



**INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA E AUTONOMIA CONTRATTUALE.  
CONSIDERAZIONI PER UN INQUADRAMENTO DELLA PROBLEMATICHE DELLA  
CAUSA DEL CONTRATTO ALLA LUCE DELL'ART. 41, CO. II COST.**

RAFFAELE MANFRELLOTTI \*

SOMMARIO: 1. La posizione giuridica soggettiva *ex art.* 41 Cost. – 2. Delimitazione dell'indagine: contratto e negozio giuridico nell'*art.* 41 Cost. – 3. La dimensione sociale e giuridica del contratto. – 4. Causa dell'obbligazione e causa del contratto. – 5. La problematica della causa del contratto. – 6. Causa contrattuale e limiti all'iniziativa economica privata.

1. Costituisce un'acquisizione pacifica della scienza giuridica quella per cui, essendo la Costituzione l'atto originante l'ordinamento e il suo vertice, le diverse branche del diritto e le problematiche ad esse connesse debbono trovare nella Costituzione stessa il proprio fondamento normativo, per quanto generale esso possa essere: non vi è problema o questione della scienza giuridica, per la ragione ora esposta, che non sia problema o questione di diritto costituzionale. Se si condivide tale postulato, esso deve necessariamente trovare una conferma anche a proposito di uno dei concetti su cui si fonda il sistema del diritto privato italiano, ossia quello di autonomia contrattuale. Sarebbe, invero, alquanto bizzarro che la Costituzione tralasciasse di dettare qualsivoglia disciplina proprio a proposito di uno dei perni fondamentali che regolano i rapporti giuridici tra i soggetti di diritto. Rivedendo parzialmente un'opinione espressa in un passato ormai non recente<sup>1</sup>, chi scrive ritiene che il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale debba essere rinvenuto, in linea generale e salvo le precisazioni che seguiranno, nell'*art.* 41 Cost.

Una tesi diffusa circoscrive la posizione soggettiva garantita dalla disposizione alla sola libertà di impresa, quale attività economica organizzata ed esercitata professionalmente per la produzione e lo scambio di beni o servizi<sup>2</sup>, sia pure, secondo alcune opinioni, con una certa elasticità quanto alla necessaria sussistenza dei requisiti della professionalità o dell'organizzazione, di guisa tale da ricomprendere nella norma le sole attività economiche esterne al complesso produttivo che coinvolgono terzi<sup>3</sup>.

Questa impostazione è parsa, tuttavia, sin dai primi commenti, eccessivamente riduttiva. Invero, il dato testuale *ex art.* 41 Cost. si riferisce espressamente all'iniziativa economica privata, di cui la libertà di impresa è senz'altro un'espressione, e, tuttavia, non l'unica. L'ampia formula costituzionale comprende qualsivoglia attività dalla quale un determinato soggetto possa trarre un utile economicamente valutabile, quando anche non

---

(\*) Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> R. MANFRELLOTTI, *Per una sintesi tra iniziativa economica privata e utilità sociale nel contesto dell'integrazione comunitaria*, in *Unione Europea e governo dell'economia*, a cura di S. PRISCO, Padova, 2002, p. 45 ss.

<sup>2</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'attività economica privata nel diritto pubblico*, Napoli 1959, p. 69 ss.

<sup>3</sup> A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, p. 582 ss.



esercitata nelle forme dell'impresa<sup>4</sup>. Tale affermazione, tuttavia, viene, in qualche misura limitata quanto alla sua portata, poiché la dottrina in esame esclude che rientri nella fattispecie dell'art. 41 l'attività di godimento dei singoli beni, quando anche si traduca nel conseguimento di un'utilità economica, perché essa deve considerarsi una declinazione del diritto di proprietà privata disciplinato dall'art. 42 Cost., nonché, in generale, la libertà contrattuale, che "si può ritenere costituzionalmente garantita (in via indiretta) nella sola misura in cui si palesi «strumentale» per la realizzazione di una situazione giuridica soggettiva espressamente protetta dalla Costituzione"<sup>5</sup>. Proprio l'ultimo rilievo, tuttavia, appare contraddetto dalla circostanza che il contratto è lo strumento con cui due o più soggetti di diritto costituiscono, regolano o estinguono un rapporto economicamente rilevante, e dunque dispongono di un proprio interesse economico giuridicamente protetto. Esso si configura, pertanto, con un atto di iniziativa rilevante sul piano delle conseguenze che esso produce nell'ordinamento così come nell'equilibrio economico che viene a determinarsi tra le parti del contratto stesso; per cui, se non si ritiene che l'art. 41 Cost. si limiti a disciplinare la sola attività d'impresa, in esso deve ricomprendersi necessariamente anche l'autonomia contrattuale quale potere privato di disposizione dei propri interessi economici giuridicamente rilevanti<sup>6</sup>. Questa conclusione si oppone anche all'ulteriore esclusione dalla disposizione in esame degli atti di godimento di un bene che si sostanzino nell'assunzione di vincoli contrattuali, perché anche in tal caso gli stipulanti dispongono di un proprio diritto limitandolo al fine di trarne un corrispettivo economicamente valutabile (si pensi alla locazione o all'affitto); sicché anche tali atti debbono considerarsi espressione dell'autonomia contrattuale e, dunque, trovano la loro disciplina nell'art. 41 della Carta.

Occorre sin d'ora rilevare, tuttavia, che la dottrina confutata coglie nel segno quando lega la tutela costituzionale della libertà contrattuale ad una posizione soggettiva costituzionalmente riconosciuta. L'equivoco è nel concepire i diritti costituzionali come una sorta di "compartimenti stagni" ciascuno dei quali disciplina interessi diversi. In realtà, le norme della Prima Parte della Costituzione tutelano interessi omogenei sotto profili differenti. Valga un esempio a chiarire il pensiero: il fatto che Tizio si rechi da A a B esprime un interesse suscettibile di essere analizzato nella prospettiva della libertà *ex art. 16 Cost.* se considerato nella sua dimensione storico-oggettiva, della libertà *ex art. 49 Cost.* avendo riguardo al profilo soggettivo (si supponga che Tizio intenda spostarsi per partecipare ad una riunione politica del suo partito), della libertà *ex art. 41 Cost.* se considerato nella sua dimensione economica (Tizio stipula un contratto di trasporto con le Ferrovie per realizzare il proprio spostamento). L'iniziativa economia privata, in altri termini, nella sua accezione di autonomia contrattuale, configura l'esercizio di un diritto costituzionalmente tutelato considerato però nella sua prospettiva economica.

Ne consegue che le categorie in cui si ripartono le posizioni soggettive costituzionali devono essere intese come descrittive e non ontologiche, di guisa che la tutela di un determinato profilo legato ad una certa categoria comporta un innalzamento del livello di pro-

---

<sup>4</sup> C. ESPOSITO, *La costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 172 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, p. 465; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, p. 152 ss.

<sup>5</sup> A. PACE, *Problematica*, cit., p. 469.

<sup>6</sup> E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, in *Dir. Econ.*, 1966, p. 35.



tezione giuridica attribuito ad un certo interesse nella sua posizione costituzionale complessiva.

A ben vedere, questo modello di protezione dei diritti, che ne salvaguarda la dimensione sociale e politica attraverso la tutela della rilevanza economica, non rappresenta una novità della Costituzione italiana ma costituisce un *modus operandi* che il costituzionalismo ha avuto sin dalle sue prime manifestazioni. Il punto di vista dei rapporti economici rappresentava il punto di partenza per definire il limite dell'intervento pubblico non meno che il fondamento dello stesso ove si fosse reso necessario. Il diritto dei rapporti tra privati e la sua codificazione, nel legarsi ai diritti della persona oltre la loro rilevanza economica, ha dunque mantenuto sin dal XVIII secolo una profonda rilevanza costituzionale<sup>7</sup>.

Ragionare di tutela costituzionale delle libertà economiche significa dunque interrogarsi, altresì, sulla tutela riconosciuta agli interessi connessi a tali libertà che costituiscono l'oggetto di altri diritti costituzionalmente rilevanti. Questi ultimi, in altri termini, possono coincidere con le libertà economiche, semplicemente che li si guardi dalla prospettiva del governo dell'economia piuttosto che da quella dei rapporti civili, etico-sociali o politici. Certamente, non si nega che possano esistere libertà "meramente" economiche, che devono la loro rilevanza giuridica esclusivamente all'art. 41 Cost.; ma di fronte a tali fattispecie vi sono gli interessi, parimenti di natura economica, dei consumatori che si legano invece quasi sempre a bisogni non economici tutelati dalle disposizioni della Prima Parte della Carta. La libertà di realizzare i propri diritti attraverso la gestione del loro profilo economico configura, appunto, la libertà contrattuale, che in quanto caratteristica comune alle posizioni soggettive costituzionalmente riconosciute<sup>8</sup> deve considerarsi uno strumento fondamentale di realizzazione dei diritti costituzionali rimessa all'iniziativa dei medesimi interessati.

Alla luce di queste considerazioni può ipotizzarsi che esista una categoria di posizioni soggettive costituzionalmente tutelate che si possono qualificare come accessorie, in quanto si riempiono di contenuti solo in connessione ad una posizione soggettiva principale e ne disciplinano un profilo peculiare di realizzazione. L'archetipo di tali posizioni accessorie è rappresentato dal diritto alla difesa giurisdizionale *ex art. 24 Cost.*, concettualmente autonomo rispetto alla posizione soggettiva che intende tutelare<sup>9</sup>, e tuttavia logicamente inconcepibile in assenza di questa ultima che ne costituisce la causa dell'esercizio (c.d. interesse ad agire: cfr. art. 100 c.p.c.). Allo stesso modo, la libertà contrattuale *ex art. 41 Cost.* costituisce una posizione soggettiva distinta dal diritto di cui, per il tramite di essa, il contraente dispone (il diritto di stipulare un contratto di compravendita è evidentemente altro dalla proprietà oggetto del contratto stesso), e tuttavia presuppone quale propria giustificazione, o meglio, quale propria causa, la titolarità del diritto di proprietà in capo al contraente così come l'esercizio dell'azione presuppone l'interesse ad agire in capo all'attore.

Tale nesso tra la posizione soggettiva principale e quella accessoria sembra presentare, come in parte accennato, rilevanti potenzialità dal punto di vista scientifico per indaga-

---

<sup>7</sup> Ampiamente, M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, p. 105 ss.; e si veda anche G. FERRARA, *La Costituzione*, Milano, 2006, in part. p. 44 ss. e 76 ss.

<sup>8</sup> M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., p. 259.

<sup>9</sup> G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 6 ss., non ché ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 42 ss.



re uno dei concetti più controversi del sistema del diritto civile e, in generale, di tutto l'ordinamento italiano: appunto, la problematica della causa del contratto.

2. Preliminarmente, occorre giustificare l'approccio seguito nel contesto del presente lavoro per cui l'indagine è limitata alla causa del contratto e non a quella della più generale categoria del negozio giuridico, in ossequio ad una consolidata tradizione civilistica. Affinché le tesi espresse risultino chiare e distinte, sembra utile premettere sin dal principio che la ragione di tale limitazione risiede nella circostanza che, ad avviso di chi scrive, la categoria del negozio non trova cittadinanza nel diritto italiano.

Il concetto di negozio sorge ad opera degli studi della Pandettistica tedesca del XIX secolo sulla nozione di diritto soggettivo. Quest'ultimo era concepito intorno al dogma della volontà del titolare, di cui era una manifestazione di signoria<sup>10</sup>. Partendo da questa premessa, venne elaborata la nozione di manifestazione di volontà che, integrando la fattispecie normativa relativa al diritto, risultava strumentale alla realizzazione di un interesse giuridicamente tutelato, e la si definì, appunto, negozio giuridico<sup>11</sup>. Sebbene la nozione sia recepita dalla dottrina prevalente praticamente immutata<sup>12</sup>, un'autorevole tesi minoritaria<sup>13</sup> ha tuttavia criticato il legame tra il negozio giuridico e la volontà, sottolineando la natura integrativa del dato normativo da parte del negozio stesso, e riconducendo i relativi effetti alla norma, non alla volontà. Ne consegue che al momento del suo perfezionamento "il processo volitivo deve avere, ed ha normalmente, già percorso il suo *iter* formativo, ha raggiunto la sua meta definitiva: si è già esaurito e concretato in una ferma risoluzione, e gli effetti sono determinati dall'ordine giuridico in conformità con la funzione del negozio"<sup>14</sup>. Il rilievo è confermato dall'analisi della disciplina del contratto, l'archetipo del negozio giuridico, contenuta nel codice civile vigente, che lo configura come accordo (e non come manifestazione di volontà) disciplinato quale fenomeno oggettivo e riconoscibile e, solo in ragione di ciò, normativo (cfr. artt. 1325 ss. c.c.)<sup>15</sup>. Sicché, secondo questa impostazione, l'elemento qualificante il negozio non è quello soggettivo della volontà, ma quello oggettivo della dichiarazione, ossia del perfezionamento delle forme giuridicamente significative previste dalla legge per ciascuna tipologia di negozio, ossia la regolamentazione privata degli interessi così come esternata dalle parti: ma tale manifestazione si traduce in una serie di obblighi,

---

<sup>10</sup> Secondo la celebre definizione di B. WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, I, tr. it., Torino, 1902, p. 170, peraltro influenzata dalla filosofia idealistica tedesca (in termini analoghi, G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. it., Roma-Bari, 2005, p. 27 ss.).

<sup>11</sup> F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840, p. 3 ss.; B. WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 264 ss.

<sup>12</sup> Per la dottrina italiana, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (rist.), p. 125 ss.

<sup>13</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.), p. 58 ss.

<sup>14</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 58.

<sup>15</sup> Si pensi alla disciplina dell'errore, che rileva solo in quanto essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.): se il codice avesse inteso dare un qualche rilievo alla volontà soggettiva, indipendentemente dalla sua manifestazione, la disciplina sarebbe stata diversa. Discorso analogo rileva per gli altri vizi del consenso, la violenza e il dolo, che rilevano solo in quanto sanzione per un comportamento *contra jus* (cfr. rispettivamente artt. 1437 e 1438 c.c. e art. 1439, co. II c.c.).



che della volontà costituiscono l'antitesi<sup>16</sup>. Il precetto negoziale trascende la dimensione psichica delle parti divenendo una realtà ad esse contrapposta che le vincola (in ipotesi, coartandone l'attuale volontà).

Le critiche ora sommariamente riassunte appaiono inconfutabili. La questione è che la dottrina in esame finisce in tal modo, senza accorgersene, con il negare la categoria del negozio. Quest'ultima, come si è accennato, risponde all'esigenza storica di affermare la volontà del soggetto, conformemente alla filosofia politica liberale che animava la Pandettistica ottocentesca. Estrapolare da tale categoria concettuale l'elemento che la qualificava equivale, in buona sostanza, a negare la categoria stessa, di cui viene conservata la terminologia senza che ad essa ne corrisponda più l'essenza, e a farne un ibrido concettuale avulso dal contesto storico-liberale in cui è stata elaborata. Non è senza significato che il sistema del diritto privato italiano non abbia accolto l'istituto della presupposizione<sup>17</sup>, che è forse il maggior tributo della Pandettistica al dogma della volontà<sup>18</sup>. E del resto, la stessa nozione di causa quale giustificazione giuridica del negozio e degli obblighi da esso nascenti era estraneo all'elaborazione pandettistica, perché incompatibile con la centralità dell'elemento volontaristico quale ragione necessaria e sufficiente per il sorgere del vincolo negoziale<sup>19</sup>.

Questa conclusione è corroborata dalla circostanza che non vi è, nell'ordinamento italiano, una sola disposizione che faccia riferimento al negozio giuridico<sup>20</sup>, che esso sia completamente ignorato. Il sistema del codice conosce esclusivamente la categoria degli atti giuridici, contrapponendola a quella dei fatti. L'atto giuridico identifica un concetto diverso dal negozio: esso rappresenta lo svolgimento di una situazione giuridica soggettiva, ossia in una manifestazione attraverso cui un soggetto di diritto dispone di un interesse giuridicamente tutelato nell'esercizio della propria autonomia ovvero in quanto a ciò obbligato dalla legge<sup>21</sup>. Il nesso con una posizione soggettiva costituisce appunto il *discrimen* tra gli atti e i fatti giuridici, che si configurano come meri accadimenti produttivi di effetti (ivi compreso il sorgere di una posizione soggettiva rispetto a cui, però, il fatto è causa efficiente, non svolgimento: cfr. art. 2043 c.c.).

Tra gli atti giuridici acquista rilevanza, ai fini che in questa sede interessano, il contratto, che come si è già detto è l'istituto attraverso il quale le parti dispongono di interessi economici giuridicamente rilevanti. È dunque il contratto, e non il negozio, l'atto con il

---

<sup>16</sup> G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 2003, p. 8 ss.

<sup>17</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 194.

<sup>18</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 394 ss.

<sup>19</sup> Si vedano le citate opere del Savigny e del Windscheid, in cui manca qualsivoglia riferimento alla causa tra gli elementi essenziali del negozio.

<sup>20</sup> Tale non può, infatti, considerarsi l'art. 1324 c.c., prevalentemente identificato quale fondamento per l'applicazione del negozio all'ordinamento italiano. In verità, la norma non consente un risultato di tal fatta. Essa si limita a consentire, in quanto compatibile, l'estensione analogica della disciplina dei contratti agli atti unilaterali tra vivi produttivi di obbligazioni ("aventi contenuto patrimoniale"). Sul piano formale, la disposizione è chiara nell'escludere la disciplina contrattuale agli atti *mortis causa*, pure tradizionalmente compresi nella categoria negoziale. L'obiezione più significativa, tuttavia, risiede nella già analizzata circostanza, sul piano sostanziale, che nella disciplina del contratto la volontà delle parti è lontana dal ruolo centrale che essa assume, invece, nel negozio giuridico. La compatibilità di tale ricostruzione con i principi del diritto civile italiano avrebbe richiesto, dunque, un intervento normativo di ben altro spessore che una clausola che estende ai soli atti unilaterali *inter vivos*, e soltanto in quanto compatibile, la disciplina *ex art.* 1321 c.c.

<sup>21</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 1998 (rist.), p. 215 ss.



quale i privati esercitano la propria autonomia ai sensi dell'art. 41 Cost., modificando la propria situazione economica mediante un precetto normativo che disciplina il nuovo equilibrio patrimoniale quale perseguito dalle parti stesse. Tale precetto ha nell'autonomia contrattuale delle parti la sua fonte principale, ma non esclusiva: l'ordinamento prevede infatti numerose regole che incidono nel regolamento contrattuale a tutela di interessi indisponibili dalle parti, e dunque, *ça va sans dire*, indipendenti dalla loro volontà (cfr. artt. 1322, co. I e 1374 c.c.).

Il contratto costituisce dunque lo strumento che l'art. 41 Cost. presuppone ai fini dell'esercizio dell'iniziativa economia privata. Risulta dunque confermata la premessa per la quale il precetto costituzionale è il parametro normativo fondamentale nel quadro della disciplina dell'istituto; ne consegue, altresì, che le norme codicistiche relative al contratto debbono essere interpretate alla luce dell'art. 41 Cost., al fine di trarne un sistema coerente con i principi costituzionali.

**3.** Come tutti gli istituti disciplinati dal diritto il contratto è, prima di tutto, un fenomeno sociale: esso è dunque uno strumento attraverso cui le parti danno vita ad una relazione di tipo economico sociale. L'ordinamento, tuttavia, prevede talune condizioni a che il contratto come fenomeno sociale (*pactum*) acquisti rilevanza giuridica (*contractus*), di guisa che gli obblighi in esso contenuti assumano una dimensione normativa e siano assistiti dalle garanzie di coattività proprie del diritto<sup>22</sup>. Tali reciproci vincoli, che sostanziano la disposizione degli interessi dedotti in contratto da parte dei titolari, sono definiti dal diritto civile obbligazioni; sicché il contratto è disciplinato, nel sistema del codice vigente, quale fonte di obbligazioni.

La prima di tali condizioni è rappresentata dal controllo di meritevolezza dell'ordinamento sugli interessi privati alla cui cura il contratto è strumentale<sup>23</sup>: il diritto si riserva, cioè, un sindacato sulla dimensione pubblica degli interessi sociali coinvolti, che l'art. 41 Cost. definisce con l'espressione utilità sociale. La trascendenza degli interessi dei singoli secondo una considerazione di carattere pubblico costituisce una novità del codice civile del 1942 rispetto a quello del 1865, ed è una prospettiva che il Costituente ha ritenuto coerente con la forma di Stato sociale disegnata dalla Carta. L'utilità sociale quale limite della rilevanza giuridica del regolamento privato dei reciproci interessi esclude che esso possa trovare tutela, sul piano del diritto, quando si indirizzi a scopi futili o capricciosi, o, peggio, vietati dalla legge. Essa si configura, dunque, con la selezione degli interessi sociali che l'ordinamento valuta meritevoli di tutela, riconoscendoli sul piano normativo e dettando, a mezzo di tale riconoscimento, le condizioni e i limiti di tale meritevolezza.

Ma a ben guardare, ciò significa che l'utilità sociale consiste, nel modello dell'art. 41 Cost., nella individuazione delle posizioni giuridiche soggettive che possono essere oggetto di disposizione contrattuale. Vi è, in altri termini, un legame tra il riconoscimento delle posizioni soggettive da parte dell'ordinamento (*id est*: degli interessi sociali meritevoli di

---

<sup>22</sup> R. J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, I, Napoli, 1823, p. 97; F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, cit., p. 314 ss.; per la dottrina italiana, P. BONFANTE, *Sui contractus e sui pacta*, ora in *Scritti giuridici*, III, Torino, 1926, p. 140 ss.

<sup>23</sup> E. BETTI, *Teoria generale*, cit., p. 53 ss.



tutela) e l'esplicazione dell'autonomia contrattuale, tale che il primo è condizione di esercizio della seconda. Tale legame costituisce il paradigma normativo fondamentale a cui ricondurre la disciplina costituzionale dell'autonomia contrattuale, e dunque delle regole civilistiche in materia di contratti. In particolare, tale nesso rappresenta una prospettiva interessante da cui guardare il concetto di causa del contratto, tanto rilevante sul piano scientifico-costruttivo quanto controverso nella delimitazione dei suoi esatti confini.

4. Nella tradizione storico-romanistica la causa era considerata un elemento dell'obbligazione, non del contratto, e si identificava con la fonte dell'obbligazione medesima (contrattuale, legale, da fatto illecito), ossia della fattispecie originante il rapporto obbligatorio ma, per questo, preesistente ad esso<sup>24</sup>. Per lo più, solo a proposito della *obligationes ex contractu* il pensiero giuridico romano si pose il problema della legittimità degli obblighi discendenti dalla stipulazione nel quadro del rapporto sinallagmatico<sup>25</sup>, giungendo raramente ad identificare la causa con l'intento concretamente perseguito dalle parti<sup>26</sup>. I romani identificarono quindi, di norma, la causa delle obbligazioni contrattuali nella corrispettività degli obblighi dei contraenti<sup>27</sup>, rilevando che il venir meno della controprestazione avrebbe inficiato il sinallagma, rendendo nulla l'obbligazione<sup>28</sup>. La causa dell'obbligazione si calava nel rapporto sinallagmatico, ne plasmava l'efficacia in funzione dell'interesse contrattuale quale esternato dalle parti<sup>29</sup> e acquisiva rilevanza giuridica in termini di liceità o illiceità sulla base del rispetto dell'equilibrio economico immanente ad esso<sup>30</sup>, della legittimità o della possibilità della controprestazione<sup>31</sup> ovvero della circostanza che questa fosse adempiuta

---

<sup>24</sup> Cfr. Gai. D. XLIV, 7, 1 pr.; Ulp. D. XLVI, 3, 1 (ma, altresì, 5 e 7); Sc. D. XLVI, 3, 89; Pap. D. XLVI, 3, 97; Mae. D. XLVI, 3, 103. Talvolta l'espressione *causa* era utilizzata quale sinonimo di fonte legale delle obbligazioni discendenti dalla regolazione dei singoli istituti: Jul. D. XLVI, 3, 36; Mar. D. XLVI, 3, 48; Cel. D. XLVI, 3, 71; Pau. D. XLVI, 3, 101.

Nei contratti innominati (D. XIX, 5), talvolta il termine *causa* designava, invece, l'oggetto dell'obbligazione (riferimenti dettagliati in H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, p. 101 ss.).

<sup>25</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1921, p. 176 ss.

<sup>26</sup> Sicché, ad esempio, la causa novativa di una *stipulatio* riconduceva esclusivamente a quest'ultima la disciplina dell'obbligazione novata (Ven. D. XLVI, 4, 21).

<sup>27</sup> Ulp. D. II, 17, 2.

<sup>28</sup> Ulp. D. II, 17, 3 e 4.

<sup>29</sup> Pau. D. XLI, 1, 31 pr.; Jul. D. XLI, 1, 36; Pau. D. XLIV, 7, 44; Cel. D. XLV, 1, 97; Mar. D. XLV, 1, 98; Jav. D. XLV, 1, 104.

<sup>30</sup> Sicché, ad esempio, non era ammessa l'obbligazione di restituire una somma di valore maggiore di quella presa a mutuo (Ulp. D. XII, 12,1,11,1) o di pagare il prezzo di una compravendita che fosse rimesso esclusivamente alla volontà del venditore indipendentemente dal valore del bene venduto (Gai. D. XVIII, 1, 35, 1), ovvero nell'ipotesi in cui il bene fosse perito, sia pure all'insaputa delle parti (Pau. D. XVIII, 1, 15). Era invece consentito, in caso di più cose date in pegno, che il creditore pignoratizio le trattenesse tutte anche in caso di adempimento parziale, poiché la causa del pegno era la garanzia dell'intero credito (Ulp. D. XX, 1,19).

<sup>31</sup> Ulp. D. XII, 5, 2; Pau. D. XII, 6, 65; Afr. D. XIX, 2, 33; Ulp. D. XIX, 15 e 19; Pap. D. XLV, 1, 123; nonché, in generale, D., XII, 7. Il problema della liceità della controprestazione si pose con peculiare rilevanza nelle ipotesi in cui essa coinvolgeva interessi legati all'ordinamento giuridico familiare. Il diritto romano ritenne, ad esempio, lecita la causa di una *stipulatio* nella quale la controprestazione di una somma di denaro corrisposta dal padre naturale era la *manumissio* di un figlio adottivo (Jav. D. XLV, 1, 107), ma non quella della promessa di dote svincolata dall'individuazione della sposa (Jav. D. XLV, 1, 108).



(c.d. *exceptio non adimpleti contractus*)<sup>32</sup>. Il modello ricostruttivo entrava, ovviamente, in crisi nei contratti di liberalità, quali la donazione, per i quali la giustificazione dell'obbligazione assunta era rinvenuta nell'intento liberale del donante<sup>33</sup>.

Fu la riflessione successiva all'esperienza giuridica romana che penetrò il rapporto tra creditore e debitore ponendosi consapevolmente il problema della giustificazione giuridica dell'obbligo assunto da quest'ultimo. La dottrina della causa dell'obbligazione quale suo presupposto economico giuridicamente rilevante ebbe la sua più compiuta formulazione nel XVIII secolo con l'opera del Pothier<sup>34</sup>. Il Maestro francese concepì il contratto quale fonte di obbligazioni, delle quali ciascuna aveva la propria giustificazione in quelle assunte dalla controparte; la visione di una causa contrattuale unitaria gli era, pertanto, estranea<sup>35</sup>. Come è noto il pensiero del giurista francese influenzò profondamente la codificazione napoleonica e, di riflesso, il codice civile italiano del 1865, che si esprimeva in termini di causa dell'obbligazione, non del contratto (art. 1104 e artt. 1119-1122). La causa del contratto era dunque scomposta in quella delle singole obbligazioni<sup>36</sup>, che trovavano l'una ragione nell'altra<sup>37</sup> e ne costituivano la "causa lecita" (art. 1104). La disciplina codicistica poneva dunque una presunzione di sussistenza causale per le obbligazioni nascenti dai contratti a prestazioni corrispettive, dal momento che la stessa presenza di una controprestazione costituiva la causa delle singole obbligazioni e, quindi, dell'intero contratto<sup>38</sup>; per gli atti di liberalità la causa dell'obbligazione era assorbita dalla forma solenne prescritta, mentre per le obbligazioni che non derivavano da un rapporto sinallagmatico contrattuale la causa doveva essere provata<sup>39</sup>. Ciò condusse a ricondurre la causa dell'obbligazione ad un interesse giuridicamente tutelato dello stesso obbligato (che nei contratti sinallagmatici era, appunto, la controprestazione), il quale poteva emergere, nel contesto di un rapporto contrattuale, anche mediante il ricorso ad elementi accidentali<sup>40</sup>.

Ne derivava un sistema in cui la nozione di causa era sì riferita all'obbligazione, ma attraverso il sinallagma entrava a far parte del meccanismo contrattuale e ne partecipava, in qualche modo, alla disciplina. La causa, in altri termini, veniva a configurarsi nella duplice

---

<sup>32</sup> Sc. D. XVIII, 4, 22; Ulp. D. XIX, 1, 13 e 25; Ulp. D. XXI, 1, 31; Pau. D. XLIV, 4, 5.

<sup>33</sup> Jul. D. XXXIX, 5, 1 pr.; Ulp. D. XXXIX, 3 (in riferimento alle conseguenze della riconducibilità dell'obbligazione ad una *causa donandi* pura o condizionata).

<sup>34</sup> R. J. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, tr. it., Napoli, 1842, in part. I, p. 29 ss. e III, p. 107 ss.

<sup>35</sup> R. J. POTHIER, *Pandectae Justinianae*, cit., p. 90 ss.

<sup>36</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 14 ss., che negava l'autonomia scientifica della causa del contratto dovendosi avere riguardo, esclusivamente, a quella delle obbligazioni da esso scaturenti.

<sup>37</sup> G. LOMONACO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, V, Napoli, 1865, p. 65 ss. La ricostruzione, assolutamente prevalente nella dottrina italiana, era tuttavia revocata in dubbio da una parte della dottrina francese in relazione alla codificazione napoleonica, che rinveniva la causa dell'obbligazione nella volontà di ottenere il bene oggetto della controprestazione e non quest'ultima oggettivamente intesa (così H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 29 ss.). La tesi risulta palesemente ispirata al dogma della volontà del soggetto che si obbliga, sul quale si rinvia alle considerazioni critiche svolte *infra*. Sotto altro profilo, essa incontra una evidente difficoltà nel momento in cui si trova a ragionare sull'ipotesi di nullità dell'obbligazione per mancanza di causa (e non di mera illiceità della stessa), che nell'impostazione dell'A. appare difficilmente configurabile (p. 184 ss. e p. 347 ss. per le obbligazioni derivanti da promessa unilaterale).

<sup>38</sup> E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Torino, 1927, p. 183.

<sup>39</sup> L. BORSARI, *Commentario al codice civile*, III, Torino, 1877, p. 230 ss. A medesime conclusioni giungeva la dottrina francese a proposito del *Code civil*: H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, cit., p. 354 ss.

<sup>40</sup> L. BORSARI, *Commentario al codice civile*, cit., p. 227.



prospettiva di presupposto dell'obbligazione e di elemento essenziale del contratto quale fonte di obbligazioni.

Il codice civile del 1942 ha enfatizzato il legame tra la causa e il contratto complessivamente considerato (art. 1325, n. 2 c.c.). Naturalmente, nel sistema del codice il contratto è fonte di obbligazioni; esso costituisce dunque uno strumento per realizzare interessi giuridicamente rilevanti mediante l'incidenza nell'equilibrio economico delle parti. L'interesse (anche non patrimoniale) delle parti e la patrimonialità della prestazione costituiscono due aspetti collegati e, tuttavia, concettualmente distinti: l'art. 1174 c.c. ha codificato al livello legislativo la politica normativa che si è visto essere sottesa all'art. 41 Cost., per la quale interessi giuridicamente tutelati sono proiettati nella loro dimensione economica e, in ragione di ciò, sono oggetto di disposizione contrattuale mediante il sorgere di obbligazioni che li vincolano o li realizzano<sup>41</sup>. Sicché, pur avendo il legislatore del 1942 espressamente legato la causa al contratto, esso continua a presupporla anche all'interno delle singole obbligazioni, richiedendo la sussistenza, nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio, di un interesse giuridicamente tutelato che lo giustifichi, ossia, appunto, di una causa dell'obbligazione.

In verità, l'art. 1174 non è l'unica norma in cui la causa viene riferita alla singola obbligazione, e non al contratto. L'art. 2041 c.c. richiede, espressamente, una causa della prestazione mediante la quale un soggetto reca un vantaggio patrimoniale ad un altro: la presenza di una "giusta causa" dell'arricchimento costituisce dunque l'elemento discriminante tra la fattispecie descritta nella disposizione e la figura giuridica dell'obbligazione<sup>42</sup>. Alla nozione di causa dell'obbligazione è ispirato, altresì, l'art. 1988 c.c., nella parte in cui dispone che la promessa di pagamento o la ricognizione di debito fanno presumere la sussistenza di un "rapporto fondamentale" che giustifichi la prestazione debitoria, ossia, appunto, di una causa del rapporto obbligatorio rispetto a cui è ammessa la prova contraria: per cui, l'assenza di una causa dell'obbligazione, ove provata dal promittente debitore, inficia la medesima obbligazione. La causa dell'obbligazione viene, infine, in rilievo nella disciplina delle eccezioni opponibili in materia di delegazione astratta, nella quale l'art. 1271 c.c. prevede, in linea di principio l'irrelevanza per il delegatario dei rapporti causali sottostanti<sup>43</sup>; il delegato può tuttavia opporre la nullità del rapporto di valuta, poiché tale vizio rende priva di causa la prestazione a cui il delegato è tenuto nei confronti del delegatario.

Accanto a tali esempi il codice civile disciplina numerose fattispecie nelle quali la causa è bensì riferita all'obbligazione, ma nel quadro di un sinallagma contrattuale che "colora" l'obbligazione stessa di legittimità o illegittimità in funzione della controprestazione dell'*altera pars*. Così, la sproporzione *ultra dimidium* tra la prestazione del debitore in istato di pericolo o di bisogno conosciuto dalla controparte e quella a cui si obbliga quest'ultima

---

<sup>41</sup> E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 52 ss.

<sup>42</sup> Il principio trova una rilevante applicazione in materia di titoli di credito a proposito dell'opponibilità dell'eccezione di adempimento da parte di tutti i coobbligati cartolari (e non soltanto del *solvens*), nonostante il carattere causalmente astratto (*id est*: la presunzione di causalità dell'obbligazione cartolare) dei titoli. Sul punto, G. F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, in part. p. 391 ss.

<sup>43</sup> Analogamente l'art. 1272, co. II in riferimento all'espromissione: cfr. R. CICALA, *Espromissione*, Napoli, 1995, p. 91 ss. Diversa è, invece, la disciplina dell'accollo ai sensi dell'art. 1273, co. IV, c.c. che configura un'ipotesi di successione dell'accollante nel rapporto obbligatorio preesistente, di guisa che la causa dell'obbligazione da lui assunta risulta la medesima di quest'ultima (così ancora R. CICALA, *Accollo*, in *Saggi*, Napoli, 1969, p. 114 ss.).



rende ingiustificato il sacrificio del debitore e ne fa venir meno la causa dell'obbligazione (art. 1447 c.c.). Il codice detta una disciplina analoga nell'ipotesi in cui il vizio causale sia non genetico ma funzionale, consegua cioè alla fase attuativa del vincolo obbligatorio di origine contrattuale in ragione del mancato adempimento della controprestazione (artt. 1453 ss. c.c.) o della eccessiva onerosità sopravvenuta che alteri il rapporto tra il valore delle due prestazioni (art. 1467 c.c.). Infine, la prestazione che abbia quale causa una controprestazione contraria al buon costume (*causa turpitudinis*) non può essere ripetuta (art. 2035 c.c.). Nelle ipotesi considerate la disciplina della causa dell'obbligazione si fonde con quella della causa del contratto, per cui le vicende dell'una si riverberano sull'altra: i due concetti, seppur concettualmente distinti, vengono così a confondersi nell'unitaria nozione di causa contrattuale, quale legame tra le obbligazioni contrattuali che giustifica l'una in funzione delle altre<sup>44</sup>, non diversamente da quanto accadeva, come visto, nel sistema del codice del 1865 e, ancor prima, nella tradizione romanistica.

In realtà, la dottrina ha sempre rifuggito, almeno apparentemente, tale conclusione, giungendo a divergenti elaborazioni della nozione di causa del contratto che, ancora oggi, si contendono il campo.

5. Sin dalle prime riflessioni sul concetto di causa del contratto, quest'ultima è stata intesa come un elemento in qualche misura esterno all'equilibrio tra le obbligazioni derivanti dal contratto, e ricondotta ad una dimensione preliminare al sorgere del contratto stesso ovvero successiva ad esso, quasi circoscritta al momento esecutivo del programma in esso contenuto.

La prima ricostruzione dell'elemento causale vanta l'autorevole avallo della *Relazione* al codice civile del 1942<sup>45</sup>. In essa la causa consisterebbe nella funzione economico sociale del contratto. La tesi riposa nella circostanza che la volontà privata è legittimata a produrre effetti giuridici solo se a ciò autorizzata dall'ordinamento giuridico: la causa del contratto costituisce dunque, in questo quadro, lo scopo a cui l'ordinamento stesso riconduce un determinato tipo contrattuale, perché è nei limiti di tale scopo che il fine privato individuale coincide con il fine pubblico generale e, pertanto, che il primo trova tutela sul piano dell'ordinamento<sup>46</sup>. L'interesse privato dedotto nel contratto trova, in altri termini, tutela solo se e nei limiti in cui coincidente con un interesse pubblico tipico. Ne deriva che l'autonomia contrattuale troverebbe la sua *ratio* giuridica nell'utilità sociale perseguita mediante ciascuna tipologia contrattuale, rispetto a cui si porrebbe come mezzo a fine: mediante il contratto, le parti realizzano il fine economico generale che il sistema assegna al tipo da esse prescelto, e, indirettamente e di riflesso, il proprio fine economico individuale che del primo costituisce un'articolazione e come tale è tutelata. In tale contesto, il concetto di causa finisce per confondersi con quello di tipo contrattuale, perché è attraverso le forme disciplinate dalla legge che l'ordinamento assicura la coincidenza tra lo scopo privato e la

---

<sup>44</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 184 ss.

<sup>45</sup> Per ulteriori riferimenti, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 118.

<sup>46</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 169 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 126 ss.



funzione economica pubblica<sup>47</sup>; ne consegue che la causa riacquista una propria autonomia logica e giuridica nella sola ipotesi di contratti atipici *ex art. 1322, co. II c.c.*

Molto si è scritto contro la soluzione della causa nel tipo, che priverebbe di significato norme quali l'art. 1343 e 1344 c.c. in relazione ai contratti tipici e condannerebbe tali norme ad una posizione marginale<sup>48</sup>. In questa sede, tuttavia, interessa sottolineare come la dottrina della causa come funzione economico-sociale del contratto sopporti una insanabile contraddizione con la disciplina costituzionale dell'autonomia contrattuale. Ai sensi dell'art. 41 Cost., infatti, l'utilità sociale costituisce bensì un limite all'iniziativa economica privata, ma da ciò consegue che essa opera, per così dire, all'esterno di essa al fine di delimitarne l'esplicazione. Nella tesi oggettiva della causa l'utilità sociale opera, invece, quale motore interno al contratto e lo funzionalizza all'interesse pubblico, mortificando la stessa possibilità di ricostruire l'iniziativa privata in termini di autonomia<sup>49</sup>. Il vizio della tesi che individua nella causa la funzione economico-sociale del contratto risiede, dunque, nell'utilizzo della stessa categoria giuridica della funzione, perché essa risulta incompatibile con la libertà del soggetto privato di curare i propri interessi economici mediante il contratto<sup>50</sup>: quest'ultimo costituisce il mezzo attraverso il quale le parti perseguono la ricerca di un equilibrio economico autovincolandosi, e non certamente il fine a cui le parti stesse sono tenute a piegare la propria libertà di vincolarsi, come finisce per essere nel contesto di una concezione oggettiva della causa contrattuale. Ne consegue che una lettura costituzionalmente orientata delle norme codicistiche sulla causa del contratto toglie alla *Relazione* al codice civile gran parte del suo valore ermeneutico, perché ispirata ad una concezione del rapporto tra interesse pubblico ed autonomia contrattuale diversa da quella oggi accolta dall'art. 41 Cost.

Nel panorama dottrinario e giurisprudenziale sembra, dunque, oggi prevalere una diversa nozione di causa, per la quale essa deve essere intesa non nella sua dimensione economico-sociale bensì economico-individuale, ossia come sintesi degli interessi economici delle parti<sup>51</sup>. La causa costituirebbe, in questa ricostruzione, un fattore di unificazione degli elementi di cui si compone il contratto, ivi compresi gli elementi accidentali, orientandone l'efficacia coerentemente con lo scopo voluto dalla parti<sup>52</sup>. In questa ricostruzione, la causa, quale ragione motrice dell'autonomia contrattuale, appare intesa in un'accezione senz'altro più coerente con la disciplina costituzionale della medesima, poiché l'autonomia stessa non è più funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico economico ma è libera di esplicarsi per il perseguimento degli interessi che meglio ritiene, nel rispetto del limite dell'utilità sociale quale tradotto negli obblighi e nei divieti che la legge prevede in relazione

---

<sup>47</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 181 ss.

<sup>48</sup> Per tutti, M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1960, p. 573 ss.

<sup>49</sup> M. GIORGIANNI, *Causa*, cit., p. 548 ss.

<sup>50</sup> G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 112; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, ora in *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica*, Milano, 1951, p. 89.

<sup>51</sup> La tesi deve la sua prima formulazione a G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 370 ss.; più recentemente, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 808 ss. In giurisprudenza l'orientamento che identifica la causa come sintesi degli interessi concreti perseguiti dalla parti del singolo contratto è inaugurato dalla celebre pronuncia della C. Cass, sez. III, n. 10490 del 2006.

<sup>52</sup> G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 371.



ai singoli contratti, unico *discrimen* ai fini della valutazione della meritevolezza degli interessi dedotti nel contratto<sup>53</sup>.

Anche la dottrina della causa in concreto sembra, tuttavia, esporsi ad alcune considerazioni critiche. In primo luogo, così come la tesi della causa in senso oggettivo ha finito con il negare l'autonomia concettuale dell'istituto risolvendolo nel tipo, la ricostruzione in esame finisce per ricondurre la causa all'efficacia del contratto, poiché tale è la sintesi degli interessi dedotti nello schema contrattuale: in altri termini, se la causa sintetizza gli effetti attraverso cui il contratto persegue gli interessi delle parti, alcuna autonomia scientifica può avere la causa dall'efficacia, sicché tale elemento, e tutta la riflessione su di esso, finirebbe per costituire un vero e proprio monumento all'inutile.

Per altro verso, la dottrina della causa concreta finisce per estendere illimitatamente il novero degli interessi deducibili nel contratto, e dunque ampliare la portata dell'art. 41 Cost. a qualsivoglia appetito o capriccio del soggetto privato, solo che questo non sia vietato dalla legge e che ad esso sia attribuita una valutazione patrimoniale. L'art. 41 Cost. finisce, dunque, per essere una norma a fattispecie aperta attraverso cui può trovare tutela giuridica qualsiasi interesse privato, lasciando alle parti il ruolo esclusivo di giudici della meritevolezza dei propri interessi e, dunque, della loro rilevanza sul piano giuridico una volta che li si esprima in un contratto.

Sul punto, la dottrina costituzionalistica ha già avuto modo di esprimere le proprie perplessità relative ad un'estensione incondizionata degli interessi meritevoli di tutela, indipendentemente da una testuale previsione positiva<sup>54</sup>, in ragione della correlazione con gli obblighi imposti agli *omnes*, la cui sfera giuridica costituzionalmente garantita sarebbe in tal modo incisa da interessi costituzionalmente irrilevanti. La previsione da parte dell'ordinamento di un interesse meritevole di tutela esprime un'opzione politica precisa, nel quadro di un contesto sociale pluriclasse ed eterogeneo, relativamente alla prevalenza dello stesso nel confronto con altri interessi confliggenti all'interno della società civile prima, e dell'organo rappresentativo poi<sup>55</sup>. Con l'introduzione di un catalogo dei diritti da parte della Costituzione del 1948, però, gli specifici interessi sociali risultano, in linea di principio, selezionati *a priori*, perché meritevoli di tutela solo se coerenti con una delle fattispecie complesse che compongono la disciplina dei diritti costituzionali, e comunque soggetti al dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.* in ragione del quale la loro eventuale prevalenza su altri interessi costituzionalmente protetti non può essere assoluta, perché questi ultimi, indisponibili dalla volontà politica, non possono essere assolutamente negati. L'art. 2 pone dunque il fondamentale principio di giustizia sociale, che impone la valutazione e il ragionevole contemperamento di tutte le istanze sociali, purché riconducibili al quadro assiologico costituzionale<sup>56</sup>. Sul piano strutturale, questo si traduce, per ogni posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento, nella posizione di obblighi non meno che di pretese, nella disciplina giuridica della stessa, al fine di scongiurarne la prevalenza oltre misura.

---

<sup>53</sup> Ancora G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 375 ss.

<sup>54</sup> P. F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 158 ss.

<sup>55</sup> L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, 1908, p. 23 ss.

<sup>56</sup> K. BAYERTZ, *Il concetto e il problema della solidarietà*, in K. BAYERTZ – M. BAURMANN, *L'interesse e il dono*, Torino, 2002, p. 35 ss.



Le considerazioni che precedono introducono il problema della tipicità dei diritti costituzionalmente protetti. Il riconoscimento dei c.d. “nuovi diritti” non può prescindere dalla constatazione che la previsione di ulteriori fattispecie può incidere su quelle disciplinate dalla Costituzione, perché strutturalmente incompatibili ovvero perché impegna risorse finanziarie che sarebbero in tal guisa *a fortiori* sottratte ai diritti tipici. L’idea di un catalogo aperto dei diritti costituzionali, che prescinda da una revisione del catalogo nelle forme dell’art. 138 Cost., è dunque fuori dalla realtà giuridica, perché sposterebbe il livello delle tutele dalla Costituzione al legislatore ledendo le relative garanzie costituzionali. Questa visione è tuttavia solo apparentemente rigida, una volta che si ritenga ciascuna delle norme costituzionali sui diritti una fattispecie complessa che descrive una tipizzazione meramente tematica, relativa cioè ad un valore suscettibile di declinarsi secondo una pluralità di interessi, anche di nuova emersione nel tessuto sociale, purché coerenti con tale valore. In questa prospettiva, il legislatore ritrova una parte dello spazio che gli aveva assegnato l’ordinamento liberale, lì dove traduce sul piano positivo una ricognizione degli interessi sociali che, sebbene coerenti con le singole disposizioni della Carta richiedono una specificazione normativa ulteriore<sup>57</sup>. Il diritto all’ambiente, alla riservatezza, al cambiamento di sesso, e tutti i diritti che derivano dall’evoluzione tecnologica (ad esempio quelli legati alla società informatica) trovano il loro fondamento costituzionale nella tutela della salute come interesse della collettività, della dimensione privata della persona, della sua integrità psichica, nella manifestazione del pensiero; nonché, come accennato, nella tutela delle libertà economiche ove tali diritti vengano in rilievo, per profili specifici, come interessi dei consumatori<sup>58</sup>. In tal guisa, gli interessi sociali di nuova emersione, per effetto delle norme costituzionali che li comprendono, danno luogo a posizioni soggettive articolate in funzione della disciplina legislativa che ne compie la tutela.

Il sistema costituzionale esprime, in conclusione, un catalogo molto ampio ma definito di posizioni soggettive meritevole di tutela, ed è rispetto ad esse che, come visto, l’iniziativa economica privata funge da posizione soggettiva accessoria disciplinandone il potere del titolare di disporre economicamente. Sicché, è da questa constatazione che occorre partire per l’elaborazione di una teoria della causa del contratto che abbia origine dalla riflessione sull’art. 41 Cost.

6. Si è già detto che il contratto è un atto attraverso cui le parti dispongono di proprie posizioni soggettive economicamente rilevanti, limitandole per mezzo di reciproche obbligazioni. Si è anche ricondotta la libertà contrattuale all’iniziativa economica privata, e, alla luce della tipicità delle posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, si è concluso che l’autonomia contrattuale legittima di disporre soltanto degli interessi che trovino tutela in una norma costituzionale.

---

<sup>57</sup> F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 7 ss.

<sup>58</sup> A questi si aggiungono poi le posizioni soggettive di nuova emersione che si legano alle pretese della persona verso il solo soggetto pubblico, derivanti dai limiti costituzionali alle modalità di azione dello stesso: ad esempio il diritto alla pace (cfr. art. 11 Cost.) e il diritto di accesso al procedimento amministrativo (cfr. art. 97, co. II Cost.), i quali vengono declinati come fattispecie partecipative all’attività pubblica: così L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace tra decisioni dell’apparato e partecipazione popolare*, Napoli, 1990, p. 207 ss.



Alla luce di questa premessa è possibile enucleare un primo, generale significato dell'elemento contrattuale della causa: esso si identifica con la rilevanza giuridica dell'interesse privato dedotto in contratto, in quanto espressione economica di una posizione soggettiva costituzionalmente tutelata<sup>59</sup>. Debbono, quindi, considerarsi nulli per mancanza di causa i contratti che, ancorché formulati secondo uno schema tipico, siano tuttavia impiegati per realizzare interessi costituzionalmente irrilevanti (come il contratto d'opera stipulato con un cartomante per divinare il futuro o ricevere protezione astrale<sup>60</sup> o un contratto di destinazione patrimoniale *ex art. 2645ter* finalizzato al perseguimento di finalità costituzionalmente irrilevanti). Così concepita la causa opera, dunque, preliminarmente come fattore di legittimazione alla stipula del contratto, nel senso che l'esercizio dell'autonomia contrattuale presuppone la titolarità dell'interesse oggetto della disposizione delle parti e, dunque, la sua rilevanza giuridica.

La rilevanza costituzionale degli interessi contrattuali non è tuttavia sufficiente ai fini del giudizio di liceità della causa. È, altresì, necessario che le parti rispettino i limiti che la Carta pone in relazione alle posizioni soggettive che essa tutela. Come è noto, nessun diritto costituzionale è affermato in senso assoluto, ma ogni volta che la Costituzione riconosce una posizione soggettiva detta, altresì, i limiti di tale riconoscimento oltre i quali l'interesse diviene giuridicamente irrilevante o, persino, un illecito. Tali limiti sono, talvolta, dettagliatamente previsti dalla stessa Carta (art. 36, u.c. Cost.), ma più spesso vengono specificati dalla legge, in ragione di clausole generali contenute nelle singole norme (art. 16, co. I Cost.) o in ragione della generale previsione del limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41, co. II Cost. Il limite dell'utilità sociale consiste nell'apprezzamento, da parte del legislatore, delle condizioni entro le quali può considerarsi lecito l'equilibrio economico perseguito dai contraenti, sulla base di valutazioni politiche dai confini assai ampi<sup>61</sup>: costituisce un'esplicazione del limite dell'utilità sociale, ad esempio, la previsione di limiti stringenti all'autonomia contrattuale finalizzati a tutelare i contraenti economicamente più deboli<sup>62</sup>, riequilibrando la posizione delle parti in sede di contrattazione, ovvero le previsioni finalizzate a conciliare l'autonomia privata con le finalità di politica economica (o, secondo una terminologia diffusa, con l'ordine pubblico economico<sup>63</sup>).

Una peculiare declinazione dell'ordine pubblico economico consiste nella salvaguardia di una qualche proporzionalità tra le reciproche obbligazioni, per cui l'ordinamento non tollera, in linea di principio, l'arricchimento di una delle parti ingiustificato alla luce del-

---

<sup>59</sup> Il legame tra la meritevolezza della causa e le posizioni soggettive costituzionalmente protette è stato, talvolta, affermato anche dalla giurisprudenza del Supremo Collegio: si vedano C. Cass., sent. n. 4469 del 1997; sent. n. 8367 del 2000; sent. n. 14343 del 2009.

<sup>60</sup> Così F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 817.

<sup>61</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 117 ss. L'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al legislatore non si traduce però, come l'illustre Autore parrebbe sostenere, in un'assoluta assenza di vincoli, tale che la clausola dell'utilità sociale perderebbe qualsivoglia valenza precettiva nei riguardi dell'indirizzo politico.

<sup>62</sup> G. FERRI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, in *Dir. Econ.*, 1966, p. 16 ss.

<sup>63</sup> F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, p. 98 ss. Le considerazioni dell'A. non sono, tuttavia, condivisibili quando esclude che il limite dell'ordine pubblico possa trovare applicazione in riferimento ai contratti tipici, in ragione della funzione economico-sociale del contratto che verrebbe assicurata dalla disciplina codicistica (p. 101). La tesi è ispirata ad una concezione oggettiva della causa contrattuale, per cui si rinvia alle critiche già avanzate nel paragrafo che precede.



la controprestazione a cui essa è tenuta. Nel limite dell'utilità sociale vi è, dunque, l'eco della concezione romanistica della causa, che come visto è sottesa agli istituti della risoluzione per inadempimento e della rescissione.

Il secondo comma dell'art. 41 individua ulteriori limiti all'iniziativa economica privata nella sicurezza, nella libertà e nella dignità umana. Si tratta di una previsione che lascia all'interprete, come sembra evidente, margini di discrezionalità più ristretti che nel caso dell'utilità sociale. La differenza tra quest'ultima e il rispetto della sicurezza, della dignità e della libertà può essere apprezzata ragionando sulla disposizione di cui all'art. 1343 c.c., che sembra costituire una specificazione della norma costituzionale, nella parte in cui individua l'illiceità della causa nella contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. Si è già detto che il limite dell'utilità sociale è (parzialmente) assimilabile al concetto di ordine pubblico; gli altri limiti riguardano invece non l'operazione economica complessivamente realizzata mediante il contratto, bensì i singoli effetti su ciascuna delle posizioni soggettive da esso coinvolte<sup>64</sup>, ossia le singole obbligazioni originate dal contratto. In altri termini, mentre l'utilità sociale riguarda la causa del contratto, il rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità concernono la causa delle singole obbligazioni incidenti su ciascuno dei diritti coinvolti dalla disposizione contrattuale.

Una conferma di quanto detto si rinviene nel terzo comma dell'art. 41 Cost., nella parte in cui disciplina la funzione di programmazione del soggetto pubblico finalizzata all'indirizzo e al coordinamento dell'iniziativa (anche) privata verso "fini sociali", ossia fini immediatamente legati al perseguimento dell'utilità sociale. Si è osservato che il piano opera sulla struttura del contesto economico in cui si svolge l'iniziativa privata, e dunque incide sul gioco delle c.d. "leggi di mercato", ossia sui condizionamenti esterni dell'autonomia privata, senza coinvolgere, almeno direttamente, l'esercizio delle posizioni soggettive dei singoli<sup>65</sup>. Sicché, dal punto di vista della struttura regolativa, il limite dell'utilità sociale opera esternamente all'autonomia privata definendo il sistema economico in cui esso opera (ad esempio, strutturando il mercato come concorrenziale<sup>66</sup>) e limitando i condizionamenti di fatto che l'autonomia privata subisce in ragione dei poteri economici, anche privati, che operano nel mercato<sup>67</sup>: astratta dal contesto, la forma contrattuale non è in grado di realizzare il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale, e questo in ragione della sua incapacità di tradurre nel mondo del diritto le disuguaglianze derivanti dalla diversa posizione economico-sociale delle parti contraenti. La conclusione cui tale impostazione è pervenuta è che il principio *ex art. 3, co. II Cost.* impone l'intervento dell'autorità pubblica nelle relazioni contrattuali private in misura tanto più rilevante quanto maggiore sia la disparità che sul piano fattuale deve registrarsi tra le parti contraenti.

La *ratio* dei limiti della sicurezza, della libertà e della dignità si traducono, di converso, in condizionamenti normativi che ineriscono all'iniziativa economica al fine di reprimerne le manifestazioni illecite. Dove l'utilità sociale (e l'ordine pubblico economico) rappresenta

---

<sup>64</sup> Ancora F. ANGELINI, *Ordine pubblico*, cit., p. 100.

<sup>65</sup> E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, cit., p. 16 ss.

<sup>66</sup> Per qualche ulteriore considerazione si rinvia, ove il lettore lo desideri, a R. MANFRELLOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, Torino, 2012, p. 71 ss.

<sup>67</sup> C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 62 ss. E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, cit., p. 34 ss.



una garanzia di tutte le posizioni soggettive costituzionalmente tutelate, ivi compresa la libertà di disposizione economica delle stesse, gli altri limiti contenuti nel secondo comma dell'art. 41 hanno invece lo scopo di evitare il sopravvento di una visione "paneconomica" dei diritti costituzionali, salvaguardandone i profili che, nel programma costituzionale, non possono essere oggetto di valutazione patrimoniale.

La causa si identifica, dunque, con la ragione giuridica del vincolo contrattuale, nella duplice prospettiva della rilevanza giuridica degli interessi di cui le parti intendono disporre e dei limiti che l'ordinamento pone all'autonomia privata in relazione a tale disposizione. In questa prospettiva è, naturalmente, irrilevante la circostanza che l'atto di disposizione sia oneroso o gratuito, pur non negandosi che, nell'ipotesi di contratti a prestazioni corrispettive, l'elemento causale si leghi anche ad una componente di proporzionalità tra le due prestazioni. Il modello di causa che si è cercato di tratteggiare può, dunque, essere utilizzato anche a proposito di contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, in particolare la donazione, risolvendo lo stallo per il quale la causa tradizionalmente individuata tende a confondersi con la volontà del disponente (il c.d. *animus donandi*) ovvero con l'effetto di depauperamento del donante e di arricchimento del donatario del contratto stesso<sup>68</sup>.

Il contratto è fonte di obblighi e, dunque, di norme: non delle norme generali e astratte attraverso cui si esprime, almeno in linea di principio, il soggetto pubblico, ma di norme private, elaborate dagli stessi soggetti che esse vincolano, e tuttavia pur sempre norme, che in quanto tali debbono essere coerenti con i principi dell'ordinamento e con i valori supremi che lo informano. La funzione di legittimazione svolta dalla causa del contratto, nei termini di cui si è detto, costituisce il presidio ultimo di tale coerenza<sup>69</sup>, ed esprime l'esigenza irrinunciabile a che quei valori permeino tutte le manifestazioni dell'agire giuridico, indipendentemente dalla natura pubblica o privata di esse.

---

<sup>68</sup> Per un inquadramento della problematica, che esulerebbe troppo dalla prospettiva del presente lavoro, F. GAZZONI, *Manuale*, cit., p. 544 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, Milano, 1956, p. 34 ss.

<sup>69</sup> Ancora E. CAPACCIOLI, *Programmazione e autonomia individuale nel diritto privato italiano*, cit., p. 171 ss.