



LA CAUSA DEL CONTRATTO TRA «REGOLE» E «PRINCÍPI»

ANDREA FEDERICO

SOMMARIO: 1. L'attualità dell'indagine sulla causa del contratto. – 2. La riforma del code civil e l'apparente eliminazione della causa dal novero degli elementi essenziali. – 3. La causa e la disciplina della circolazione dei diritti. – 4. L'incidenza delle trasformazioni del sistema ordinamentale sulle narrazioni della causa del contratto. – 5. L'utilizzazione della causa concreta. – 6. La diffusione delle nuove tecnologie e la difficile emersione degli interessi dei contraenti. – 7. La causa concreta quale strumento di applicazione dei principi generali.

1. Agli inizi del terzo millennio si sono diffuse le attestazioni della morte della causa del contratto¹ anche sul rilievo che le fonti c.dd. di *soft law*, quali i *Principles of European Contract Law*², gli *Unidroit Principles of International Commercial Contract*³, il *Code Européen des Contrats*⁴, il *Draft of common frame of reference*⁵ ne prospettavano il futuro superamento nel contesto europeo⁶.

¹ Sulla questione, v., in particolare, U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 241 ss.; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I, Milano, 2001, p. XIII ss.; R. DI RAIMO, *La causa: da epicentro dell'autonomia privata a caro estinto e ritorno*, in *Giustiziacivile.com*, 2014; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 95 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 100 ss. Ma v. F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 5 s.

² In argomento v. G. ALPA, *I principles of european contract law predisposti dalla commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss., e, con specifico riferimento all'asserita assenza della causa nel sistema dei PDEC, v. G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la causa del contratto*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 453 ss.

³ Sui principi *Unidroit* v., tra gli altri, G. ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 316 ss.; G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, *ivi*, p. 825 ss.; M.J. BONELLI, *I principi Unidroit. Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 231 ss.; ID., *I principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 2004, p. 535 ss.; ID., *The Unidroit Principles 2010: an International Restatement of Contract Law*, *ivi*, 2011, p. 881 ss.; G. DE NOVA, *Unidroit principles of international commercial contracts*, in *Contratti*, 1994, p. 501.

⁴ Secondo C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 251, il rifiuto opposto dalla Commissione Gandolfi deve essere spiegato – come esposto dallo stesso G. GANDOLFI, *Code européen des contrats, Avant-projet*, I, 1, Milano, 2002, p. 129 – in ragione dell'incertezza gravante sulla causa. In argomento v. anche; G.B. FERRI, *Validità e patologie nel code européen des contrats*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 925 ss.; M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, *ivi*, 2016, p. 939 ss.; L. GATT, *Sistema normativo e soluzioni innovative del Code Européen des Contrats*, *ivi*, 2002, p. 359 ss.; O. TROMBETTI, *I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference ed il progetto preliminare del Code européen des contrats*, in *Contr. impr./Eur.*, 2011, p. 168 ss.

⁵ S. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesl*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 719 ss.

⁶ Sul tema; v., per tutti, E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 979 ss.; G.B. FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 897 ss. (e ora in ID., *Il*



La recente modifica del *code civil* sembra confermare la necessità del congedo dalla causa. L'eliminazione dal novero degli elementi essenziali del contratto (art. 1128 *c.c. fr.*)⁷ e la conseguente rimozione di ogni riferimento testuale hanno sollecitato la presa d'atto del superamento della causa e la conseguente esclusiva ammissibilità di un'indagine storica.

La considerazione della causa quale retaggio della tradizione giuridica non discende soltanto dalla risalente ambiguità delle definizioni soggettive, oggettive e sincretiche⁸ ovvero dalla difformità di idee circa tale elemento⁹, ma anche e soprattutto dall'aspirazione, nel tempo della globalizzazione¹⁰, alla rimozione di un ostacolo alla concorrenza degli ordinamenti¹¹ al fine di consentire al diritto nazionale di competere mediante l'utilizzazione di un vocabolario comunicativo che – certamente più leggibile per un giurista di *common law* – sia in grado di semplificare il dialogo e agevolare la progressiva condivisione di un apparato concettuale¹².

A differenza del *code civil*, il sistema ordinamentale italiano non ha espunto la causa dal tessuto normativo dei contratti e tale esito non sembra essere determinato soltanto dalle resistenze concettuali dei giuristi. Di là dal grande impatto nell'elaborazione dottrinale, i temi della causa, della liceità e della meritevolezza hanno avuto una relativa incidenza fino a quando la giurisprudenza è stata ancorata alla causa intesa quale funzione economico-sociale. La tradizionale ricostruzione, infatti, non ha creato particolari problemi e, di là dalla riflessioni degli studiosi, non ha inciso negativamente sulla competitività del nostro ordinamento.

Da circa dieci anni, a dibattito dottrinale pressoché invariato, la giurisprudenza ha iniziato a utilizzare la c.d. causa concreta¹³; il legislatore ora ha rievocato la meritevolezza

potere e la parola e altri scritti di diritto civile, Padova, 2008, p. 449 ss.); E. DEL PRATO, *Requisiti del contratto*, sub art. 1325 *c.c.*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 2013, p. 35 ss.

⁷ L'artt. 1128 *c.c. fr.* non indica la causa tra gli elementi essenziali del contratto, bensì il contenuto lecito e certo. Del pari l'art. 1162 *c.c. fr.* non evoca la *cause*, ma discorre di *but*, di scopo che, ancorché non esplicito, non deve essere contrario all'ordine pubblico.

⁸ Sulla risalente ambiguità delle elaborazioni dottrinali della causa v., in particolare, M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015, p. 1 ss. V. anche; S. PAGLIANTINI, *Itinerari della causa: il Gorla nordamericano ed una critica recente*, introduzione a G. GORLA, *I problemi fondamentali del contratto*, trad. it., Napoli, 2017, p. 11 ss.

⁹ G.B. FERRI, *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, cit., p. 899.

¹⁰ G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom. Il problema della causa del contratto e la riforma del III libro del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, I, p. 7 ss.

¹¹ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 56, ravvisa nella causa, da un lato, una sorta di simbolo, una costruzione mitica, ove collocata nell'esperienza storica; dall'altro, un grosso ostacolo alla circolazione dei modelli giuridici.

¹² Gli obiettivi della riforma – *simplicité, efficacité et protection* – sono orientati alla finalità di rendere il diritto francese dei contratti e delle obbligazioni *prévisible, protectives mais efficaces, rigoureux mais pragmatiques*, sì da consolidare e rafforzare l'*attractivité* del sistema giuridico francese.

¹³ V., in particolare, G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, p. 1 ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 256 ss.; F.D. BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contr. impr.*, 2013, p. 885 ss.; E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 35 ss.; L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione. Raccolta di Studi in memoria di Antonio Brancaccio*, Milano, 2013, p. 33 ss.; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.; A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, in *AA.VV., La giurisprudenza del foro napoletano e gli orientamenti nazionali ed europei in tema di obbligazione e contratti*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; R. SENIGAGLIA,



(2645 *ter c.c.*), rivitalizzando la discussione sui rapporti con la liceità; ora ha imposto una valutazione del concreto interesse perseguito dai contraenti (relativizzante gli effetti giuridici del contratto), come nel caso dell'applicazione delle discipline di derivazione europea e, in particolare, delle regole rivolte alla tutela della concorrenza (artt. 2 e 3, l. 10 ottobre 1990, n. 287) e dei consumatori (art. 33 c. cons.), nonché in materia di subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192) o di ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231).

Né può tacersi dei dubbi sull'effettiva tenuta del tipo contrattuale dinanzi al proliferare di regole e principi¹⁴ e alla «emersione di discipline metatipiche – delle quali la normativa in tema di tutela del subfornitore, e la clausola generale del divieto di abuso di dipendenza economica ivi prevista costituiscono l'esempio più significativo»¹⁵ mediante la tecnica, nota al diritto europeo dei rimedi, incentrata sull'aggiramento della fattispecie o sulla 'perdita della fattispecie' mediante l'allontanamento dalla descrizione di quel fatto o da quei fatti cui la norma giuridica ricollega determinati effetti giuridici, fermo restando che il carattere transtipico¹⁶ non costituisce un *prius*, fondato sulla collocazione ovvero sulla formulazione letterale della disposizione, ma è il risultato dell'interpretazione¹⁷, sì che tutte le norme sono suscettibili di essere considerate transtipiche¹⁸ e, dunque, è possibile trarre da ogni disposizione «principi transtipici» da applicare oltre il tipo contrattuale, anche ai contratti atipici¹⁹.

Dinanzi al diffondersi del riconoscimento del valore normativo dei principi generali²⁰ – e non soltanto costituzionali ma anche derivanti dall'Unione europea²¹ – numerose deci-

Per un'ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà "orizzontale" e contratto, in Juscivile, 2016, p. 507 ss.; S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della causa in concreto e la c.d. interpretazione abusiva del contratto: notarelle critiche su regole e principi (del diritto dei contratti)*, in *Contratti*, 2016, p. 604 ss.; L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss.; F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in B. MONTANARI, *Il diritto dopo il '900*, Milano, 2015, p. 53 ss.

¹⁴ G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, cit., p. 491 ss.

¹⁵ G. GITTI, *op. ult. cit.*, p. 496.

¹⁶ O. CAGNASSO, *La concessione di vendita*, Milano, 1983, p. 58, utilizza il sintagma regole transtipiche per indicare la *vis* espansiva delle regole oltre i limiti segnati dal tipo.

¹⁷ P. GALLO, *La formazione*, in *Trattato del contratto*, 1, Torino, 2010, p. 127.

¹⁸ P. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 113.

¹⁹ In questa prospettiva sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 165 ss.

²⁰ Sulla valenza normativa dei principi generali, v., in particolare, P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 122 ss.; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ora in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 348 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, spec. p. 326 ss.; ID., *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 1 ss. Cfr., altresì, P. FEMIA, *Valori normativi e individuazione della disciplina applicabile*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 521 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori: principi o regole?*, in *Quad. fior. st. pens. giur. mod.*, 2002, p. 856 ss.; ID., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 2008. Sia consentito rinviare anche a A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, in corso di pubblicazione.

²¹ Sulla questione v., in particolare, A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE, *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea*



sioni giurisprudenziali hanno ricondotto nell'alveo della meritevolezza l'inefficacia del contratto derivante dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti civili²², con la sostanziale elusione sia dell'espresso riconoscimento della nullità derivante dalla violazione dei principi (in particolare quelli costituzionali) sia della rilevabilità di ufficio, il tutto mediante la creazione *ex novo* di una nuova (forse la sesta) versione della meritevolezza²³.

e il diritto privato, Roma, 2016, p. 9 ss.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, *ivi*, p. 41 ss.

²² Così Cass., 2 marzo 2018, n. 4912, in www.pluris.it. V. altresì Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Contratti*, 2017, p. 383 ss.; Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2007 ss.; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, p. 725 ss.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 137 ss., con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1295 ss., con nota di S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*; Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contratti*, 2012, p. 993 ss., con nota di G. CARADONNA, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 992 ss., con note di: R. CASO, *Fondamento costituzionale del dovere di ospitalità e conformazione dell'autonomia privata*, *ivi*, p. 997 ss. e I. PRISCO, *Divieto di ospitalità e nullità per violazione del principio di solidarietà*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 369 ss.; Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481; Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Foro it.* on line. Ma v. anche Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Notariato*, 2006, p. 13 ss., con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, in *Contratti*, 2016, p. 897 ss., con nota di L. BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*; Trib. Brindisi, 17 maggio 2005, in *dejure* on line; Trib. Brindisi, 8 luglio 2008, in *Dir. prat. soc.*, 2008, f. 20, p. 62; Trib. Brindisi, Sez. fall., 4 giugno 2009, in *dejure* on line; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 134 ss.; App. Salerno, 30 settembre 2009, n. 836, con nota di I. PRISCO, *Squilibrio del regolamento e immeritevolezza del contratto*, in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, cit., p. 345 ss.; App. Napoli, 10 marzo 2013, n. 1053, in *Foro nap.*, 2015, p. 513 ss., con nota di S. POLIDORI, *Investimento ad alto rischio e tutela del cliente*; Trib. Salerno, 2 maggio 2013, n. 1126, in *Corti salernitane*, 2015, p. 476 ss., con nota di A. MALOMO, *Interest rate swap: sproporzione e immeritevolezza nel caso concreto*; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, p. 368 ss.. Di recente Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., p. 725 ss., con nota critica verso il controllo di meritevolezza così operato di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, *ivi*, p. 730 ss.; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Foro nap.*, 2017, p. 189 ss., con nota di V. GIUSTI, *Il contratto di investimento for you e la nullità per immeritevolezza degli interessi*; Cass., 28 maggio 2018, n. 13291, in *dejure* on line. Con riferimento alla riflessione dottrinale v., tra gli altri, R. DI RAIMO, *Interest rate swap, teoria del contratto e nullità: e se finalmente dicessimo che è immeritevole e che tanto basta?* (nota a App. Milano, 18 settembre 2013), in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 308 ss.; M. SEMERARO, *La giurisprudenza sugli interest rate swap: speculazione, copertura, mancanza di causa?* (nota a Trib. Monza, 17 luglio 2012), in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 323 ss.; S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid nocetis?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 383 ss.; M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ric. giur.*, 2016, p. 195 ss.; P. PERLINGIERI, *«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 207 ss. e spec. p. 215 s.; M.C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 746 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Alea unilaterale e sindacato di meritevolezza negli interest rates swap*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 899 ss.; A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, *ivi*, p. 921 ss.; S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale. Spunti ricostruttivi, profili applicativi*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 173 ss. e spec. p. 179 s.

²³ Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti destinazione*, in R. CALVO e A. CIATTI, *I contratti di destinazione patrimoniale*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, 19, Torino, 2014, p. 563 ss.; ID., *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2009, p. 369 ss.



Le riferite tendenze legislative e giurisprudenziali hanno sollecitato una valutazione negativa dell'attuale uso giurisprudenziale della causa concreta, quale arbitrario strumento di equità, seguita dalla diffusa affermazione della necessità dell'assorbimento della causa nell'oggetto del contratto, quasi che l'oggetto del contratto abbia mostrato, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, un unico volto anziché costituire anch'esso una nozione assai dubbia o addirittura, come pure è stato osservato, un concetto più filosofico che giuridico²⁴.

2. Oggi occorre verificare se la causa del contratto sia stata privata della giustificazione storico-culturale e di qualsivoglia funzione e, conseguentemente, costituisca un attuale e evidente ostacolo normativo, nonché dottrinale e giurisprudenziale, al legittimo ed equilibrato controllo dei regolamenti contrattuali. L'alternativa è evidente. Si devono dichiarare la scomparsa della causa ridotta ad un vuoto simulacro per la perdita delle funzioni tradizionalmente ad essa ascritte e l'inidoneità all'assunzione di nuovi compiti, ovvero si può affermare che l'«oggetto vago e misterioso»²⁵ ravvisato nella tormentata figura è ancora in grado di formalizzare il dispositivo di conciliazione e di sintesi dell'autonomia negoziale con il sistema ordinamentale.

L'ineludibile attuale necessità di oltrepassare i confini nazionali impedisce di considerare sufficiente l'approvazione ovvero la riprovazione dell'utilizzazione della causa. La questione non riguarda il *nomen* di un *quid* richiesto per la costruzione dell'edificio contrattuale, bensì l'effettivo ruolo ad esso ascritto o ascrivibile.

La definizione della causa non è suscettibile di essere separata dalle funzioni attribuite ad essa dal sistema ordinamentale. Né le funzioni possono essere comprese a prescindere dalla corretta individuazione dei tipi di problemi coinvolti che – ancorché con una certa semplificazione – possono essere identificati nella connessione del contratto con la circolazione dei beni, nella protezione che deve essere offerta ai contraenti rispetto agli scopi perseguiti con il contratto e nella conformità del regolamento contrattuale ai principi che fondano l'ordinamento.

Il dibattito successivo alla riforma del *code civil*²⁶ è eloquente. L'art. 1128 *c.c. fr.* non menziona la causa fra gli elementi essenziali ai fini della validità del contratto e, come di re-

²⁴ Sull'oggetto del contratto v., in particolare, G. GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 11 ss.; F. CRISCUOLO, *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli, 1995.

²⁵ F. FERRARA JR., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127.

²⁶ Sulla riforma v., in particolare, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss.; ID., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, *ivi*, 2014, p. 800 ss.; G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustiziacivile.com*, 2016; L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1543 ss.; G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nome*, *cit.*, p. 1 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 695 ss.; L. USUNIER, *L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2017, p. 343 ss.; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit française des contrats, entre continuité et europeanisation*, in *Annuario del contratto 2016* diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2017, p. 3 ss.; J. CARTWRIGHT e S. WHITTAKER, *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms*, Oxford, 2017, p. 395 ss.; C. CREA, *Riflessioni sulla ra-*



cente si è rilevato²⁷, da un lato, «la soluzione accolta è quanto mai ambigua ed anodina: si considera quale elemento essenziale del contratto un contenuto lecito e certo, nozione che potenzialmente non esclude la causa ma che neppure necessariamente la contempla»; dall'altro, l'art. 1162 *c.c. fr.* evoca un «neutrale concetto di *but*, di scopo, che le parti non sono tenute a esplicitare, ma che l'ordinamento cerca di indagare, anche ove non sia conosciuto da tutte le parti, per colpirne l'eventuale contrarietà all'ordine pubblico».

Alcuni hanno affermato che l'*Ordonnance* del 2016 ha segnato il definitivo congedo dalla causa del contratto, nonché la palese inutilità dell'utilizzazione di essa²⁸. Altri, invece, hanno inteso ribadire che «nonostante l'assenza dal nuovo testo del libro terzo del *Code Civil*, di ogni esplicito riferimento a questo elemento, pur sempre sostanzialmente essenziale, del contratto, la causa continui a svolgere un ruolo fondamentale nelle concrete strutture degli schemi negoziali e contrattuali attraverso cui i privati regolano i propri interessi»²⁹, sì che la causa, ancorché non se ne espliciti il nome, è presente in modo invisibile ovvero sotto una altra denominazione (contenuto, scopo)³⁰.

La causa – anche se «*ne dit pas son nom*» – configura il luogo normativo destinato alla definizione di una complessa rete di problemi che oltrepassano l'orizzonte del paradigma contrattuale per ricomprendere le tecniche di trasferimento dei diritti e l'ingiustificato arricchimento³¹. Né può tacersi dell'asserita ineliminabilità delle tematiche e dei luoghi tradizionalmente frequentati dalla causa, giacché la circolazione della ricchezza, la protezione dei contraenti e la conformità al sistema sono «intrinseci all'idea stessa di autonomia privata, cui finiscono per essere necessariamente e inscindibilmente saldati»³². Il sistema ordinamentale, infatti, ha la necessità di offrire tutela ai terzi in sede di circolazione dei diritti mediante un sistema che assicuri la certezza della vicenda traslativa attraverso strumenti che prescin-

gionevolezza nel diritto privato francese, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017, I, p. 229 ss.; L. PONTIROLI, *Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel code civil*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1238 ss.

²⁷ E. NAVARRETTA, *La causa e la riforma du code civil*, in *Pers. merc.*, 2017, 4, p. 206.

²⁸ L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 311 ss. V. anche G. ALPA, *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, cit.; L. KLEISTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1542 ss.; G. TERLIZZI, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 695 ss.; L. USUNIER, *L'attractivité internationale du droit français*, cit., p. 343 ss.; J.S. BORGHETTI, *Le nouveau droit français des contrats*, cit., p. 3 ss.

²⁹ Così G.B. FERRI, *Une cause qui ne dit pas son nom*, cit., p. 20. V. anche D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, trad. it. a cura di R. Pescara, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 432 ss. Sull'inutilità del superamento della causa v. anche G. GOUBEAU, *Leçon de cause. À propos de l'ouvrage de Jacques Ghestin. Cause de l'engagement et validité du contrat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 57. V. anche M. GIORGIANNI, *L'evoluzione della causa del contratto nel codice civile francese*, Napoli, 2018, p. 33 s.

³⁰ G.B. FERRI, *op. ult. cit.*, pp. 9-11 e p. 13 ss., ravvisa nelle previsioni degli artt. 1163 e 1128, nonché dell'art. 1162 *c.c. fr.*, la presenza della causa e, prendendo atto della scomparsa del termine causa, riconosce la permanenza di alcune funzioni – tradizionali o moderne – di essa, fermo restando, *ex artt.* 1188 e 1189 *c.c. fr.*, la rilevanza interpretativa che rende evidenti la contestuale presenza di profili oggettivi e soggettivi.

³¹ Così E. NAVARRETTA, *Europa cum causa*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010, p. 324.

³² Così G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la causa del contratto*, cit., p. 463.



dono dalla conoscenza soggettiva, sì che la forza della regola del consenso traslativo è attenuata con riguardo ai terzi.

Nei discorsi dei giuristi, l'eliminazione della causa dal linguaggio del legislatore non può condurre alla contestuale obliterazione delle funzioni ad essa ascritte³³; né è seriamente ipotizzabile che l'espunzione del sintagma 'causa del contratto' trasformi *ex abrupto* la disciplina della circolazione e, in particolare, la tutela dei terzi: le funzioni della causa permangono ancorché ascrivibili a diversi dispositivi.

La rivoluzione del linguaggio del codice, insomma, non è sufficiente. Le categorie negoziali sono intrinseche della causa: dunque il legislatore non può operare alcun sovvertimento in assenza di una radicale modificazione del paradigma contrattuale riflesso nelle strutture del codice civile, dei codici di settore e, più in generale, del sistema ordinamentale.

3. Il codice civile disciplina la causa agli artt. 1343 ss. e sanziona con la nullità (1418, comma 2) la «mancanza» o la «illiceità» di tale requisito del contratto (art. 1325, n. 2). La configurabilità del paradigma contrattuale è così condizionata dalla presenza di una causa lecita e, secondo parte dell'elaborazione dottrinale³⁴, meritevole di tutela³⁵, fondamento giustificativo della rilevanza e della tutela giuridica del contratto, nonché criterio d'interpretazione e di qualificazione del medesimo³⁶. Il sistema ordinamentale ha accolto il c.d. principio della causalità negoziale che, dettato dalla legge in sede contrattuale, opera anche per i negozi unilaterali in forza sia dell'applicazione agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, nei limiti della «compatibilità», delle norme che regolamentano i con-

³³ E. NAVARRETTA, *La causa e la riforma du code civil*, cit., p. 206, escludendo l'eliminazione delle funzioni della causa, afferma che «coerentemente con un'idea della causa che non è più un *vestmentum* imposto dall'ordinamento ma diviene uno strumento di tutela dei contraenti, grava sulle parti l'onere di provare la *cause de l'engagement*, sicché l'atto nudo deve reputarsi valido ed efficace sino a che una delle parti non riesca a dimostrare la rilevanza di una determinata *cause de l'engagement*, invocando la relativa tutela. Se poi la parte non riesce a dimostrare la *cause de l'engagement* non le resterà che ricorrere all'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 1303-1».

³⁴ V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 337 ss.

³⁵ Sulla meritevolezza si rinvia, in un'ampissima letteratura, a G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 81 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, *ivi*, 1979, I, p. 1 ss.; ID., *Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza*, *ivi*, 1988, I, p. 339 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 52 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 309 ss.; U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 485 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 431; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, p. 324 ss.; U. BRECCIA, *Interessi non meritevoli di tutela*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE, *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 89 ss.; G. BENEDETTI, *L'autonomia contrattuale e il suo statuto. Una rilettura dell'art. 1322 cod. civ.*, in A. BELVEDERE e C. GRANELLI (a cura di), *Confini attuali dell'autonomia privata*, Padova, 2001, p. 125 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 545 ss.; F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Napoli, 2004, p. 121 ss.

³⁶ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 8ª ed., 2017, p. 488. Afferma espressamente la rilevanza della causa concreta sull'interpretazione del contratto Cass., 22 novembre 2016, n. 23701, in *Foro it.* on line.



tratti *ex art.* 1324 c.c., sia dell'esclusione del carattere vincolante di una promessa (art. 1988 c.c.) sostanzialmente "astratta" dalla causa³⁷.

Tale principio conferma l'assunto che l'autonomia privata come potere di autodeterminazione non trova più riscontro in sé³⁸ e consente di comprendere non soltanto la nullità del contratto derivante dalla mancanza o dall'illiceità della causa, ma anche l'esclusione della protezione giuridica di atti negoziali a prescindere dal riscontro e dalla valutazione del fondamento giustificativo.

Il principio del consenso traslativo³⁹ ha realizzato la compenetrazione dell'atto traslativo con il contratto consensuale di modo che il contratto, oltre che fornire il titolo, realizza il trasferimento del diritto⁴⁰. Pertanto, il principio di causalità esclude la configurabilità di un negozio recante l'esclusiva funzione di trasferire il diritto da un soggetto all'altro in favore di una pluralità di negozi causali nei quali è proprio l'effetto del passaggio del diritto che si fonde intimamente con la causa in virtù della soccombenza normativa dell'interesse ad una facile e pronta circolazione dei beni sull'esigenza di intrinseca giustificazione degli atti traslativi.

In questa prospettiva, la causa configura uno strumento di controllo dell'operazione negoziale ovvero manifesta «l'ipostatizzazione del giudizio al quale l'ordinamento sottopone il contratto per attribuire ad esso forza di legge, la trasformazione in una "sostanza" [...] dell'apprezzamento cui l'ordinamento subordina la concessione del proprio presidio coercitivo alla pretesa che ciascuna delle parti di un accordo può rivolgere all'altra»⁴¹. Pertanto, la definizione della causa si risolve «(a) nella/e funzione/i alla/e quale/i questo giudizio è deputato, (b) nel/i parametro/i secondo cui questo giudizio deve essere implementato e (c) nella determinazione di quel che secondo tale/i parametro/i deve essere giudicato»⁴².

Tale esito non può discendere dalla mera disposizione dettata in tema di elementi del contratto, ma dipende dal sistema giuridico nel suo complesso e in particolare dal ruolo, storicamente condizionato, ascritto all'autonomia privata. È evidente, pertanto, l'utilizzazione della causa come strumento di controllo con riguardo al titolo che sorregge la costituzione o il trasferimento dei diritti e, dunque, il peculiare ruolo svolto nell'ambito della circolazione dei beni, essendo il requisito causale sempre stato «tendenzialmente l'espressione della connessione tra quella forma di mediazione giuridica che si esprime nel consenso (come tale vincolante) e la circolazione dei beni»⁴³. Il riconoscimento della configurabilità di situazioni nelle quali lo spostamento patrimoniale non si presenta come effetto di un negozio che contenga in sé la causa⁴⁴ ha consentito il superamento della ricorrente

³⁷ V. C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, rist. 2010, *passim*.

³⁸ V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 322 ss.

³⁹ In argomento v., per tutti, P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, p. 7 ss., p. 17 ss.; E. FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 3 ss., p. 7 e p. 65 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in E. GABRIELLI e F. GAZZONI, *Trattato sulla trascrizione*, 1, Milano, 2012, p. 1 ss.

⁴⁰ Sul superamento della scissione romanistica tra *titulus* e *modus acquirendi* v., in particolare, F. GAZZONI, *Il contratto preliminare*, Torino, 2010, p. 1 ss.

⁴¹ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 146.

⁴² M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 147.

⁴³ A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.* Treccani, VI, Milano, 1988, p. 3.

⁴⁴ M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 556.



considerazione della tipicità delle cause negoziali traslative⁴⁵, la correlata affermazione dell'ammissibilità di negozi traslativi atipici purché sorretti da causa lecita⁴⁶ e l'ammissibilità di una scissione tra atto traslativo e contratto obbligatorio che programma il trasferimento, con la conseguente possibilità di rinvenire il fondamento giustificativo dell'atto fuori di esso e precisamente nell'obbligazione di cui l'atto costituisce adempimento⁴⁷.

L'assunzione del principio di causalità negoziale prospetta un sistema che offre una maggiore tutela alle parti piuttosto che ai terzi, sì che la rimozione della causa dal vocabolario del sistema ordinamentale non oblitera la scelta del peculiare regime della circolazione della ricchezza: ancorché non ricondotte nell'alveo della causa (ma dell'oggetto, della c.d. nullità virtuale) le inadeguatezze funzionali dell'atto comunque sono opponibili ai terzi.

4. Il riconoscimento del principio di causalità negoziale non è accompagnato dall'univoca identificazione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, della causa del contratto.

L'assenza di una concezione unitaria dipende essenzialmente dalla circostanza che la causa non si risolve, come sembra desumersi dalla previsione dell'art. 1325 c.c., in un elemento strutturale della fattispecie negoziale, concepibile esclusivamente in termini di "elemento essenziale" e come tale scarsamente permeabile a dati che non possano rintracciarsi nell'ambito della "struttura" dell'atto di autonomia.

La complessità dell'ordinamento e la diffusa esigenza di adeguare le decisioni ai casi concreti prospettano la necessità di valorizzare, attraverso il riscontro e la valutazione degli interessi in gioco, le peculiarità che contraddistinguono e rendono "irripetibile" ogni atto di autonomia negoziale e, altresì, impongono di ravvisare nella causa un *quid* che "illumina" il contratto nella dimensione di valore, cioè di regolamento di interessi, e che costituisce un "elemento" idoneo a riflettere le tensioni dei contraenti nei riguardi di certi risultati, vale a dire i concreti interessi alla realizzazione dei quali i negozi sono diretti e che, in quanto tali, non sono confinabili nella prospettiva meramente strutturale⁴⁸.

L'identificazione della causa ha configurato il terreno di scontro di opposti modi di intendere l'autonomia negoziale rispetto al sistema ordinamentale. La dottrina ha discusso sulla sufficienza della realizzazione, da parte dell'atto di autonomia, di interessi leciti ovvero della necessità dell'attuazione dei principi fondanti. In questa direzione, l'elaborazione dottrinale della causa ha finito con l'esprimere il ruolo dell'atto di autonomia nel sistema. Ciò

⁴⁵ S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile (Saggi)*, Milano, 1951, p. 268; P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 24 ss.

⁴⁶ Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, p. 1836 ss.; Cass., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Giust. civ.*, I, p. 2895, con nota di F. GAZZONI, *Babbo Natale e l'obbligo di dare*, *ivi*, p. 2896 ss.; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Corr. giur.*, 1988, p. 144, con nota di V. MARICONDA, *Articolo 1333 c.c. e trasferimenti immobiliari*, A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 233 ss.; *ID.*, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, *passim*.

⁴⁷ A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, p. 6. Sulla derogabilità dell'art. 1376 c.c. v., in particolare, V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 484 ss.; G. D'AMICO, *La compravendita*, I, in *Tratt. dir. civ.* CCN diretto da P. Perlingieri, I, Napoli 2013, p. 228 ss.; F. ADDIS, *Potere di disposizione e regole di circolazione dei beni*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 260 ss.

⁴⁸ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, cit., p. 488 s.



spiega la presenza di una pluralità di ricostruzioni, distanti nei presupposti culturali ed ideologici, che hanno identificato la causa nella “funzione economico-sociale”⁴⁹, nella “sintesi degli effetti essenziali”⁵⁰, nella “funzione economico-individuale”⁵¹, ovvero l’hanno ricondotta, con formulazioni non idonee a ricomprendere tutti gli atti di autonomia negoziale, nell’alveo della “giustificazione dello spostamento patrimoniale”⁵² o nel “rapporto fondamentale” sottostante ad un determinato atto di autoregolamentazione.

Le notevoli trasformazioni che si sono verificate nell’ambito delle c.dd. fonti del diritto e la crescente utilizzazione giurisprudenziale dei principi generali attenuano l’utilità di una valutazione diacronica dell’incidenza dell’elaborazione degli studiosi del diritto civile sulla giurisprudenza. Molti orientamenti dottrinali, infatti, si sono sviluppati in un contesto ordinamentale non omogeneo rispetto all’attuale, sì che appare più proficuo mettere in evidenza le esigenze che l’elaborazione dottrinale ha considerato, piuttosto che rappresentarne gli esiti ricostruttivi e verificarne l’impatto nel tempo attuale. Né ha molto senso censurare l’utilizzazione attuale della funzione economico-sociale o della sintesi degli effetti giuridici essenziali: si tratta di formule storicamente condizionate che, nelle attuali applicazioni, non possono non essere abusate e piegate a finalità diverse da quelle ad esse ascritte dalle originarie narrazioni.

È sufficiente pensare che, con riferimento ad un ordinamento fondato sul libero scambio e sul dogma della volontà, la causa – intesa quale funzione economico-sociale – impedisce il ricorso al contratto per scopi futili e marginali e, nel contempo, prospetta una sorta di coincidenza della logica della volontà con la logica del mercato, imponendo allo scambio dei consensi il contestuale scambio in senso economico al fine di assicurare il controllo della razionalità mercantile⁵³. La funzione economico-sociale postula l’antecedenza dell’ordine sociale su quello giuridico là dove esige che le funzioni debbano essere stabili con conseguente limite dell’autonomia privata in difetto di una funzione socialmente tipica.

La causa – quale sintesi degli effetti giuridici essenziali – è servita a condurre la qualificazione del contratto esclusivamente nell’alveo del diritto. Tale esigenza appare accantonata nel tempo attuale dove l’economia, la tecnologia e le altre sfere sociali hanno sviluppato, nello specifico avanzare verso la globalizzazione, un enorme fabbisogno normativo che, lungi dall’essere soddisfatto da istituzioni nazionali o internazionali, ravvisa al proprio interno un’immediata risposta giuridica, mostrando così l’idoneità dei regimi privati globali alla produzione di un diritto che si rivolge sempre meno allo Stato, alla legislazione nazionale e ai trattati internazionali⁵⁴. In altri termini, le dinamiche del mercato globale hanno spezzato le anguste forme del diritto nazionale e hanno sospinto il riconoscimento di un diritto

⁴⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1960, XV, 2, p. 172 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 128 s.

⁵⁰ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 75 ss.

⁵¹ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 355 ss.

⁵² M. GIORGIANNI, *Causa*, cit., p. 565 ss.

⁵³ Così M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 155 s.

⁵⁴ Così G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID., *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione*, trad. it. a cura di R. Prandini, Roma, 2005, p. 60.



globale non statale⁵⁵ anche in ragione di una incontrollabile proliferazione di regolamenti privati, accordi e soluzioni di contenziosi.

La causa – intesa come funzione economica individuale⁵⁶ – è stata orientata alla considerazione del contratto quale luogo di realizzazione di interessi individuali dinanzi all'incipiente pericolo di funzionalizzazione desumibile anche dalla proposta di applicazione diretta dei principi costituzionali⁵⁷ che iniziava a diffondersi negli anni dell'originaria formulazione.

In questa direzione, è palese il mero valore verbale dell'evocazione delle riferite definizioni della causa, giacché le originarie funzioni ad esse ascritte non possono permanere in presenza di significative trasformazioni dell'ordinamento.

La funzione economico-sociale – in un ordinamento che riconosce l'applicazione diretta dei principi generali e in particolare di quelli costituzionali – non rimuove soltanto interessi futili e capricciosi, ma, sganciandosi dall'originaria ricostruzione, giustifica la c.d. funzionalizzazione del contratto e la conseguente conformazione della autonomia contrattuale. Tale ricostruzione, insomma, attribuisce una funzione diversa da quella originaria quando l'ordinamento giuridico non si abbandona al mercato e, se riferita ad un sistema liberista, non porta con sé nulla di diverso dalla ragione utilitaria, là dove, sulla base della valorizzazione dei principi fondanti il sistema ordinamentale, postula la necessità dell'utilità sociale.

Esemplare è la vicenda della causa concreta che – innestata sulla causa come funzione economico-individuale al fine di ravvisare nel contratto lo strumento di attuazione di interessi individuali ed escludere qualsiasi funzionalizzazione – oggi costituisce uno strumento imprescindibile per la concreta operatività dei principi costituzionali nella disciplina dei contratti. C'è una qualche ironia in questa vicenda, giacché l'esito di un orientamento dottrinale originato dalla contestazione della funzionalizzazione del contratto si trasforma nello strumento che consente alla giurisprudenza di assicurare la funzionalizzazione.

Da un lato, il riconoscimento giurisprudenziale del valore normativo dei principi espone la disciplina del contratto alla costituzione anche mediante il controllo – demandato essenzialmente alla funzione giurisdizionale – sulla conformità dell'esercizio del potere di autonomia privata ai principi costituzionali, mettendo in discussione l'esclusiva ascrivibilità ai dispositivi introdotti con la legge ordinaria del bilanciamento con gli interessi in senso

⁵⁵ G. TEUBNER, *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., p. 18.

⁵⁶ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 249 ss. e spec. p. 254-258 ss.

⁵⁷ Eloquente la censura di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 171 s., nei confronti di chi «sostiene, con generica approssimazione, che la Carta Costituzionale ha contribuito a porre nuovi limiti all'autonomia privata» osservando che «a parte che le norme costituzionali, a causa della loro stessa genesi, sono disponibili per le più diverse interpretazioni e possono essere ugualmente utilizzate, sia in una prospettiva politica *whig*, che in una prospettiva politica *tory*; pur senza volere negare rilievo a quelle tendenze sociali che hanno caratterizzato le moderne legislazioni, e che trovano più d'uno spunto nella costituzione, talune posizioni che finiscono, più o meno direttamente, per considerare il diritto civile come “un museo di antichità”, sembrano riposare, più che su una spassionata lettura della Carta costituzionale, sull'idea, un tempo estranea agli studi giuridici, di dover tenere dietro alla prassi politica corrente e di doverne interpretare le direttive».



ampio sociali protetti dalla Costituzione. Dall'altro, la c.d. crisi della fattispecie⁵⁸ sollecita la prospettazione della causa (non come funzione oggettiva e tipica, ma) come funzione individuale e concreta, giacché la sottoposizione al giudice attiene alla rappresentazione di «operazioni economiche», intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese e non di casi sempre riconducibili ad una fattispecie normativa⁵⁹.

In altri termini, la giurisprudenza ha prestato ossequio alla funzione economico-sociale fino a quando non ha mutato il proprio ruolo nell'ordinamento in virtù di una funzione nomofilattica che prospetta un grado di vincolatività del precedente giudiziario, in termini compatibili con gli ordinamenti di *civil law*, strumento indispensabile e insostituibile di semplificazione della crescente complessità del sistema giuridico⁶⁰. Nel mutato contesto, la giurisprudenza ha utilizzato la causa concreta non orientandola esclusivamente all'affermazione del contratto quale modalità di attuazione di interessi individuali ma, al contrario, al fine di recuperare le peculiarità del concreto regolamento per consentire il controllo di conformità ai principi costituzionali della singola specifica e irripetibile manifestazione di autonomia privata.

5. La formula della causa quale «sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, al di là del modello, anche tipico, adoperato»⁶¹, è presente in modo sempre più pervasivo nelle motivazioni di molte sentenze di merito e di legittimità⁶². Nella corrente elaborazione della giurisprudenza, la causa non soltanto risorge, ma attinge, dopo il lungo arroccamento sulla funzione economico-sociale⁶³, nuova linfa dalla causa concreta, mostrando, almeno sotto il profilo della formulazione linguistica, un significativo mutamento di paradigma⁶⁴.

⁵⁸ V., in particolare, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss.; ID., *Nómos e lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, *ivi*, 2016, p. 589 ss.; ID., *Sulla "positività ermeneutica" (per Vincenzo Scalisi)*, *ivi*, 2016, p. 923 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 110 ss.; G. FILANTI, *Valori, principi, fattispecie*, in *juscivile.it*, 2015, 12, p. 720 ss.

⁵⁹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43.

⁶⁰ Così A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., in corso di pubblicazione.

⁶¹ È l'espressione utilizzata da Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 299 ss., e in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, cit., p. 212 ss., con nota di O. CLARIZIA, *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*, *ivi*, p. 411 ss.; come anche da Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 513 (con nota di P. PERLINGIERI, *L'onnipresente art 2059 c.c. e la "tipicità" del danno alla persona*), quale modalità di individuazione degli interessi non patrimoniali risarcibili.

⁶² Così V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 958.

⁶³ V., in particolare, Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 734 ss.; Cass., 13 gennaio 1995, n. 367, in *Notariato*, 1995, p. 453 ss.; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Arch. civ.*, 2004, p. 238 ss.

⁶⁴ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43, riconduce la prospettazione della causa (non come funzione oggettiva e tipica, ma) come funzione individuale e concreta al fenomeno caratterizzato dalla mancata esposizione al giudice di eventi riducibili a casi, «stati di fatto contrari al diritto» e perciò destinati al confronto con stati di fatto previsti dal diritto, in favore della rappresentazione di «operazioni economiche», posizioni esistenziali (il nascere e il morire), intrecci o grovigli di interessi e bisogni e attese.



Fermo restando la distanza esistente tra le ricostruzioni della causa in senso oggettivo⁶⁵ e quelle rivolte a cogliere il concreto interesse perseguito dai contraenti⁶⁶, si deve riconoscere che anche le teorie c.dd. oggettive hanno tentato di soddisfare l'esigenza di relativizzazione dell'operazione negoziale mediante l'individuazione dello specifico valore che un determinato contratto, considerato nel suo concreto atteggiarsi, assume per le parti.

Nel lungo periodo di indiscussa sottomissione alla funzione economico-sociale, la giurisprudenza ha sempre provato ad adeguare la regola del caso concreto agli interessi perseguiti dai contraenti. Nonostante l'ossequio alla formula della funzione economico-sociale e la sostanziale identificazione della causa con il tipo⁶⁷, sono stati costantemente impiegati strumenti di "correzione" della riferita ricostruzione della causa al fine di superarne l'impermeabilità alla peculiare ragione dell'operazione contrattuale.

La consapevolezza dell'insufficienza della c.d. ricostruzione oggettiva della causa – necessitata dalle previsioni della frode alla legge⁶⁸ e dell'art. 1345 c.c. che hanno indotto a guardare alla causa concreta, in funzione della repressione dei contratti illeciti, come scoperta dell'acqua calda⁶⁹ – è stata espressa mediante la messa in evidenza dell'utilizzazione strumentale, e non finale, di un dato contratto tipico e la relativa elaborazione del negozio indiretto⁷⁰ che, di là dalla funzione economico-sociale, ha consentito di chiarire il significato concreto dell'operazione, nonché di valutarne, in termini più aderenti alla realtà, la conformità rispetto all'ordinamento e di individuarne la disciplina più adeguata.

Se si tenta di isolare il problema giuridico ovvero il tipo di problema conoscitivo sotteso alla costruzione del negozio giuridico c.d. indiretto, la relativa elaborazione mette in evidenza una prospettiva relativizzante dei problemi pratici al fine di una individuazione del concreto regolamento contrattuale in modo coerente con gli interessi messi in evidenza

⁶⁵ Sulla causa come funzione economico-sociale v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 172 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 128 s. Sulla ricostruzione come "sintesi degli effetti essenziali" v. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 75 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 62.

⁶⁶ In questa direzione, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 355 ss.

⁶⁷ Sui rapporti tra causa e tipo, v., in particolare, G. ALPA, *La causa e il tipo*, cit., p. 575; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 7 ss.; G.B. FERRI, *op. ult. cit. passim*. In particolare G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974 p. 7 ss., contesta che il problema della causa abbia assorbito quello del tipo, giacché i tentativi di individuare l'elemento caratterizzante il tipo hanno contribuito all'elaborazione delle due varianti più significative della concezione oggettiva: quella della causa come funzione e quella della causa come contenuto essenziale del contratto (*ivi*, p. 60).

⁶⁸ C. CAMARDI, *Collegamento negoziale e contratto in frode alla legge. Un classico alla prova di esperienze recenti*, in *Contratti*, 2011, p. 1044 ss.

⁶⁹ V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., p. 974.

⁷⁰ Sul negozio indiretto v., in particolare, T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi per Vivante*, I, Roma, 1931, p. 235 s., con il titolo *Il negozio indiretto*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 3 ss.; C.M. BIANCA, *Divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 177; L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 25 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 403 ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1962, p. 105; A. AURICCHIO, *Negozio indiretto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1965, XI, p. 221 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 343; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, p. 29 ss.; G. SCALFI, *Negozio indiretto*, in *Enc. giur.* Treccani, XX, Roma, 1990; M. DI PAOLO, *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 124; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 1, Torino, 1993, p. 58 ss.



nell'atto. Il negozio indiretto, insomma, ha sicuramente «fotografato» il decadere dello scopo tipico per il quale era originariamente sorto un determinato atto negoziale, rappresentando, conseguentemente, l'utilizzazione di figure giuridiche formali per la realizzazione di scopi nuovi e diversi rispetto a quelli per i quali erano state originariamente concepite e offrendosi quale strumento per evitare, in virtù dell'utilizzazione di una categoria dogmatica di risalente tradizione, il riconoscimento della necessità del superamento della tecnica della sussunzione⁷¹ nel consentire l'applicazione sia della disciplina del negozio adottato sia della regolamentazione dettata per il concreto interesse perseguito.

L'esigenza di una prospettiva relativizzante – dettata dall'insufficienza della causa come funzione economico-sociale – è mostrata con chiarezza anche dalla duplicazione giurisprudenziale della causa in astratto e concreta⁷², per tacere dell'elaborazione in tema di collegamento negoziale⁷³, luogo naturale della causa concreta, ovvero della presupposizione⁷⁴ che, ancorché ne sia sovente esclusa la rilevanza causale, impone comunque, ai fini della sua corretta individuazione, la ricognizione dell'interesse perseguito dai contraenti.

Oggi la specifica giustificazione del contratto assume rilevanza causale mediante la formula della 'causa concreta', ma non può sostenersi che in precedenza sia stata ignorata, sì che il passaggio giurisprudenziale dalla funzione economico-sociale alla causa concreta – esclusivamente sotto il profilo della considerazione della ragione dell'affare – non può essere sopravvalutato, fermo restando l'inconciliabilità delle opposte concezioni dell'autonomia negoziale che hanno originato le diverse formulazioni della causa⁷⁵.

Come rilevato in precedenza, i significativi mutamenti normativi impediscono la rievocazione di orientamenti strettamente connessi alle peculiarità del sistema nel quale si sono sviluppati e assolutamente inconferenti in un ordinamento caratterizzato da una Costituzione rigida, dalla maggiore consistenza dell'applicazione giurisprudenziale dei principi, costituzionali, europei e internazionali⁷⁶ e dal ruolo sempre più incisivo e determinante che ha assunto il momento giurisprudenziale nell'esperienza del diritto che, come è stato rilevato, impone di riconoscere che la giurisprudenza è fonte del diritto, anzi probabilmente la principale delle fonti⁷⁷.

Qualora si intenda ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto di autonomia, l'indagine non può che rivolgersi alla causa, che, in quanto tale racchiude, tra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili, quelli che acquistano concreta e specifica consi-

⁷¹ Così A. FEDERICO, *Artt. 1343-1345 c.c.*, in G. PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV, *Delle Obbligazioni*, I (art. 1173-1536), Napoli, 2010, p. 573 ss.

⁷² Cass., Sez. un., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1085; Cass., 28 gennaio 1983, n. 808, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 157; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969, in *Contratti*, 2008, p. 33 ss.

⁷³ Sul collegamento negoziale v., per tutti, G. FERRANDO, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 233 ss.; cfr. F. MAISTO, *Il collegamento volontario tra contratti nel sistema dell'ordinamento giuridico*, Napoli, 2000, p. 13 s.; R. SACCO, *Contratto collegato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., agg.*, Torino, 2011, p. 238 ss.

⁷⁴ Cfr. G.B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 331 ss.

⁷⁵ In argomento, v., per tutti, G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 52 ss.; G.B. FERRI, *Le stagioni del contratto e le idee di Guido Alpa*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 205 ss.

⁷⁶ Cfr. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, c. 141; Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit., p. 992; Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, in *Foro it.*, 2011, I, c. 394; Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit., p. 1295.

⁷⁷ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 177 ss.



stenza e confluiscono in essa, *rectius* ne restano assorbiti⁷⁸. Come è stato dimostrato⁷⁹, la causa – intesa come funzione economico-individuale – da un lato, è l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi (primari o secondari che siano) della complessa ed articolata struttura della regola privata che il contratto esprime; dall'altro, dinanzi alla regolamentazione prospettata dal contratto, costituisce l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che le parti del contratto intendono perseguire.

La riferita inclinazione della causa concreta alla rappresentazione della dimensione razionale e ragionevole della regola contrattuale – mediante la quale le parti hanno disciplinato specifici e concreti interessi⁸⁰ – ne rende estremamente delicata l'utilizzazione, perché impone di valutare, come è evidente, l'interesse in concreto con riguardo ad una specifica operazione contrattuale.

Tale interesse, tuttavia, non può essere oggetto di conoscenza razionale a prescindere dalla ricognizione degli effetti giuridici del contratto, giacché esso non si regge da solo, ma relativizza gli effetti giuridici del concreto negozio⁸¹; vale a dire, gli effetti giuridici sono “colorati” dai concreti interessi che l'operazione è diretta a realizzare, i quali non possono essere precisati in difetto della contestuale individuazione degli effetti, anche quelli legali, perché la qualificazione non può essere operata soltanto con riguardo agli elementi indicati dalle parti, ma anche sulla base di quelli posti da fonti diverse che partecipano alla costruzione del regolamento contrattuale⁸².

La causa concreta non si risolve nella mera messa in evidenza dell'interesse perseguito dai contraenti. Qualora il medesimo interesse sia realizzato attraverso effetti giuridici diversi non può essere affermata l'identità causale delle distinte operazioni negoziali, giacché la diversità degli effetti mostra un peculiare profilo funzionale non oscurabile dall'isolamento dell'interesse e dall'affermazione della idoneità ad essere soddisfatto da parte di differenti effetti giuridici, a meno di voler attribuire all'interesse una consistenza ontologica che non può essere ravvisata a prescindere dall'intervento dell'ordinamento giuridico: oggetto della valutazione, dunque, non sono soltanto gli interessi dedotti dai contraenti, ma il concreto significato degli effetti giuridici come relativizzato dagli interessi perseguiti dalle parti⁸³.

In questa direzione, sono evidenti le difficoltà e i pericoli insiti nell'utilizzo della causa come sintesi degli interessi reali: ora si può scadere nella considerazione esclusiva dell'interesse concreto⁸⁴, con astrazione dagli effetti giuridici, e la conseguente errata individuazione della causa ne determina la dissoluzione in una mera formula suscettibile di giusti-

⁷⁸ C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 236 ss.

⁷⁹ G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la causa del contratto*, cit., p. 459.

⁸⁰ L'evoluzione dell'elaborazione della causa dimostra che qualora si intenda ricercare l'interesse alla base del compimento dell'atto di autonomia, l'indagine non può che rivolgersi alla causa, che in quanto tale racchiude, tra i molteplici interessi astrattamente ipotizzabili, quelli che acquistano concreta e specifica consistenza e confluiscono nella causa negoziale, *rectius* ne restano assorbiti (così C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, cit., p. 236 ss.).

⁸¹ P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Causa*, cit., p. 488 ss.

⁸² In questa direzione, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 236 ss. V., altresì, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, Napoli, 1985, p. 189 ss., p. 218 ss.

⁸³ Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 589 ss.

⁸⁴ Così A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, cit., p. 33 .



ficare soluzioni esclusivamente fondate sulla precomprensione⁸⁵; ora si può cedere all'eccessiva valutazione dello schema dell'operazione posta in essere – con contestuale sostanziale riduzione della causa al tipo, nonostante la formula della funzione economico-individuale – e alla conseguente ascrizione alla causa di connotati che attengono allo schema dell'operazione posta in essere dai contraenti⁸⁶.

Oggi è necessaria l'obliterazione della complessità dogmatica di un concetto caratterizzato da una pluralità di volti e dalla molteplicità dei problemi giuridici sottesi con la contestuale messa in evidenza dell'esigenza di superare gli equivoci sollevati dalle diffuse dicotomie: tra nozione oggettiva e soggettiva, astratta e tipizzante, da un lato, concreta e attenta alle peculiarità dello specifico atto di autonomia, dall'altro; tra valutazione del contratto dal punto di vista dei contraenti ovvero dal punto di vista dell'ordinamento⁸⁷. A differenza delle tradizionali rappresentazioni⁸⁸, tali contrapposizioni non sono mai state delineate in termini così netti giacché spesso si sono poste quali vere e proprie distinzioni di maniera.

6. L'approdo della giurisprudenza alla causa concreta è contestuale alla diffusione delle nuove tecnologie che, al contrario, sembrano ostacolare l'emersione dei concreti interessi nell'ambito del regolamento contrattuale.

Il riferimento non è alla riproposizione – dinanzi ai fattori di trasformazione normativi, sociali, economici, culturali, tecnologici – dell'antico e mai sopito dibattito sul ruolo dell'accordo nel fenomeno contrattuale. La configurazione di scambi senza accordo⁸⁹, l'interrogativo sulla disumanizzazione del contratto⁹⁰, infatti, costituiscono la moderna ambientazione di un tema sempre presente nell'elaborazione della civilistica italiana, sí che, pur arricchendo la posizione del relativo tipo di problema, non consentono di enucleare una questione riferibile esclusivamente al moderno paradigma contrattuale perché si traducono nella riproposizione, dettata dallo sviluppo della tecnica, del dibattito sull'essenzialità dell'accordo⁹¹.

Le peculiari modalità di conclusione del contratto sovente impediscono la messa in evidenza degli interessi dei contraenti, precludendo, da un lato, la relativizzazione dell'operazione negoziale posta in essere mediante l'individuazione della specifica ragione

⁸⁵ Secondo M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, p. 139, la causa sembra aver assunto il ruolo di un *escamotage* pratico che il giudice riscopre ed utilizza *ad libitum* per riportare l'equità nel caso concreto.

⁸⁶ A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, cit., p. 33.

⁸⁷ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 26, osserva che la causa oggettiva e la causa soggettiva esprimono la necessità di considerare i sacrifici e i vantaggi affidati dalle parti alla conclusione del contratto da due distinti punti di vista così prospettando un duplice giudizio inteso a vagliarne la virtuale ragionevolezza e la concreta esistenza/attuabilità.

⁸⁸ Dalle quali, tuttavia, occorre «disancorarsi [...], verificarne la relatività e storicità» in quanto «antichi dogmi»: così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 129.

⁸⁹ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 347 ss.

⁹⁰ G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss. Cfr. N. IRTI, *«È vero, ma ... (Replia a Giorgio Oppò)»*, *ivi*, 1999, I, p. 273 ss.

⁹¹ Cfr. F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 655 ss.



dell'affare, imponendo, dall'altro, di ricondurre il profilo funzionale all'interesse normalmente ascritto al tipo contrattuale nell'alveo del quale è riconducibile il contratto.

Con specifico riferimento ai contratti in via telematica ovvero agli *smart contracts*⁹², spesso è esclusa l'emersione della ragione concreta dell'affare, giacché le specifiche modalità di formazione impediscono la rappresentazione degli interessi perseguiti dai contraenti, come risulta dal rilievo che il contraente si limita a manifestare il consenso attraverso un semplice clic.

Del pari, l'esecuzione del contratto è suscettibile di essere depurata dai concreti interessi mediante la traduzione dei regolamenti contrattuali in programmi informatici che ne consentono l'autoesecuzione, applicandone le clausole pattuite, eseguendone le prestazioni, ecc.

In definitiva, la considerazione dell'interesse concreto può avvenire esclusivamente nei casi in cui le modalità di formazione del contratto e/o la specifica operazione contrattuale non impediscano la messa in evidenza della concreta ragione dell'affare⁹³.

7. Tale conclusione rafforza la connessione della diffusione giurisprudenziale della causa concreta con l'applicazione dei principi generali. Lungi dall'essere evocata dalla crescente emersione degli interessi concreti, la causa concreta costituisce il mezzo per la verifica della conformità del contratto ai principi fondamentali racchiusi nella Costituzione.

Eloquente è la recente affermazione⁹⁴ in forza della quale «[l']immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII *ad edictum*, ovvero *non omne quod licet, honestum est* (Dig., 50, XVII, 144)».

Il riferito orientamento affonda le radici in precedenti decisioni giurisprudenziali. La Corte di Cassazione, infatti, ha escluso la meritevolezza di tutela della clausola, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, che imponeva al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per fatto imputabile alla p.a. concedente, per contrarietà al principio di cui all'art. 41, comma 2, cost.⁹⁵; della clausola, inserita in un mutuo di scopo per l'acquisto di un bene materiale, che obbligava il mutuante al pagamento delle rate anche nel caso di mancata consegna del bene da parte del venditore⁹⁶; della clausola contrattuale che vietava al conduttore di ospitare sta-

⁹² Sugli *smart contracts* v. N. SZABO, *The idea of Smart Contracts*, in <http://szabo.best.vwh.net/idea.html>; D. DI SABATO, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 386 ss.; P. CUCCURU, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 107 ss.; M. L. PERUGINI e P. DAL CHECCO, *Introduzione agli Smart Contract*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2729545; D. DI MAIO e G. RINALDI, *Blockchain e la rivoluzione legale degli Smart Contracts*, in <http://www.dirittobancario.it>

⁹³ Così A. FEDERICO, *L'uso giurisprudenziale della causa concreta*, cit., spec. p. 47 ss.

⁹⁴ Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Contratti*, 2017, p. 383 ss., in part. p. 385, tuttavia con nota critica di U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, *ivi*, p. 387 ss.

⁹⁵ Cass., Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit., c. 2007 ss.

⁹⁶ Cass., 19 luglio 2012, n. 12454, cit., p. 993 ss.



bilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, in quanto contrastante coi doveri di solidarietà⁹⁷; della clausola *claims made* inserita nel contratto di assicurazione stipulato⁹⁸. Del pari immeritevole è stato considerato il contratto finanziario che addossava alla banca vantaggi certi e garantiti ed al risparmiatore non garantiva alcuna certa prospettiva di lucro (è la nota vicenda del contratto “Myway”, che prevedeva l’acquisto di prodotti finanziari, emessi da una banca, mediante un mutuo erogato dalla stessa banca, e poi costituiti in pegno a garanzia del mancato rimborso del finanziamento⁹⁹; il contratto atipico stipulato tra farmacisti, in virtù del quale gli aderenti si obbligavano a non aprire al pubblico il proprio esercizio commerciale nel giorno di sabato, in quanto contrastante con la «effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato»¹⁰⁰; il contratto fiduciario in virtù del quale ad una banca, presso cui il cliente aveva depositato somme di denaro su un libretto di risparmio ed aperto un conto corrente, di compensare l’attivo del primo con il passivo del secondo¹⁰¹; il patto parasociale in virtù del quale i soci firmatari si obbligavano, in occasione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori e dei sindaci, a votare in conformità alle indicazioni formulate da uno di essi¹⁰². Né può tacersi del potere di ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva¹⁰³ sulla base del rilievo che l’autonomia negoziale delle parti è circoscritta entro il limite della meritevolezza, travalicato il quale l’ordinamento nega la tutela.

Le predette decisioni consentono di affermare che la giurisprudenza reputa immeritevoli, ai sensi dell’art. 1322, comma 2, c.c., contratti o patti contrattuali che, ancorché formalmente rispettosi della legge, hanno quale scopo o effetto l’iscrizione, ad una delle parti, di un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l’altra; l’attribuzione ad una delle parti di una posizione di indeterminata soggezione rispetto all’altra; la sollecitazione di una delle parti al compimento di condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

L’orientamento giurisprudenziale in esame sanziona il contratto atipico non meritevole di tutela *ex art.* 1322, comma 2, c.c., con l’inefficacia, anziché la nullità, là dove il contratto tipico con clausola atipica non meritevole di tutela è esposto alla nullità della clausola con la conseguente possibilità di sostituzione automatica *ex art.* 1339 c.c. Fermo restando l’evidente fragilità della separazione tra contratto atipico e contratto tipico con clausola atipica, anche in ragione del carattere meramente descrittivo della distinzione tra tipicità e ati-

⁹⁷ Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit., p. 992 ss. In maniera conforme Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit., p. 1295 ss.

⁹⁸ Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Corr. giur.*, 2016, p. 921 ss., con note *ex multis* di: R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, *ivi*, p. 927 ss.; P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle sezioni unite: un’analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 656 ss.; M. GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni unite*, in *Danno resp.*, 2016, p. 935 ss.; R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, e B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle sezioni unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016, I, rispettivamente cc. 2026 ss., 2032 ss. e 2036 ss.

⁹⁹ *Ex aliis*, Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, cit., p. 725 ss.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, cit., p. 137 ss.

¹⁰⁰ Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080, cit., p. 1296.

¹⁰¹ Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, cit., p. 2481.

¹⁰² Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, cit.

¹⁰³ Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., p. 13 ss.



picità¹⁰⁴, il ricorso al controllo di meritevolezza e alla conseguente sanzione di inefficacia costituiscono un evidente espediente al quale approda il pragmatismo giurisprudenziale per eludere il riconoscimento del valore normativo dei principi generali e l'elevazione dei medesimi a parametro della liceità ovvero della meritevolezza di tutela e della conseguente nullità *ex art. 1343*, ovvero *ex art. 1418*, comma 1, c.c. derivante dalla violazione di norma imperativa (art. 1322, comma 2, c.c.), nonché della rilevabilità di ufficio.

L'alternativa è evidente. I principi generali contengono contenuti normativi tali da configurare parametri di riferimento in sede di controllo degli atti di autonomia, con la conseguente nullità del contratto in caso di violazione, ovvero non recano contenuti normativi suscettibili di conoscenza razionale, sì che non possono neanche incidere sull'efficacia dei contratti. Se la differenza tra regole e principi non è suscettibile di essere posta in termini incontrovertibili, scarso rilievo assume la generale contestazione dell'idoneità dei "principi" a costituire norma suscettibile di determinare l'illiceità della causa o dell'oggetto del contratto, la nullità c.d. virtuale *ex art. 1418*, comma 1, c.c., l'integrazione del contratto¹⁰⁵. Le norme giuridiche indicate come principi ora possono configurare una norma imperativa, ora sono suscettibili di inclusione nell'ordine pubblico, ora possono fondare l'argomentazione a sostegno dell'interpretazione tradizionalmente indicata come applicazione analogica, ora permettono l'individuazione della norma ricollegabile ad una disposizione normativa suscettibile di una pluralità di interpretazioni. Fermo restando l'opinabilità della diffusa generalizzazione secondo la quale l'uso dei principi comporta la creazione di una nuova regola da parte dell'interprete, giacché l'operatività del principio sovente estende l'applicazione di una regola posta dal legislatore ad ipotesi non espressamente considerate, è possibile contestare la fondatezza dei riferiti possibili valori normativi soltanto con specifico riferimento ad un determinato principio¹⁰⁶.

Il tempo attuale non impone di congedarci dalla causa ma dalle narrazioni ideologicamente condizionate che, non più ancorate agli originari riferimenti normativi, hanno smarrito ogni giustificazione a séguito delle trasformazioni del sistema ordinamentale. Oggi è necessario verificare l'idoneità della causa all'assunzione del ruolo di strumento di controllo del contratto in sede di circolazione della ricchezza, sì che riveste scarso interesse la discussione nominalistica sulla riconduzione nell'alveo della funzione economico-sociale ovvero economico-individuale, anche in considerazione del rilievo che il legislatore non ha più il monopolio della produzione del diritto e l'autonomia negoziale investe quasi tutti i rapporti e ogni realtà ideale e fisica è suscettibile di essere disciplinata da contratti.

In tale contesto, il confronto dialettico sulla funzionalizzazione o meno del contratto appare un paradigma del mondo di ieri che oscura il reale problema, vale a dire il valore

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *In tema di tipicità e atipicità dei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 389 ss. Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 165 ss. In questo superamento si rivela «utile» la ragionevolezza: in tal senso, cfr. G. PERLINGIERI, *Sul criterio della ragionevolezza*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 55; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 91 ss.; ID., *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 *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 529 ss.

¹⁰⁵ Su tali questioni v., in particolare, E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in F. VOLPE, *Correzione e integrazione del contratto*, Bologna, 2016, p. 5 ss.

¹⁰⁶ Sia consentito rinviare a A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, in corso di pubblicazione.



normativo dei principi generali. La funzionalizzazione del contratto, infatti, non comporta l'attuazione di interessi diversi da quelli dei contraenti ma impone la selezione delle regole contrattuali conformi ai principi generali posti a base del sistema ordinamentale.

La contrapposizione, infatti, si pone tra coloro che escludono il valore normativo dei principi e la possibile operatività quale parametro di controllo e chi, riconoscendone il valore normativo, non si straccia le vesti dinanzi alla nullità del contratto desumibile dalla non conformità ad un principio costituzionale senza la mediazione dell'ordine pubblico e la conseguente applicazione dei principi filtrati dall'elaborazione dogmatica.

I principi sono norme giuridiche ancorché la giurisprudenza, pur desumendone contenuti normativi suscettibili di conoscenza razionale, tenta di evitare la rilevanza di ufficio della nullità derivante dalla violazione dei principi. Il naturale pragmatismo, infatti, sollecita la giurisprudenza a valorizzare la causa concreta allo scopo di consentire il bilanciamento dei principi con il contestuale recupero della meritevolezza al fine di escludere la tutela giuridica di contratti in contrasto con i principi generali.