, più tutto l’oggetto proprio di un altro contratto tipico: parliamo, nel primo caso, di contratti misti e, nel secondo, di contratti complessi, anche se, in genere, i due termini sono usati indifferentemente l’uno dall’altro⁹¹.

In tal caso, si pone il problema se sia necessario combinare fra loro le regole dei due tipi contrattuali o utilizzare il criterio della prevalenza: in dottrina prevale il primo criterio, in giurisprudenza⁹²

⁸⁹ R. SACCO, *Commento*, cit., 408 s.

⁹⁰ Trib. Milano 7 giugno 2004, in *Danno resp.*, 2005, 783.

⁹¹ R. SACCO, *Commento*, cit., 403. Cfr. anche A. BARENGHI, *Qualificazione*, cit., 312; A. CONCAS, *I caratteri dei contratti atipici*, in <http://www.diritto.it/docs/36032-i-caratteri-dei-contratti-atipici>; P. TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., 255 s.

⁹² Cass. 22828/2012, in

<http://www.altalex.com/documents/massimario/2013/03/01/negozio-misto-disciplina-unitaria-contratto-prevalente-autonomia-contrattuale> con nota di M. Lanzieri, in

<http://www.altalex.com/documents/news/2013/08/27/contratti-misti-applicabile-la-disciplina-del-contratto-prevalente>.

il secondo, per cui il giudice dovrà sempre trovare uno schema contrattuale prevalente sull'altro, secondo la già vista tendenza di assimilazione del contratto atipico nello schema di un contratto tipico, e l'applicazione delle regole del contratto assorbito sarà possibile solo qualora gli elementi del contratto misto (o complesso) difforni dallo schema prevalente siano refrattari alle regole di quest'ultimo⁹³.

Ad esempio, il contratto di agenzia pubblicitaria si ritiene che sia articolato in due fasi, ognuna delle quali riconducibile a un contratto tipico, e precisamente una inerente all'ideazione e alla progettazione della campagna pubblicitaria e l'altra riguardante la realizzazione della campagna pubblicitaria. Secondo la tesi prevalente, avremo un contratto di appalto di servizi accompagnato da un subappalto⁹⁴.

Analogamente, si è ritenuto che faccia parte della categoria dei contratti misti anche il contratto di sponsorizzazione⁹⁵. Altri Autori, invece, l'hanno ricondotto al contratto d'opera (art. 2224 cod. civ.), che consentirebbe allo *sponsor* di mantenere un certo livello di controllo sull'attività dello *sponsee*, ma tale potere di controllo si ricava anche dal generale dovere di diligenza nell'esecuzione delle obbligazioni contrattuali⁹⁶. Altri l'hanno ricondotto al contratto di appalto, per via del parallelismo tra sponsorizzazione e agenzia pubblicitaria, ma è stato osservato come, nella sponsorizzazione, manchi quell'insieme di attività da mettere in atto a scopo pubblicitario che costituiscono l'oggetto del contratto di agenzia pubblicitaria, dato che lo *sponsee* non deve

⁹³ Cfr. anche A. BARENGHI, *Qualificazione*, cit., 312; G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 5; R. SACCO, *Commento*, cit., 404 s.

⁹⁴ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 179.

⁹⁵ G.V. BRIANTE, *I contratti di sponsorizzazione*, in *I contratti in generale – II. I contratti atipici – I*, cit., 445; I. MAGNI, 'Merchandising', cit., 86 ss.

⁹⁶ G.V. BRIANTE, *I contratti*, cit., 445; I. MAGNI, 'Merchandising', cit., 89 s.

far altro che esporre il marchio dello *sponsor* e non è assolutamente tenuto a progettare le modalità più idonee a fare pubblicità allo *sponsor*⁹⁷. Altri ancora l'hanno qualificato come contratto associativo, ma non solo il patto di esclusiva e l'elemento fiduciario non sono caratteristici soltanto dei contratti associativi, ma manca l'elemento essenziale, cioè la comunanza di interessi⁹⁸. Nemmeno è convincente l'assimilazione della sponsorizzazione tecnica alla donazione modale, a causa della mancanza dell'*animus donandi*, dal momento che lo *sponsor* non vuole compiere un atto di liberalità, ma ottenere un ritorno d'immagine dall'attività⁹⁹.

Invece, il contratto di brokeraggio assicurativo è stato da taluni avvicinato al contratto di agenzia, da altri a quello di mediazione: tuttavia, esso si differenzia rispetto al primo per la mancanza della stabilità dell'incarico e dell'obbligo di procurare affari all'impresa di assicurazione e, rispetto al secondo, per la fornitura ai clienti di servizi di consulenza e assistenza ulteriori, volti, ad esempio, ad esaminare il mercato per valutare le condizioni più favorevoli per il cliente e a ricercare la compagnia assicurativa più idonea al caso concreto, nonché per l'assenza del requisito dell'imparzialità, dal momento che egli agisce nell'interesse dell'assicurato, dal quale riceve la provvigione¹⁰⁰. Altre teorie riconducono la figura al contratto d'opera intellettuale, ponendo l'accento sull'attività di consulenza svolta dal *broker*¹⁰¹. Tuttavia, la Suprema Corte (Cass. 6874/2003) l'ha considerato un contratto innominato misto, risultante dalla combinazione della mediazione e della prestazione d'opera intellettuale: infatti, se il

⁹⁷ I. MAGNI, 'Merchandising', cit., 91 s.

⁹⁸ I. MAGNI, 'Merchandising', cit., 92.

⁹⁹ I. MAGNI, 'Merchandising', cit., 92 s.

¹⁰⁰ G. BAUSILIO, *Contratti*, cit., 20; A. MAURA, *Il contratto di brokeraggio assicurativo*, in *I Nuovi Contratti*, cit., 676 ss.

¹⁰¹ A. MAURA, *Il contratto*, cit., 678 s.

punto d'arrivo dell'attività del *broker* è dato dalla messa in contatto dei contraenti fra i quali il contratto è concluso, tuttavia esso rappresenta il risultato di un'attività di assistenza e consulenza che caratterizza l'attività del *broker* rispetto a quella del semplice mediatore¹⁰².

Tuttavia, si ravvisa, nella giurisprudenza più recente, una tendenza a ritenere che il criterio dell'assorbimento sia inadeguato e ad esso sia preferibile il metodo tipologico, che porta ad applicare alla fattispecie concreta la disciplina derivante da più tipi legali¹⁰³. D'altra parte, per alcuni contratti atipici, già da tempo si è scelta la strada dell'applicazione, alle singole prestazioni, le norme relative ai singoli contratti tipici cui quelle prestazione normalmente ineriscono. È quello che accade, ad esempio, nel contratto di residence e in quello di trazione.

Nel contratto di *residence*, un soggetto, avvalendosi di un'adeguata organizzazione imprenditoriale di persone e mezzi, concede ad un altro, a fronte del pagamento di un corrispettivo periodico, il godimento di un appartamento arredato, comprensivo di cucina, in un immobile strutturato e attrezzato, e assicura anche la fornitura di servizi e prestazioni accessorie aggiuntivi rispetto a quelli necessari al miglior godimento del bene e volti al soddisfacimento di bisogni personali della persona ospitata¹⁰⁴. Di conseguenza, sempre ovviamente che le prestazioni di *facere* siano prevalenti, tale contratto non è assimilabile *in toto* ad una locazione (oltretutto, la persona ospitata non ha un obbligo di custodia, che invece ha il locatario), e presenta caratteristiche simili, piuttosto, a quelle del contratto di albergo: da ciò deriva che le norme sulla locazione (per esempio, quelle che pongono limiti alla libertà delle

¹⁰² A. MAURA, *Il contratto*, cit., 679.

¹⁰³ V. AMENDOLAGINE, *Furto di autoveicolo e responsabilità del gestore dell'area adibita a parcheggio*, in nota a Cass., 27 gennaio 2009, n. 1957, in *Corr. giur.*, 2009, 1647.

¹⁰⁴ M. SALA, *La disciplina applicabile al contratto di 'residence'*, in *Contr.*, 1998, 528 ss.

parti nella scelta della durata del rapporto e del corrispettivo) non sono applicabili, dal momento che ciò che viene compensato è non solo e non tanto l'utilizzo del bene, ma l'insieme dei servizi fruiti¹⁰⁵. Conseguentemente, non si farà riferimento alla teoria dell'assorbimento, ma saranno applicabili le disposizioni riferite a quei contratti che, di volta in volta, si giudichino compatibili con l'assetto di interessi delineato: così, saranno applicabili le norme che stabiliscono gli obblighi del locatore (art. 1575 cod. civ.) e quelle inerenti ai vizi della cosa locata (artt. 1578-1581 cod. civ.), ma non quelle sull'obbligo di custodia del locatario (art. 1587 cod. civ.) e quelle sulla ripartizione delle spese (art. 1576 cod. civ.), che invece saranno tutte a carico del gestore, e nemmeno le norme della l. 392/1978; saranno applicabili, altresì, le norme in materia di somministrazione, in relazione alla fornitura di energia elettrica, acqua e gas (art. 1560 cod. civ.), e quelle sulla prestazione d'opera, nonché quelle del deposito in albergo per le cose portate dal cliente nell'appartamento o consegnate al gestore (artt. 1783-1786 cod. civ.) e quelle sul privilegio e la prescrizione dei crediti dell'albergatore (artt. 2796 e 2954 cod. civ.)¹⁰⁶.

Nel contratto di trazione, invece, un soggetto riceve l'incarico di organizzare il trasporto su strada di una determinata quantità di merci e, a tal fine, avendo la disponibilità di semirimorchi, affida ad un altro soggetto, avente la disponibilità di una motrice, l'incarico di trainare il semirimorchio con la merce in esso collocata, nonché di compiere, a suo nome e per suo conto, le eventuali attività accessorie (per esempio, le formalità doganali) connesse¹⁰⁷. Possiamo notare, dunque, come il complesso

¹⁰⁵ M. SALA, *La disciplina*, cit., 528 ss.

¹⁰⁶ E. MAGINI, S. ZERAUSCHEK, *Locazioni stagionali, contratti di 'residence' e affittacamere*, in *Imm. propr.*, 2010, 8; M. SALA, *La disciplina*, cit., 528 ss.

¹⁰⁷ E. FADDA, *Il contratto di trazione e la disciplina ad esso applicabile*, in *I contratti in generale – II. I contratti atipici – I*, cit., 565.

contratto atipico di trazione sia in realtà costituito da una serie di rapporti contrattuali tipici, ad ognuno dei quali si applica la sua specifica disciplina¹⁰⁸. Abbiamo infatti:

- un contratto di spedizione (art. 1737 cod. civ.) fra il soggetto che deve consegnare ad un terzo una determinata merce e il soggetto che esercita l'attività di spedizioniere, al quale viene conferito per l'appunto l'incarico di organizzare il trasporto di una determinata merce;

- un contratto di trasporto fra lo spedizioniere e il vettore (art. 1678 cod. civ., a meno che lo spedizioniere non si incarichi lui stesso, con mezzi propri o altrui, di eseguire il trasporto ai sensi dell'art. 1741 cod. civ.), che viene eseguito con modalità particolari, poiché non avviene trasportando la merce su un veicolo a motore, ma trainando con un veicolo a motore un altro veicolo privo di motore. Per questo, il contratto, invece che come contratto di trasporto, potrebbe essere interpretato come contratto di appalto, dal momento che colui il quale ha la disponibilità della motrice assume l'obbligo, con l'organizzazione di mezzi a tal fine necessaria e con gestione a proprio rischio (v. art. 1655 cod. civ.) di operare il trasferimento del semirimorchio e della merce su di esso collocata dalla località di provenienza a quella di destinazione;

- un contratto di comodato (art. 1803 cod. civ.) o di locazione (art. 1571 cod. civ.), sempre fra lo spedizioniere e il vettore, dal momento che lo spedizioniere mette a disposizione del soggetto che dispone della motrice un semirimorchio, affinché lo utilizzi, nell'interesse stesso dello spedizioniere, per realizzare il trasporto e glielo restituisca al termine dell'operazione: a secondo che si consideri che tale messa a disposizione avvenga gratuitamente oppure con una sorta di compensazione fra i rispettivi titoli di

¹⁰⁸ E. FADDA, *Il contratto*, cit., 568 s.

credito e di debito potremo parlare, appunto, o di comodato o di locazione;

- uno o più contratti di mandato (art. 1703 cod. civ.) fra lo spedizioniere e il vettore, per compiere per suo conto le attività accessorie, per esempio quelle di tipo doganale;

- un contratto di deposito (art. 1766 cod. civ.), dato che il vettore assume l'obbligo di custodire il semirimorchio e la merce su di esso stipata e di restituirlo o consegnarlo¹⁰⁹.

Solo in ultima analisi, le lacune saranno risolte con il ricorso alla normativa sui contratti in generale¹¹⁰, anche se un Autore¹¹¹ ha evidenziato che, nel caso in cui un contratto non sia inquadrabile in un tipo, debba essere applicata la disciplina sui contratti in generale e non si debba far ricorso per analogia alle norme sui singoli contratti, dato che, ai sensi dell'art. 14 disp. prel. cod. civ., le norme che fanno eccezione a regole generali non sono suscettibili di applicazione analogica.

Dall'altro lato, però, si assiste talvolta all'evasione dalla tipicità, qualora vi sia la necessità di sottrarre un contratto dalla disciplina propria del tipo contrattuale a cui apparirebbe più vicino: così, un contratto con cui veniva concesso all'occupante di un alloggio l'uso precario dello stesso dietro corrispettivo è stato qualificato come atipico per non ritenere applicabile ad esso i vincoli propri delle locazioni (Pret. Bologna, 13 gennaio 1951)¹¹².

Bisogna poi segnalare che il dualismo fra contratti tipici e atipici si arricchisce di ipotesi di sovrapposizione, in cui il contratto atipico è un contratto quadro (o normativo), nel quale si

¹⁰⁹ E. FADDA, *Il contratto*, cit. 566 ss.

¹¹⁰ E. NAVARRETTA, *Attività*, cit., 196; R. SACCO, *Commento*, cit., 402 s.

¹¹¹ A. BARENGHI, *Qualificazione*, cit., 310 s.

¹¹² R. SACCO, *Commento all'art. 1323*, cit., 415 ss.

inserirsi nei contratti tipici. Pensiamo al caso della concessione di vendita¹¹³.

Inizialmente essa è stata ricondotta alla commissione, poiché il concessionario, pur vendendo i beni in nome proprio, tratta l'interesse del concedente, o all'agenzia o, ancora, alla somministrazione.

In seguito, la Cassazione ha ritenuto che si trattasse di un contratto misto, riunente le caratteristiche della vendita e del mandato: in particolare, sarebbero riconducibili alla vendita i singoli atti di trasferimento delle merci dal concedente al concessionario, mentre sarebbe riconducibile al mandato l'obbligazione di comportamento sulle future obbligazioni assunta dal concessionario.

Infine, la Suprema Corte è appunto approdata alla qualificazione della concessione di vendita come contratto quadro atipico. Infatti, rispetto alla somministrazione, nella quale vi è un negozio unico che determina la funzione traslativa, nella concessione di vendita la funzione traslativa non si ha con la stipulazione della stessa, ma con la stipulazione dei successivi contratti.

Siamo finora rimasti nell'ambito della disciplina dei contratti e della responsabilità contrattuale, cercando di individuare quale siano le norme di diritto dei contratti applicabili nel caso in cui la disciplina stabilita dalle parti sia lacunosa. Tuttavia, tale incompletezza può portare, a volta, ad incertezza sulla delimitazione dei confini del contenuto stesso del contratto e provocare incertezza, così, sull'applicabilità della responsabilità contrattuale o di quella extracontrattuale.

¹¹³ Sulla quale v. L. D'ALESSANDRO, *La concessione di vendita*, in *Obbl. contr.*, 2005, 4 ss.

È il caso del contratto di *ski-pass*, che, secondo la giurisprudenza tradizionale,¹¹⁴ ha ad oggetto il trasporto a monte dello sciatore con il mezzo meccanico, ma non riguarda la fase della discesa, con la conseguenza che, qualora lo sciatore si infortuni in tale fase, non potrà invocare la responsabilità contrattuale del gestore ma, eventualmente, solo quella extracontrattuale¹¹⁵. Tuttavia, è stato evidenziato che colui il quale utilizza un impianto di risalita lo fa per percorrere le aree di discesa, presupponendo che esse siano sciabili in sicurezza, senza che vi siano insidie non segnalate e difficilmente fronteggiabili,¹¹⁶ come del resto confermato dall'art. 3, comma 1, l. 24 dicembre 2003, n. 363, per cui l'utilizzazione delle piste rientra nell'oggetto del contratto e il gestore deve attrezzarle e mantenerle in buono stato¹¹⁷: del resto, l'art. 15 l. 363/2003 vieta di percorrere a piedi le piste. Per queste ragioni, la tesi della responsabilità contrattuale è stata infine accolta anche dalla Suprema Corte¹¹⁸.

ABSTRACT

I contratti atipici, un tempo considerati un'eccezione, sono ormai sempre più diffusi, anche grazie ad una giurisprudenza tendente ad identificare la meritevolezza di tutela con la liceità. Numerosi sono gli esempi di questa categoria di contratti, ognuno dei quali presenta, a sua volta, numerose sottospecie (pensiamo al

¹¹⁴ Cass. 23 maggio 1997, n. 4607, in *Foro it.*, 1997, I, 2470 ss.

¹¹⁵ R. BAUSARDO, '*Ski-pass*', in *Commentario al Codice Civile – artt. 1321-1342*, cit., 392.

¹¹⁶ Trib. Modena 12 novembre 1990, in *Dir. trasp.*, 1992, 579 ss.

¹¹⁷ Trib. Pinerolo 18 ottobre 2001, n. 507, in *Danno resp.*, 2002, 75 ss. Cfr. R. BAUSARDO, '*Ski-pass*', cit., 392 ss.

¹¹⁸ Cass. 6 febbraio 2007, n. 2563.

leasing, alla sponsorizzazione, al *merchandising*, al *co-marketing*, al *catering*, al *bartering*, ai contratti di *know-how*, ai *futures* e agli *swaps*). La tendenza è comunque quella ad accostare ogni contratto atipico ad un contratto tipico, dal quale mutuare la disciplina, o, nel caso dei contratti misti o complessi, ad individuare un tipo prevalente (criterio dell'assorbimento) o ad applicare la disciplina del contratto tipico più confacente ad ogni singola prestazione oggetto del contratto (criterio tipologico). Tale operazione permette non soltanto di supplire alle carenze nella disciplina fissata dalle parti ma anche a fissare i confini stessi del contratto e, quindi, della responsabilità contrattuale.

Parole-chiave: contratti atipici – *leasing* – sponsorizzazione – *merchandising* – *co-marketing* – *catering* – *bartering* – *know-how* – *futures* – *swaps* – criterio dell'assorbimento – criterio tipologico.

Atypical contracts, once considered an exception, are becoming increasingly prevalent, thanks to a law tending to identify the worthiness of protection to lawfulness. There are many examples of this category of contracts, each of which has, here again, several subspecies (think of the lease, sponsorship, merchandising, co-marketing, the catering, the bartering, the know-how contracts, futures and swaps). The trend is however to pull any atypical contract into a typical contract, from which borrow the discipline, or, in the case of mixed or complex contracts, to identify a prevalent type (absorption criterion) or to apply the discipline of the typical contract more suited to each service covered by the contract (typological criterion). This transaction allows not only to make up for the deficiencies in the

discipline set by the parties but also to establish the same borders of the contract and, therefore, the contractual liability.

Key words: atypical contracts - leasing - sponsorship - merchandising - co-marketing - catering - bartering - know-how - futures - swaps - absorption criterion - typological criterion.

FLAVIO TOVANI

Avvocato

Dottore di ricerca in Persona e Tutele Giuridiche.

Università degli Studi di Pisa

E-mail: flaviotovani@tiscali.it

