

Università degli Studi della Calabria
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

XXIII CICLO

TESI DI DOTTORATO

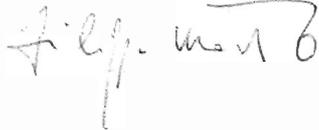
***LA CAUSA TRA TRADIZIONE DOGMATICA
E TENDENZE EVOLUTIVE DEL
CONTRATTO***

S.S.D. IUS/01

Supervisore

Chiar. mo Prof.

FILIPPO MAISTO



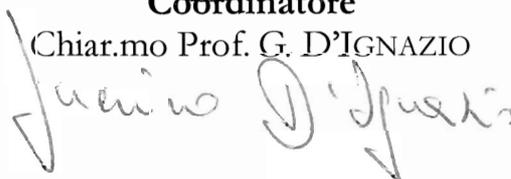
Dottorando

CATALDO CALABRETTA



Coordinatore

Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO



Anno Accademico 2009 – 2010

INDICE	ERRORE. IL SEGNALIBRO NON È DEFINITO.
INTRODUZIONE	2
CAPITOLO PRIMO	11
L'EVOLUZIONE DELLA CAUSA NELLA TRADIZIONE GIURIDICA: DAL DIRITTO ROMANO ALLE RECENTI INNOVAZIONI IN TEMA	11
TRADIZIONE E INNOVAZIONE	11
1.1. ANALISI DELLA NOZIONE DI CAUSA NEL DIRITTO ROMANO.....	11
1.2. L'ISTITUTO DELLA STIPULATIO: DALLE ORIGINI FINO ALLE CATEGORIE DEL DIRITTO INTERMEDIO.	24
1.3. I COMMENTARII JURIS CIVILIS DI FRANCOIS CONNAN E LA TEORIA DEL SINALLAGMA.	36
1.4. L'ELABORAZIONE DEL CONCETTO DI CAUSA NELLA DOTTRINA CIVILISTICA FRANCESE: DOMAT, POTHIER E IL CODE NAPOLEON	54
1.5. VALUTAZIONI CONCLUSIVE TRA DIRITTO ED EVOLUZIONE STORICA: LA CAUSA TRA TRADIZIONE ED INNOVAZIONE.....	67
CAPITOLO SECONDO	79
L'ISTITUTO DELLA CAUSA NEL DIBATTITO DOTTRINALE CIVILISTICO: DALLA SUA NEGAZIONE ALLA CAUSA COME STRUMENTO OPERATIVO DEL NEGOZIO GIURIDICO	79
2.1. PREMessa ED ANALISI DELLE TEORIE ANTICAUSALISTE	79
2.2. LA RINASCITA DEL CONCETTO DI CAUSA NEL CODICE CIVILE DEL 1942.....	89
2.3. L'ISTITUTO DELLA CAUSA COME ELEMENTO PROBLEMatico DEL CONTRATTO: ATTUALE DIBATTITO DOTTRINALE IN TEMA.	99
2.4. L'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA NOZIONE DI CAUSA	109
2.5. ANALISI SULLA DISTINZIONE TRA CAUSA E TIPO.....	119
2.6. I RAPPORTI TRA CAUSA E VOLONTÀ NEGOZIALE	126
2.7. LA GRADUALE ASCESA DELLA CAUSA: DA MERO DOGMA A STRUMENTO OPERATIVO. L'ABANDONO DEL METODO DOGMATICO.	128
2.8. DISTINZIONE TRA CAUSA IN ASTRATTO E CAUSA IN CONCRETO	133
2.9. LA CAUSA COME CLAUSOLA GENERALE DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO: LA CAUSA IN CONCRETO.....	137
INDIVIDUAZIONE ED INDAGINE SULLA CAUSA DELL'ATTO DI TRASFERIMENTO	141
3.1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI: LA CAUSA E L'ATTO DI TRASFERIMENTO.	141
3.2. CAUSA DELL'OBBLIGAZIONE E TRASFERIMENTO.	145
3.3. IN ORIGINE IL CONTRATTO TRASLATIVO TRA CAUSA DEL NEGOZIO E CAUSA DELL'OBBLIGAZIONE.....	147
3.4. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE SULL'ATTO DI TRASFERIMENTO	151
CAPITOLO IV	152
GLI ATTI DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE ART. 2645 TER C.C. E IL PATTO DI FAMIGLIA: PROFILI CAUSALISTICI	152
4.1. LA DISCIPLINA DEGLI ATTI DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.....	152
4.2. NOZIONE ED UTILIZZAZIONE DEL NEGOZIO FIDUCIARIO.....	153
4.3. ELEMENTI DELLA FATTISPECIE GIURIDICA.....	155
4.4. L'ART. 2645 TER DEL CODICE CIVILE E IL TRUST: DIFFERENZE	171
4.5. LA CAUSA E LA DISCIPLINA DEL PATTO DI FAMIGLIA	173
4.5.1. <i>Segue. Le caratteristiche del contratto de quo</i>	178
BIBLIOGRAFIA	181

Introduzione

Il dibattito sulla natura e sulla definizione della nozione di causa rappresentano il residuo dell'esperienza giuridica passata e spesso tradiscono l'estremo tentativo di sistemazione del metodo dogmatico, progressivamente rifiutato dalla dottrina moderna.

Sovente, viene professata dagli studiosi del diritto privato una dichiarata svalutazione dell'istituto e ciò, tuttavia, non giustifica il suo abbandono; da sempre le tendenze alla ipostatizzazione della causa hanno convissuto con atteggiamenti anticausalisti, che, sebbene sulla base di diverse giustificazioni, ne hanno negato esistenza e rilevanza.

Anche oggi il problema della causa si dibatte tra la metafora della sua morte e della sua resurrezione. Anche se si è più propensi a sostenerne "la morte apparente".

Il problema è quello di individuare la prospettiva nella quale porsi per cogliere la valenza attuale della causa del contratto, che non a caso è stata crocevia delle diverse metodologie della ricerca giuridica.

Indagare su quella che è stata plasticamente definita come "quarto lato del triangolo" non è sempre agevole. Questa autorevole individuazione è indicativa rispetto all'alone di ambiguità che innegabilmente avvolge la nozione.

La prima parte della ricerca è stata incentrata sulla ricostruzione storica dell'istituto, analizzando, dapprima l'evoluzione della nozione di causa nella tradizione giuridica, partendo dal diritto romano fino a giungere alle recenti innovazioni in materia. L'interesse è stato rivolto principalmente all'istituto della *stipulatio*, dalle sue origini fino a

quelle categorie simili del diritto intermedi, alla teoria del sinallagma e ai *commentarii Juris Civilis* di Francois Connan.

Si è osservato in particolar modo l'elaborazione del concetto di causa nella dottrina civilistica francese. Negli ordinamenti per tradizione causalisti la causa rappresenta un segno di contraddizione; è individuata come una *sineddoche*. Infatti, la definizione di contratto accolta nel Code Napoléon e nel Codice Civile italiano del 1942 non menziona la causa, ma la causa è sempre richiesta come giustificazione del consenso. Per Alpa la causa è senza dubbio un "termine altamente evocativo dietro il quale si svolge una storia millenaria".

Inoltre, l'istituto della causa del negozio giuridico è uno di quelli oggi più dibattuti nella teoria generale del diritto; da taluno se ne contesta addirittura la logica ragion di essere e la stessa esistenza, che alcuni per altro verso vorrebbero riferire ad ambiti più limitati o diversi (come quando si parla di causa nel contratto e causa o di causa nell'obbligazione).

La tradizione del diritto romano, testimoniata anche dalla Glossa, ha affrontato molteplici problemi pratici tra loro eterogenei, che oggi, anche se in maniera più ampia, rientrano nell'area della causa, tramite il riferimento alla *datio* o al *factum*, al *vestmentum*, come strumenti idonei ad attribuire vincolatività al patto. Sono tuttavia requisiti che a ben vedere poco hanno a che fare con la nostra causa, non fosse altro perché quell'epoca non la conosceva compiutamente.

Tra quell'esperienza e il concetto di causa vi è tutto il processo di astrazione che passa per l'epoca dei commentatores, dei giuristi umanisti, del giusnaturalismo, di Domat e Pothier fino alle codificazioni ottocentesche.

E' con Domat che sorge la nozione classica della causa del contratto. Il giurista caratterizzò quel momento storico da cui si muove la sistemazione contrattuale moderna, con particolare riferimento alla tradizione che precede il Code Napoleon. E' grazie alla sua opera congiuntamente a quella di Pothier, che si deve una prima sistemazione della "teoria della causa".

In via definitiva, il diritto abbandona la nozione di causa del contratto alla quale si era avvicinato il diritto canonico per abbracciare la nozione di causa dell'obbligazione. Comincia a prendere corpo la cosiddetta "teoria soggettiva" secondo la quale la "causa" del negozio doveva rintracciarsi nel "motivo ultimo" che aveva spinto il contraente a concludere l'atto giuridico.

Nell'articolo 1108 del Code Napolèon, ritroviamo la causa dell'obbligazione tra gli elementi essenziali delle convenzioni al fine di garantire la validità delle stesse.

Grazie al prestigio raggiunto dalle opere dei due giuristi francesi che il Code Napolèon recepisce la nozione di contratto obbligatorio, accoglie il principio consensualistico e introduce l'effetto traslativo.

L'articolo 1131, inoltre, disciplina la causa illecita, cioè quando è proibita dalla legge, quando viola l'ordine pubblico e il buon costume.

Il Code Napoleon aderisce, in definitiva, alla concezione soggettiva della causa, ovvero allo scopo che ciascuna parte persegue per assumere il proprio vincolo.

In Francia, con il Code Napoleon, si attesta la raffigurazione del contratto come accordo di volontà e verrà denominato convention.

Durante questo processo di astrazione si affina lo strumentario giuridico indispensabile per soddisfare nuove esigenze, che diventano progressivamente capisaldi dell'esperienza giuridica come ad esempio

la necessità di riconoscere e tutelare l'autonomia privata diventa uno dei principi fondamentali del diritto privato.

Lungo questo cammino, quando la causa viene elevata ad elemento che contraddistingue il contratto all'interno della categoria del negozio giuridico, ad elemento essenziale del contratto ed a condizione della sua validità, il tentativo di sintesi e di concettualizzazione diventa massimo.

Come eco del dibattito dell'epoca intermedia sugli elementi essenziali, naturali ed accidentali del negozio, l'incipiente metodo dogmatico porta sempre di più l'istituto lontano dai problemi pratici e concreti per la soluzione dei quali era nato.

Sotto l'influenza del positivismo giuridico vengono poi attribuiti alla causa nuovi compiti, in primis, quello di mediare tra la volontà privata ed ordinamento giuridico. La causa diventa anche un problema linguistico, molteplici sensi possono essere attribuiti all'unico termine di causa, e una pluralità di contenuti a ciascuno di essi.

E', tuttavia, merito della dottrina moderna aver colto che "le definizioni del concetto di causa, quanto più rigorose e riassuntive, tanto meno si sono rivelate operative", che in ogni caso è necessario affrontare l'antico problema della causa in un costante confronto con la giurisprudenza, esistendo, accanto ad un uso dottrinale della causa, un significativo uso giurisprudenziale della causa del contratto progressivamente sempre più in espansione.

L'abbandono del metodo dogmatico e la nuova sensibilità per il precedente giudiziario portano a riconoscere che l'atteggiamento della giurisprudenza va attentamente seguito per il contributo che esso ha portato all'allargamento del concetto di causa, come dimostrano l'esperienza italiana e francese.

L'accoglimento della nozione di causa nel codice civile senza un'apposita definizione, unitamente alla stessa imprecisione del concetto sono andate a immediato vantaggio della sua flessibilità ed elasticità.

E' inevitabile, dunque, cogliere come essa viva nel nostro ordinamento come proficua clausola generale operativa (nel suo trapasso da dogma a strumento operativo) in materia contrattuale parimenti a quella di buona fede con la quale spesso condivide e si contende le aree della sua applicazione.

Da un'analisi più attenta delle menzionate opere legislative non può sfuggire che, nonostante la mancata menzione della causa e il formale accoglimento del nudo patto e del principio solus consensus obligat (l'art. 3.2 – Validità del semplice accordo – dei Principi Unidroit, infatti, recita che “un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti”), sono state elaborate figure innovative, che negli ordinamenti interni trovano riscontro solamente nelle più ardite applicazioni giurisprudenziali, che prendono le mosse dallo strumento della causa concreta del contratto.

Le citate opere di codificazioni dimostrano pienamente come, pur eliminata la causa dal testo normativo, si avverta l'esigenza di riempire questo vuoto con le più rilevanti applicazioni cui il concetto ha dato progressivamente vita.

Cosa che non può che confermare l'impressione per cui la causa, nel suo trapasso da dogma a strumento operativo, stia sempre più assumendo i connotati di una clausola generale e fare rifiorire un rinnovato interesse per l'istituto. Secondo una nuova direttiva è stato colto, infatti, che le Corti, pur partendo dall'enunciazione della causa

come funzione economico-sociale del contratto, preferiscono fare ricorso a livello operativo allo strumento della causa in concreto.

Tuttavia, secondo i nostri giudici di Cassazione (Sent. 8 maggio 2006 n. 10490), oggi, la causa del contratto, statuita dal codice all'art. 1325, quale uno degli elementi fondamentali del contratto, non può più essere concepita come "ragione economico-sociale" del negozio, sul presupposto, scrivono, della ormai irreparabile "obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale" in base alla quale si inserisce la causa negoziale stessa in un "modello predeterminato" e astrattamente "tipico".

Dunque, la giurisprudenza più recente sembra aver abbandonato ricostruzioni oggettive a favore di ricostruzioni soggettive e volte ad individuare caso per caso la presenza o meno della causa negoziale, con la conseguenza di arrivare a ritenere che anche modelli contrattuali tipici potrebbero essere nulli per illiceità della causa.

In particolare, è stato affermato che la causa sarebbe sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti.

I termini del dibattito non solo dottrinale sulla causa si sono tradizionalmente snodati lungo tre direttive principali: la negazione della causa; la contrapposizione tra causa dell'obbligazione e causa del contratto; la contrapposizione tra teorie soggettive ed oggettive della causa.

In realtà, solo il confronto tra i dati normativi e i riscontri che emergono dalle singole fattispecie negoziali, sarebbero utili a

verificare la fondatezza delle teorie, con particolare riferimento al binomio “causa in concreto” – “causa in astratto”.

La causa astratta impedisce di cogliere l’istituto della causa nella sua reale e concreta dimensione, che rappresenta quella fondamentale. Tale concetto ben si spiega se si tiene conto che “la causa del contratto comprende gli interessi della parte che il contratto deve assicurarle, perché formano la ragione giustificativa del contratto stesso”.

A tal proposito l’individuazione della causa concreta permette di verificare se l’operazione economica sia riconducibile ad un contratto tipico o, in caso contrario, se essa sia prodromica di uno atipico.

Ecco, perché in dottrina la causa concreta potrebbe essere individuata come il criterio di valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto, canone d’interpretazione del contratto medesimo e criterio per eventuali modifiche sulla base di circostanze sopravvenute.

Dopo annosi dibattiti sulla causa, ci si è resi conto del fatto che la definizione di causa è di natura giudiziaria, vale a dire che il contenuto della causa è rinvenibile “nelle statuizioni della giurisprudenza che ne fanno applicazione”.

La causa è stata per lungo tempo vista come un elemento “molto vago e misterioso”, proprio in virtù di questa “vaghezza” che lo rende un istituto duttile ed elastico e, dunque applicabile a molti casi concreti, che è stato utilizzato da molti giudici, i quali ne hanno fatto un uso così ampio che la causa è finita col diventare una vera e propria clausola generale. In altre parole, la causa – in quanto clausola generale – è stata sempre più spesso usata come una “direttiva per la ricerca della norma di decisione”.

È chiaro, alla luce della ricostruzione che precede, risulta opportuno parlare di causalismo – piuttosto che di anticausalismo – se si vuole cogliere, come sancito dalla giurisprudenza, la dimensione applicativa della causa.

La causa, dunque, può essere vista come funzione economico-giuridico e pratica del contratto, “come ragionevolezza degli impegni assunti e funzione concreta perseguita dai contraenti”. Essa ha tenuto desto un annoso dibattito che continuerà ad essere stimolato da questa nuova concezione di causa come clausola generale.

E' opportuno, dunque, ribadire che la diatriba sulla nozione di causa si traduce in un progressivo svilimento di questa categoria. Agli studiosi si presenta, costantemente, la questione sull'utilità del criterio causalistico, là dove si intenda procedere a stabilire le conseguenze giuridiche del contratto. Diviene di fondamentale interesse verificare l'effettività della possibilità di desumere la nullità del contratto, argomentandola dal rilievo della mancanza di causa. Una simile operazione ermeneutica potrebbe essere dispiegata, essenzialmente, in una duplice prospettiva. In primo luogo, potrebbe apparire ragionevole impiegare il concetto di causa, quando si deve decidere della validità di contratti finalizzati al commercio (nazionale ed internazionale) di prodotti finanziari. In secondo luogo, appare sensato il ricorso ad una simile categoria al fine di selezionare gli interessi meritevoli, la dove si discuta della validità dei contratti - a contenuto patrimoniale ma - incidenti su interessi personali e familiari (es., contratti prematrimoniali, contratti tra conviventi, patto di famiglia, atti di destinazione ex art. 2643 ter c.c.).

E' opinione diffusa che, nei moderni sistemi, accanto ai contratti la cui causa si identifica con la stessa funzione del contratto, coesistano

forme di attribuzione patrimoniale che si realizzano attraverso atti o prestazioni c.d. isolate che di per se non esprimono alcuna forma di connessione oggettiva con il rapporto economico che si mira a realizzare.

Queste forme di attribuzione patrimoniale di per se non sono caratterizzate da alcuna funzione oggettiva, nel senso appunto della connessione oggettiva con operazioni economico-giuridiche, ma dallo scopo che soggettivamente a tali atti imprime il soggetto mentre la giustificazione (oggettiva) di tali prestazioni è posta al di fuori di esse. Quando un soggetto trasferisce la proprietà di un bene in adempimento di un obbligo preesistente, l'atto di trasferimento non è correlato al pagamento di un prezzo e non esprime alcuna connessione oggettiva con una operazione di scambio.

L'atto di trasferimento, oggetto di studio della seguente trattazione, si perfeziona con la sola volontà di colui che trasferisce ed è caratterizzato dallo scopo (soggettivo) che vuole realizzare il solvens (animus solvendi). Il controllo dell'ordinamento giuridico non potrebbe esercitarsi sul singolo atto (di adempimento dell'obbligo) ma in ordine allo scopo che il soggetto intende realizzare (ad. es. per mancata esistenza dell'obbligo).

CAPITOLO PRIMO

L'EVOLUZIONE DELLA CAUSA NELLA TRADIZIONE GIURIDICA: DAL DIRITTO ROMANO ALLE RECENTI INNOVAZIONI IN TEMA. TRADIZIONE E INNOVAZIONE.

1.1. Analisi della nozione di causa nel diritto romano

La tradizione del diritto romano¹ ha affrontato molteplici problemi pratici tra loro eterogenei, che oggi, anche se in maniera più ampia, possono rientrare nell'area della causa, tramite il riferimento alla *datio* o al *factum*, al *vestmentum*, come strumenti idonei ad attribuire vincolatività al patto². Questi sono requisiti che, tuttavia, poco hanno a che fare con la nostra nozione di causa, non fosse altro perché quell'epoca non la conosceva compiutamente. E' importante rifarsi alle fattezze del negozio giuridico romano, ove non vi è una teoria generale ma spiccano singole figure individuate come quelle del *contractus*³, domina la tipicità⁴. La cerchia dei contratti si allarga

¹ Accreditata anche da Accursio, cfr., *gl. causa* D. 24, 3 *solutio matrimonii*, etc., citata da Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano, 1967, p. 215, nota 11. Tra il XI ed il XII secolo, grazie ad Irnerio, si elevò a Bologna uno studio approfondito del Diritto giustiniano. Si faceva, per il tramite delle glosse, una vera e propria analisi del testo. Quella che viene detta la Scuola di Bologna diede vita ad uno studio ad altissimo livello dei testi giuridici producendo un'enorme mole di testi, talvolta contraddittori. Nel XIII secolo Accursio, allievo di Azzone Soldanus, fece un'opera di organizzazione e razionalizzazione di questi testi nell'opera detta *Magna glossa* o *glossa ordinaria*. Si dice che i glossatori siano stati i migliori studiosi del *Corpus iuris giustiniano* perché si relazionavano ad esso senza coscienza storica, cioè in piena obiettività e come se il tempo non fosse passato. I glossatori bolognesi godevano di grande prestigio sociale: ne è una testimonianza la presenza, in una città senza statue, di quelle che vengono chiamate le *tombe dei glossatori*, in piazza Malpighi, sul retro della chiesa bolognese di San Francesco. Uno dei sepolcri appartiene ad Accursio ed al figlio Francesco, gli altri al giurista Odofredo e a Rolandino de' Romanzi. Anche in piazza San Domenico è presente una tomba dedicata al giurista Rolandino de' Passeggeri.

² Rolli, R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008, pp. XI ss.

³ *Obligationes ex contractu*, di cui la più antica è la *Spondeo*.

gradatamente sotto la spinta delle esigenze pratiche da prima per opera della giurisprudenza, in base ad un processo, che spesso ci sfugge, ma che per taluni era l'analogia, per cui dai tipi esistenti si passava al riconoscimento di nuovi⁵. Il concetto della causa del negozio giuridico è uno di quelli oggi più disputati nella teoria generale del diritto; da taluno se ne contesta addirittura la logica ragion di essere e la stessa esistenza, che alcuni per altro verso vorrebbero riferire ad ambiti più limitati o diversi (come quando si parla di causa nel contratto e causa o di causa nell'obbligazione). Proiettare questo concetto rispetto al diritto romano, nella proiezione che si fa della teoria del negozio giuridico, acquista un risalto e un significato in quanto si individui un contenuto che presenti una fisionomia e un carattere, che costituisca cioè una realtà dell'esperienza giuridica romana⁶.

Il diritto romano tuttavia non formulò mai una concezione di negozio giuridico come quello moderno, né mai elaborò una figura con caratteristiche generali cui fossero riconducibili le manifestazioni di volontà fatte da soggetti capaci giuridicamente.

Questo perché le costruzioni astratte presentavano scarso interesse per i giuristi Romani.

Dalle fonti si evince per di più che i romani non usavano la parola *contrahentes*⁷. Tuttavia vi furono singole figure e singoli istituti suscettibili di applicazione analogica, quali il *dies*, il dolo e la rappresentanza.

Il *ius civile* più antico, inoltre, attribuì grande importanza ai negozi

⁴ Grosso, voce *Causa (diritto romano)*, in *Enc. del diritto*, 1999, p. 532 ss.

⁵ Biondi B, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 451.

⁶ Grosso, *op. ult. cit.* p. 532.

⁷ Per la *mancipatio* o per lo *in iure cessio* indicavano con precisione l'atto che ognuno compie: *is qui rem mancipio dat et is qui eam accepit; is qui rem in iure cedit et is qui eam accepit*.

solenni (cioè formali), compiuti mediante determinati rituali, nei quali poco o nulla rilevava la volontà dei contraenti: il diritto romano arcaico era impregnato del più rigoroso formalismo, e tutti i negozi esistenti erano riconducibili alle tre categorie della *mancipatio*, *stipulatio* e *in iure cessio*. Orbene, tra quell'esperienza e il concetto di causa vi è tutto il processo di astrazione che passa per l'epoca dei *commentatores*, dei giuristi umanisti, del giusnaturalismo, di Domat e Photier fino alle codificazioni ottocentesche. Durante tale processo di astrazione si affina lo strumentario giuridico indispensabile per soddisfare nuove esigenze, che diventano progressivamente capisaldi dell'esperienza giuridica. Per esempio la necessità di riconoscere e tutelare *l'autonomia privata* diventa uno dei principi fondamentali del diritto privato. La teorizzazione della causa che si cala, seppur secondo diverse modalità, anche negli ordinamenti che riconoscono l'atto astratto, procede progressivamente all'indagine sul consenso e sulla valenza della sua potenza creativa, che porta all'affermarsi della categoria generale del contratto e del negozio giuridico⁸. Senza dubbio quello della causa è un “termine altamente evocativo dietro il quale si svolge una storia millenaria”⁹.

Il *contractus*¹⁰, è dunque una singola figura tipica e ci sono ben quattro categorie. Per essere più precisi questa tradizionale quadripartizione del *contractus*, sebbene presentata in seno alle *obligationes ex contractu*, è riferita più all'*obligatio* che al *contractus*; infatti, Gaio iniziando la trattazione *obligationes ex contractu* riferisce: *harum*

⁸ Moccia L., *Promessa e Contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, I, p.833.

⁹ Alpa G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, V. I, Torino, 1999, p. 484. Si veda anche Picardi, *La causa e il tipo*, in *Tratt. Dir. Priv. Europeo*, a cura di Lipari, V. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 264 ss.

¹⁰ Si formerà e progressivamente si allargherà un elenco di contratti, che, mai si chiude, sempre aperto al riconoscimento di nuovi rapporti, a cui hanno contribuito oltre la giurisprudenza, il pretore, ed infine la legislazione imperiale s.v. Biondi B, op. ult. cit. p. 451.

autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu. Gaio non dice dunque che il contratto di conclude *re, verbis, litteris, consesus*, come comunemente sostengono gli interpreti, i quali parlano di contratti reali, verbali, letterali, consensuali, ma che *l'obligatio contrahitur re, verbis, litteris, consensu.*

Pertanto poiché Gaio si pone dal punto di vista non del *contractus*, che ha come base il *consensu*, ma dell'*obligatio*, può annoverare tra le *obligationes re*¹¹ la *indebiti solutio*, e tra le *obligationes verbis* la *dotis dictio* ed il giuramento del liberto, in cui manca il consenso, ma si ha sempre rispettivamente un *re* ed un *verbis obligari*¹².

Obligatio re significa sempre obbligazione che nasce dalla consegna di una cosa; ma questa assume contenuto diverso secondo i diversi contratti: importa trasferimento di proprietà del mutuo, di possesso nel pegno, di detenzione nel deposito e nel comodato; anche gli effetti sono diversi: mentre nel mutuo si deve restituire altrettanto, negli altri casi bisogna restituire la stessa cosa che si è ricevuta.

Lo schema di Gaio può sembrare non soddisfacente perché non menziona taluni contratti riconosciuti anche a quel tempo, mentre include rapporti che non rientrano nella nozione di contratto, concepito come accordo di volontà.

Lo schema non ha valore didattico bensì valore giuridico, giacché mette in rilievo il fatto che, nella concezione romana, determina il

¹¹ La figura della *obligatio re* si allarga per comprendere anche i contratti di deposito, comodato, pegno. Come e quando l'ampliamento sia avvenuto non risulta; tuttavia non si ritiene che sia avvenuto in epoca postclassica e nel diritto giustiniano, come sostiene l'opinione dominante s.v. Perozzi, Istituzioni, 2, 26 n.1, Rabel, Grundzuge, 458 segg.; Arangio Ruiz, Istituzioni, 302).

¹²S.v. Biondi B, *op. ult. cit.*. Si è creduto di svalutare lo schema gaiano, giudicandolo come non soddisfacente ed avente solo valore didattico. Cfr. Lubtow, Betrachtungen zum gaianish. Obligationschema, in Atti Congr. Verona, 3, 239, segg.; Kaser, Gaius und die Klassiker, in ZSS, 70 (1935), 157 segg.

sorgere dell'obbligazione: infatti non è il consenso che determina il sorgere della *obligatio*¹³, sebbene sia il presupposto, ma secondo i casi, la *res*, i *verba*, le *litterae*, il *consensus*; questi elementi fanno distinguere le singole figure contrattuali, considerando l'elemento perfezionatore, e suggeriscono quello schema¹⁴.

Per ognuna delle quattro categorie dei *contractus*, si dice che *obligatio contrahitur re o verbis o litteris o consensu*. L'elemento obbligante, in alcuni contratti è rappresentato dai *verba*, che non si considerano come espressione di volontà ma sono il fatto costitutivo dell'*obligatio*, tant'è vero che se il consenso non è manifestato oralmente o i *verba* non pronunciati *secundum legem*, l'obbligazione non nasce. In altri contratti, invece, l'elemento obbligante è delineato dalle *litterae*, in altri dalla *res* o dal *consensus*. Inoltre, nei *verba* e nelle *litterae*¹⁵ al fine di far sorgere l'*obligatio* la forma era elemento indispensabile, la *stipulatio* ne era l'esempio più rappresentativo. *Verbis obligatio fit*, dice Gaio, *ex interrogatione et responsione*, cioè da un'interrogazione orale seguita da una risposta impegnativa ugualmente orale, fatte entrambe nel modo stabilito dalla legge. Si ha dunque *verborum obligatio* nella *sponsio* accessibile ai *cives*, e nella *stipulatio* anche dai peregrini. Mentre negli altri due tipi di *contractus*, essenziale era la consegna di una determinata quantità di cose o di una singola cosa, il che, comprovava l'obbligo di restituzione di *tantundem* o della cosa stessa (esempi: mutuo e *solutio indebiti*, della quale però era discusso

¹³ Nasce dal trasferimento di proprietà di una cosa.

¹⁴ Secondo Gaio, *re contrahitur obligatio* anzitutto nel caso di mutuo. Obligari *re* si intende nel senso che l'*obligatio* nasce dalla cosa, cioè, come risulta dalla struttura del mutuo, dal trasferimento in proprietà di cose fungibili per avere la restituzione di altrettanto *cf.* Perozzi, *Il contratto consensuale classico*, in Studi di Schupfer, 1, 163 segg.; *Istituzioni*, 2, 29; Brasiello, *Obligatio re contracta*, Studi Bonfante, 2, 451, segg..

¹⁵ La scrittura, ribadisce Gaio, non è manifestazione di consenso ne forma con cui riveste il consenso, ma fatto costitutivo dell'*obligatio*.

se potesse catalogarsi fra i contratti), oppure il *consensus*¹⁶ che ponesse di fronte due prestazioni e due corrispondenti obbligazioni, in tipici rapporti di corrispettività che individuano i quattro tipi di contratti consensuali: compravendita, locazione-conduzione, società e mandato.

Si può affermare che questi contratti erano tipicizzati attraverso la tipicizzazione di un elemento causale, che per un verso costituiva un elemento obiettivo.

Inoltre, la tipica funzione di un contratto si può considerare l'elemento causale (e quindi si può parlare di causa del contratto) e allo stesso modo può assumersi come elemento causale nei confronti dell'effetto (trattandosi di contratto, nei confronti dell'obbligazione) e dirsi che il sorgere dell'obbligazione trova la sua giustificazione, cioè la sua causa, per esempio nella dazione della *res*, o nel sorgere di una obbligazione corrispettiva dell'altra parte.

Le molteplici sfaccettature dottrinali esposte rappresentano i riflessi di un unico nucleo unitario.

Laddove, il contratto era caratterizzato solo ed esclusivamente dalla forma, come nella *stipulatio*¹⁷, la forma stessa creava l'effetto, trasferendo alle parti la piena libertà contrattuale sia nella determinazione dell'oggetto e sia nella determinazione dell'elemento causale.

Ove, invece, la forma è connaturata al rapporto che ne consegue, come

¹⁶Biondi, op. ult. cit., Gaio si pone dal punto di vista dell'*obligatio* piuttosto che del consenso, nella cerchia delle *obligationes verbis* annovera la *dotis dictio* ed il giuramento del liberto; giacché l'*obligatio* deriva sempre dai *verba*, avvertendo però che in tali casi l'*obligatio* nasce *uno eloquente* e cioè non da accordo di volontà, ma da dichiarazione unilaterale sempre verbale.

¹⁷ In epoca giustininiana si andò diffondendo la *stipulatio*, un negozio astratto con cui si potevano assumere obbligazioni di qualunque genere e con qualunque causa, ma alla fine del III secolo a.C. già si conoscevano ben quattro negozi scaturiti dallo *ius gentium*: emptio-ventitio, locatio-conductio, societas, mandatum.

nei negozi formali a efficacia reale, l'elemento formale è pertinente al procedimento dichiarativo o ad una situazione che giustifica e determina l'effetto (adattamento di una forma processuale di rivendica o rivestimento formale della compravendita).

La forma dunque creava l'effetto e lasciava la libertà contrattuale alle parti sia nella determinazione dell'oggetto, sia in quella dell'elemento causale: è così che si inquadra la differenza tra la figura del contratto astratto (es. la *stipulatio*) che può essere utile alle più svariate cause¹⁸.

Nei negozi formali obbligatori la forma (come avviene nella *sponsio* da cui deriva la *stipulatio*) è vincolata al rapporto che si pone in essere¹⁹ mentre nei negozi formali di trasferimento della proprietà e anche nella più ampia categoria dei negozi formali ad efficacia reale, l'atto formale attiene si conforma ad un procedimento dichiarativo oppure ad una situazione che comprova e determina l'effetto (es. adattamento di una forma processuale di rivendica o rivestimento formale della compravendita).

La *in iure cessio*²⁰ appartiene ai negozi formali obbligatori, mentre la *mancipatio* rientra nella tipologia dei negozi formali di trasferimento della proprietà²¹.

¹⁸ Cfr. Betti, *Diritto Romano*, I, parte generale, Padova, 1935.

¹⁹ Come per esempio avviene nell'*obligatio*, nel suo carattere originario di legame e di vincolo effettivo s. v. Grosso *op. ult. cit.* pg. 533.

²⁰ La *in iure cessio* era una modalità di acquisto della proprietà a titolo derivativo, che poteva essere applicata in modo indistinto sia alle *res Mancipi* e sia alle *res nec Mancipi*. La natura di tale *modus trahendi* era formalmente processuale. Lo svolgimento del processo ricalcava la *legis actio sacramento in rem*, in cui le due parti (colui che trasferiva e colui che acquistava) fingevano di contestare la proprietà di una cosa determinata, oggetto di vendita; L'alienante ometteva di pronunciare la formula pronunziata dal *prior vindicans* (nella fattispecie, l'acquirente) ed il processo si concludeva con una *confessio in iure*, al che il magistrato dava causa vinta all'acquirente, che acquistava così la proprietà sul bene. Importante applicazione della *in iure cessio* si ebbe nel campo della manomissione di schiavi, che nel caso specifico prende il nome di *manumissio vindicta*.

²¹ A tal proposito si è anche sostenuto che forse qualcosa di analogo per l'obbligazione rappresentava il *nexsum*, se ricopriva della forma *per aes et libram* la sostanza del mutuo, come da taluno si è sostenuto, mentre se, come altri ritengono, consisteva in una autooppignorazione, si collegava anch'esso alla natura dell'*obligatio* come vincolo.

Nella *mancipatio* – e in tutte le altre forme che costituivano varianti – la forma esprimeva in origine anche quello che poteva chiamarsi l'elemento causale del negozio, nella più antica e tipica causa – dopo la permuta – e cioè la vendita. Con lo sviluppo della vendita, ed attraverso l'espedito *nemmo uno*, la *mancipatio* è divenuta un negozio astratto per il trasferimento della proprietà sulla base di qualsiasi causa (come la *in iure cessio*).

Per le *res nec mancipi* era sufficiente la *traditio*. Ma la *traditio*, come trasferimento della cosa, che investiva il possesso (e in senso lato poteva anche toccare anche la semplice detenzione), non bastava di per se a fondare e determinare l'acquisto della proprietà; occorreva che essa avvenisse sulla base di una ragione e di un intento pratico che fosse riconosciuto come giustificativo dell'acquisto, cioè sulla base di un elemento causale, nel suo aspetto oggettivo e soggettivo che abbiamo individuato nei contratti causali; con la differenza che là la causa individuava un tipo di contratto, nella *traditio*, la causa era l'elemento mobile che giustificava l'efficacia della *traditio* stessa, valutata unitariamente come negozio produttivo di acquisto della proprietà.

Dall'altra parte, se anche nella *traditio* si può in certa guisa dire che la *iusta causa*, come tipicizzazione del fondamentale intento delle parti, ha pure il carattere di elemento oggettivo nell'individuazione di un rapporto concreto che forma substrato e contenuto di tale intento e costituisce la ragione giustificativa dell'effetto (come integrazione essenziale dell'atto di *traditio*, di per se insufficiente), è pur vero che più delicata è la valutazione della posizione della causa nei confronti dell'effetto, cioè come giustificazione obiettiva dell'acquisto, secondo l'altra delle prospettive in cui abbiamo detto profilarsi la causa.

Mentre possiamo affermare che nel mutuo il sorgere dell'obbligazione di restituzione ha la sua giustificazione obiettiva nella dazione del mutuante, oppure nel contratto di compravendita o di locazione - conduzione il sorgere dell'obbligazione del venditore o del locatore trova giustificazione nel sorgere di quella del compratore o del conduttore, e viceversa invece nella *traditio*, per esempio, *solitionis* causa l'effetto, cioè l'acquisto della proprietà, si verifica anche se il debito non sussiste, e quindi l'acquisto non trova la sua giustificazione obiettiva nell'effettivo pagamento di un debito; altrettanto nel pagamento della somma al pupillo senza l'*auctoritas tutoris*, che trasferisce la proprietà del denaro, ma non libera il debitore (Gaio); la dazione di una cosa allo scopo di ottenere una controprestazione produce il suo effetto anche se la controprestazione non venga adempiuta.

Il carattere oggettivo della *iusta causa traditionis*²² è dunque più direttamente assorbito in quello soggettivo di tipizzazione dell'intento immediato delle parti nel substrato e contenuto oggettivo di questo. Si aggiunga ancora che la *condictio ob turpem causam* sembra presupporre l'efficacia traslativa della *traditio*, proprio per una causa che non è riconosciuta dal diritto.

Tutto ciò ha indotto taluni fra i romanisti²³ a qualificare la *traditio* come un negozio astratto, ed a sostenere che quelle che si chiamano *iuste causae traditionis* non sarebbero state che segni rilevatori della

²² È con Donello che comincerà ad affacciarsi l'idea di una *traditio astratta*: in relazione alla *iusta causa traditionis* Donello scriverà infatti che "non rileva ... se la causa sussista realmente o sfumi dell'opinione tradentis". Insomma, era sufficiente che esistesse la volontà di trasferire. Il venditore, dunque, è considerato alla stregua di un solvens e dunque le considerazioni di Donello possono essere considerate come la base della ricostruzione operata da Savigny della *traditio* come contratto ad effetti reali, che accede ad un contratto obbligatorio. S.v. Fercia *Quia Vendidit, dare promisit*, Cagliari, 2009.

²³ Voci, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in *Stud. Doc. Hist. Iur.*, 1949, p. 140. ss..

volontà di trasferire il dominio, che sola caratterizzerebbe la *traditio* traslativa di proprietà.

Non sfuggirà però che ben diversa è la *traditio* dai tipici negozi astratti, quali la *stipulatio*, la *mancipatio*, l'*in iure cessio*, negozi nei quali la forma è di per sé sufficiente a produrre l'effetto indipendentemente dalla causa. Nella *traditio* si valuta qualcosa di più; i fautori dell'astrattezza dicono che questo qualcosa di più sarebbe semplicemente la volontà di trasferire il dominio; ma questa volontà di trasferire il dominio non è alcunché di astrattizzato; ed in sé sufficiente, bensì è ancorata precisamente a quella che si chiama la causa della *traditio*, che in questo senso, come abbiamo detto, può dirsi elemento oggettivo.

Può richiamarsi qui il rilievo²⁴ che la fiducia (che si contraeva con l'*alienazione fideiussoriae causa*) poteva contrarsi solo mediante negozio astratto (*mancipatio*, *in iure cessio*), non mediante *traditio*, in quanto questa era un negozio causale e la fiducia non era in sé giustificativa del trasferimento della proprietà: non bastava la volontà di trasferire il dominio a scopo di garanzia, ché per questo scopo era sufficiente trasferire il possesso *pignoris causa*, e la *traditio*, nonostante tale volontà, non poteva operare il trasferimento di proprietà. Come si può dire che la *traditio* era un negozio astratto anziché causale? L'esempio richiamato mostra come l'elemento causale rappresentasse anche un limite; ne viene illuminato per contrasto il valore e significato della efficacia della *traditio solutionis causa* anche per l'indebito.

Quanto al trasferimento di proprietà nonostante la turpitudine della causa, si da fondare la *conditio ob turpem causam*, si potrebbe osservare che qui sembra giocare una tipicizzazione (quasi

²⁴ Sul punto ha particolarmente insistito Segrè, s.v. *Scritti giuridici*, IV, Roma, 1939, p. 275 ss.

un'astrattizzazione) della *datio ob causam* come sufficiente a far trasferire la proprietà²⁵.

A proposito del pagamento del debito al pupillo senza l'*auctoritas tutoris*, che era l'approvazione del tutore degli atti giuridici realizzati dal pupillo *pubertati proximus* (in assenza dell'*auctoritas tutoris*, i negozi compiuti dal pupillo, dai quali si ottiene uno svantaggio economico risultano nulli mentre, i negozi compiuti dal pupillo senza l'*auctoritas*, erano validi), si può rilevare che si tratta qui del diretto operare dell'assenza del presupposto dell'*auctoritas*, che scinde gli effetti degli atti in favorevoli e dannosi per lasciare che si verifichino i primi impedendo i secondi, scissione che, sia pure in termini concreti diversi, vediamo incidere anche sulla bilateralità del contratto consensuale di compravendita concluso dal pupillo²⁶, per cui si parla di negozio claudicante²⁷, anche se poi in quest'ultimo l'armonia della bilateralità sembri essere ristabilita attraverso il gioco della cosiddetta *exceptio inadimpleti contractus*²⁸.

La posizione della *iusta causa traditionis* si proietta nella, sia pure più vasta, accezione di *iusta causa* o titolo nella usucapione, situazione giuridica obbiettiva che sta a base dell'acquisto del possesso, qualificandolo come attuazione di uno scopo ammesso dal diritto che

²⁵ Cfr *Paul. Dig. 12, 5, I*; *Paul. Dig. 12, 5, 9 pr.*

²⁶ Cfr. *Inst. I, 21 pr.*

²⁷ S.v., comunque, a proposito della nullità nel diritto romano classico l'opinione di Betti, *Diritto romano*, parte generale, Padova, 1935, p. 331: "Certamente la nullità esclude senz'altro che il negozio possa servire di base giuridica ad un'azione diretta a farlo valere in giudizio (...). Tuttavia, se vi sono casi in cui ben può parlarsi di vera inesistenza giuridica del negozio che si è inteso fare – in quanto non esiste di questo che l'apparato materiale ed estrinseco, ma esso non produce assolutamente nessun effetto giuridico – vi sono invece, accanto ad essi, altri casi in cui il negozio nullo produce pure qualche effetto secondario, negativo o aberrante. Così ad esempio, la *sponsio* conclusa da uno schiavo o da uno straniero allo scopo di novare una preesistente obbligazione lascia le cose perfettamente come sono. Per contro, la promessa novativa fatta da un pupillo o da una donna senza l'*auctoritas tutoris* – quando imponga oneri patrimoniali ad entrambi le parti – è efficace *ex uno latere*, e quindi claudicante: produce cioè solo l'*actio* e gli effetti che ridondano a vantaggio del pupillo, non anche a quelli che siano a suo danno. (*D. 19, 1, 13, 29*)

²⁸ Cfr. *Paul. Dig. 18, 5, 7, I.*

potrebbe giustificare l'acquisto immediato della proprietà, se non lo impedisse un'insufficienza formale dell'atto (tradizione, occupazione, provvedimento dell'autorità) o di un difetto di diritto nel trasmittente (o derelinquente).

Ove si tratti di *traditio*, la *iusta causa usucapionis* è precisamente rappresentata da quell'elemento causale che qualifica la *traditio* (*pro emptore, pro donato, pro soluto, pro dote*, ecc.). Possiamo limitarci a questo rilievo, senza entrare nei problemi circa la valutazione dell'esistenza della *iusta causa* e la parte che questa assolve, in particolare nei suoi rapporti con la buona fede.

Nei casi in cui una dazione (attraverso un negozio astratto o attraverso la *traditio*) si fosse attuata per una causa i cui presupposti non trovassero riscontro nella realtà (per esempio, pagamento dell'indebito) o per una causa da attuarsi, che poi non si fosse realizzata (come nella *datio ob rem honestam*), o per una causa riprovevole, allora si dava la ripetizione del dato attraverso la *condictio*. Questa in certa guisa integrava o, meglio, portava più innanzi, la valutazione oggettiva della causa rispetto alla valutazione che se ne faceva ed all'efficacia che essa aveva nella *traditio*.

Exceptio doli ed *actio doli* completavano il quadro della valutazione dell'elemento causale. Per esempio, nella *stipulatio*, tipico negozio astratto, in caso di mancata realizzazione della causa o turpitudine di questa, interveniva appunto il pretore, concedendo di paralizzare l'azione con un'*exceptio doli*.

Ove taluno avesse adempiuto una prestazione di *facere* in vista di una controprestazione futura, e questa non si realizzasse, si dava l'*actio doli*.

E a tal proposito che si può attribuire alla causa una tendenza espansiva²⁹ proprio perché accede a nuovi territori. Viene applicata ad un contratto nominato ovvero alla *stipulatio*, non per vestire il patto bensì per prevenire l'*exceptio doli* e, all'uopo, non richiede più la materiale esecuzione. Al contempo, specie ad opera di Baldo, viene traslata nel diritto canonico, estraniandolo di nuovo dall'attuazione reale della prestazione³⁰.

In tal modo, si avvia un duplice processo di dilatazione del campo operativo della causa e di spiritualizzazione dell'elemento, il cui primo e più importante approdo può ritenersi la teoria del sinallagma e, pertanto, tutela le parti attraverso l'astratta razionalità dell'accordo su uno scambio, che i giuristi umanisti³¹ reputano di per sé giusto, mutando tale assunzione della giustizia correttiva e commutativa, di matrice, rispettivamente, aristotelica e tomista.

²⁹ Navarretta, *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in AA. VV., *Tradizione Civilistica e complessità del sistema, valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 208.

³⁰ Guzman Brito, *Causa del contrato y causa de la obligacion en la dogmatica de los juristas romanos, medievales, y modernos y en la codificacion europea y americana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 167 ss., p. 238 ss.

³¹ E' opportuno rifarsi al pensiero di Francois De Connan, s.v. Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto*, p. 95 ss, Id., *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, in *Causa e contratto*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997.

1.2. L'istituto della *stipulatio*: dalle origini fino alle categorie del diritto intermedio.

Lo studio delle fonti a noi pervenute può contribuire a fare chiarezza sulla questione.

È necessario partire proprio dal diritto romano che non vede la causa come elemento essenziale del contratto, in quanto conosce solo il contratto formale nella forma più diffusa di *stipulatio* che traeva origine dalla *sponsio*³².

La *stipulatio* consisteva in un' *interrogatio* fatta da un soggetto ad un altro che doveva rispondere con la formula *spondeo*.

Istituto di diritto civile, il verbo *spondere* era rivolto ai *cives* romani, infatti, se il contratto formale era concluso con altri verbi diversi da *spondere* rientrava nello *iuris gentium*.

Nel periodo della repubblica la domanda veniva posta dal creditore, nei confronti del debitore, ed utilizzava dei verbi che erano idonei a comunicare l'attuazione della prestazione a cui il debitore era chiamato a rispondere con lo stesso verbo utilizzato dal creditore nella domanda, la forma più semplice che era "*centum dari sponde?*" ed il debitore rispondeva "*spondeo*".

Nell'età classica la *stipulatio* divenne un contratto verbale unilaterale, poiché l'obbligazione nasceva a carico del debitore e in favore del creditore, ed astratto, poiché il vincolo scaturiva dalla pronuncia dei *verba* e non individuava la *conventio* e l'accordo.

Un contratto *verbale*, dunque, concluso mediante scambio di domanda e risposta, in virtù del quale un soggetto, detto *promissor*, si impegnava a compiere una qualsivoglia prestazione in favore di un altro, chiamato *stipulàtor*.

³² Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972, p. 463.

La *stipulatio* era conclusa oralmente con la pronuncia di una formula solenne. L'utilità del ricorso alla *stipulatio* era data: dalla semplicità con cui si poteva estinguere l'obbligazione e dalla possibilità di difendere il diritto del creditore mediante l'efficace "*actio ex stipulatu*". Inizialmente solo i *cives* potevano contrarre alla *stipulatio*; in *epoca giustiniana* tale tipo di contratto fu utilizzato indifferentemente da *cives* e da *peregrini*.

Nell'età classica la *stipulatio* divenne un contratto verbale unilaterale, poiché l'obbligazione nasceva a carico del debitore e in favore del creditore, ed astratto, poiché il vincolo scaturiva dalla pronuncia dei *verba* e non individuava la *conventio* e l'accordo.

La Costituzione di Leone, del 472 d.c., sanzionava la degenerazione della *stipulatio* e sosteneva che tutte le stipulazioni redatte con qualsiasi espressione erano destinate ad enunciare il consenso delle parti.

Sulla base di ciò Giustiniano ampliò la disciplina di Leone indicando quei requisiti sottintesi nella disciplina di quest'ultimo, così la *stipulatio* diventa un *instrumentum*, cioè un contratto in cui è prevista sia la forma scritta, sia la presenza delle parti nell'istante in cui il documento veniva stilato.

La forma scritta aveva la funzione di provare l'avvenuta *stipulatio* tra le parti.

Alla luce di tutto ciò i requisiti della *stipulatio*³³ sono:

- Oralità: entrambe le parti devono manifestare il loro consenso e non possono aderire alla formazione della *stipulatio*: il muto, il sordo e l'infante.

³³ *Ibidem*, pp. 464-466.

- La presenza delle parti: sia la proposizione della domanda e sia la risposta devono essere fatte oralmente e le parti si devono trovare nello stesso luogo e pertanto non poteva essere conclusa tra persone assenti.
- *Unitas actus*: non ci deve essere un termine di sospensione tra domanda e risposta, se dopo aver posto la *interrogatio* si passa ad un'altra operazione, e se la risposta viene espressa in ritardo non comporta il sorgere dell'obbligazione; quindi la risposta deve essere resa nello stesso giorno in cui viene formulata la domanda.
- La congruenza della risposta alla domanda: cioè la *stipulatio* è nulla se il creditore domanda 15 ed il debitore risponde 10, la risposta deve comprendere la stessa parola utilizzata nella domanda, ad esempio, se il creditore dice “*dabis* ?” il debitore risponde “*quind no*” ed è valida la *stipulatio*.

La *stipulatio*³⁴ appare come un punto fondamentale nella ricerca di elementi utili a dipanare il problema della causa.

Orbene, la *stipulatio* è un istituto di grande rilevanza, è un contratto diffuso nella pratica e nel diritto romano, a partire dal quale si riesce a comprendere il problema della “causa”.

In origine la *stipulatio* era vista come la “*veste*” del patto e ci si chiedeva che cosa fosse realmente la *stipulatio*.

Labeone³⁵, giurista dell'*età augustea*, vissuto nel I sec. a.C., la inseriva negli atti e non nei contratti, poiché la considerava la forma verbale dell'accordo.

³⁴ Talamanca, *In elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001, p.390 ss..

³⁵ Influenzò la cultura giuridica del suo tempo e dei secoli successivi. Agevolato dalla protezione di Ottaviano Augusto (che in un secondo tempo, a quanto ci riferisce *Pomponio*, gli preferì *Capitone* nella nomina a console), percorse tutto il *cursus honorum*. Per questo si può condividere

I problemi in cui ci si imbatte per orientarsi nella ingarbugliata matassa della *stipulatio*³⁶ sono molteplici, ragion per cui, la storiografia giuridica, pur non rinunciando ai tradizionali strumenti dell'esegesi dei testi normativi, si è rivolta ai documenti della prassi, decisivi per l'Alto Medioevo³⁷.

La prassi, di conseguenza, nel suo incessante riferimento alla *stipulatio* si uniformerà al precetto comunicato attraverso le *Sententiae* attribuite a Paolo: “*omnibus pactis stipulatio subici debet, ut ex stipulato actio nasci possit*”: si tratterà solo di una clausola apposta nel documento, come era quella indicata nell'espressione “*cum stipulatione subnixa*”, che però evocata nello scritto assegnava quella *firmitas* che stava a cuore alle parti³⁸.

Per i compilatori giustinianeî la *stipulatio*, invece, era considerata un contratto *verbis* e non poteva essere vista come la veste dell'accordo poiché essendo un contratto non poteva essere considerata parallelamente come una veste che si potesse aggiungere all'accordo³⁹.

I glossatori dall'interpretazione del *corpus iuris* si sentirono quasi obbligati ad indagare sui requisiti che individuavano la *stipulatio*

la tesi di coloro che negano a Labeone il ruolo di oppositore del regime (attestato dalla tradizione e dallo storico Tacito). Sempre secondo la tradizione, alla storica rivalità tra Labeone e Capitone è da ricondurre la formazione delle due scuole giuridiche romane, la *sabiniana*, risalente a Capitone e la *proculiana* facente capo a Labeone. Il contrasto tra le due correnti di pensiero fu determinante per lo sviluppo della giurisprudenza dei secoli successivi.

Nella la sua imponente produzione letteraria, acquistano particolare importanza, per l'approfondimento concettuale e l'originalità espositiva, i *Commentari agli editti del pretore urbano e del pretore peregrino*, insieme alle opere sulle *XII tavole* e sul *diritto pontificale*.

³⁶ Biocchi, op. ult. cit. p. 68.

³⁷ Zimmermann R., *The law of obligation*, p. 68 ss e p. 546. S.v., inoltre, le teorie di Liebe, Brunner, Ferrari delle Spade, Brandileone, Riccobono, Astuti e Calasso.

³⁸ Sulle questioni della *Stipulatio* nell'Alto Medioevo s.v. Cortese, *Il Diritto nella Storia Medioevale*, I, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, spec. p. 116 ss, p. 298 ss., p. 323 ss..

³⁹ Tuttavia la forma-veste era ormai ridotta ad un sottile velo, a seguito delle trasformazioni avvenute in età postclassica e testimoniate dalle riforme leoniane e giustiniane.

come un contratto formale, astratto e verbale, avendo come fine la ricerca degli elementi necessari del contratto.

La considerevole attività di ricostruzione della *stipulatio* come contratto formale era accompagnata anche dall'interpretazione del complesso di norme, che derivavano dall'accostamento del diritto provinciale e delle influenze orientali, e tutto ciò ha testimoniato la trasformazione dell'antico contratto⁴⁰.

In verità, questa metamorfosi ha consentito il trapasso dalla forma-modulo ad una forma-veste⁴¹, che da una parte evidenziava il negozio voluto dalle parti e dall'altra massificava l'uso della clausola stipulatoria accessoria, la cui causa risiedeva proprio in quel negozio.

Le scuole di Orleans e di Revigny, le cui dottrine però sono rimaste senza seguito, sono state le sole a riconoscere una funzione autonomia alla *stipulatio* rispetto al cosiddetto negozio incorporato⁴², affermando che l'efficacia della stessa era dovuta dalla presenza o no della causa o del negozio, mentre la forma scritta non fu riconosciuta come requisito costitutivo del contratto ma solamente come elemento di prova⁴³.

Secondo alcuni studiosi la *stipulatio* poteva avere la forma scritta e si rinviava al precetto espresso da Paolo nella *Sententia*.

Dalla lettura del precetto si capisce che la *stipulatio* veniva considerata come una clausola scritta apposta nel documento e che consentiva alle parti quella *firmitas* che gli stava a cuore.

⁴⁰ Astuti, I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, parte generale, I, Milano, 1952, p. 101. S.v. anche Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, p. 169; Talamanca, *Conventio e Stipulatio*, p. 265.

⁴¹ Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contaldo Ferrini*, pubblicati dalla R. Università di Pavia, Milano, 1946, p. 696 e Astuti, *I contratti obbligatori*, p. 187.

⁴² Cortese, *La norma*, I, p. 203 ss.

⁴³ “*Ut facilius rei gesta probentur*”, come insegnava Giovanni Bassiano, vissuto fino al 1197. Cfr. Meijers, *La theorie*, p. 66-67.

Il giurista Martino fece il tentativo di stabilire un confronto tra causa della *stipulatio* e causa dei contratti innominati⁴⁴, compiendo un'operazione di costruzione dogmatica attraverso l'utilizzo degli elementi del corpus giustiniano affermando che uno dei presupposti della *stipulatio* altro non era che la promessa, che doveva essere accettata, a compiere una determinata prestazione che per essere efficace aveva bisogno di una causa, altrimenti il convenuto avrebbe paralizzato l'azione con l'*exceptio doli*⁴⁵.

Anche nel frammento di Ulpiano, del titolo *de Pactis*⁴⁶, era previsto che l'accordo teso a costituire una certa obbligazione e non rientrante in uno dei contratti nominati fosse efficace solo in quanto munito di causa o sinallagma⁴⁷. E' da evidenziare che nell'interpretazione del termine causa, la romanistica è arrivata talvolta a riconoscere un significato molto ampio, come "momento obbligante"⁴⁸ o come elemento di riferimento dell'equilibrio economico del negozio⁴⁹ ma è

⁴⁴ Le posizioni di Martino sono riferite da Accursio. Secondo Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum* (1922) la posizione di Martino è un'importante testimonianza che l'allievo di Imerio fosse l'interprete più illuminato della Compilazione giustiniana.

⁴⁵ Per il diritto romano l'*exceptio doli* era rimedio generale, in grado di sventare ogni forma di abuso del diritto. Sue moderne applicazioni sono, in materia di titoli di credito, gli artt. 1993, comma 2, c.c., 21 e 65 l. camb., 25 e 57 l. ass.. Tali norme, infatti, pur escludendo l'opponibilità al terzo possessore del titolo delle eccezioni personali ai precedenti possessori, la ammettono ove il possessore medesimo abbia agito intenzionalmente (o scientemente) a danno del debitore. E', allora, possibile la c.d. *exceptio doli generalis*, essendosi in presenza di un abuso del diritto, posto che l'esercizio del diritto in questione (diritto di credito, connotato dal requisito dell'autonomia rispetto al rapporto fondamentale) travalica la finalità oggettiva della norma che ad esso accorda tutela (salvaguardia della sicurezza dei traffici e dell'affidamento dei terzi). Un'ulteriore ipotesi legislativa di abuso del diritto sanzionato col rimedio dell'*exceptio doli generalis* è rinvenibile, in materia di società, nell'art. 2384, comma 2, c.c., che prevede l'inopponibilità ai terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza degli amministratori risultanti dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicate, salva la prova che i terzi abbiano intenzionalmente agito a danno della società⁴⁵. In questo senso s.v. F. Galgano, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Manuale di dir. civ. e comm.*, I vol., p. 497. La tendenza giurisprudenziale odierna è nel senso di applicare il rimedio dell'*exceptio doli generalis*, in quanto basato sulle clausole generali di correttezza e buona fede, oltre le predette fattispecie legislative, come dimostrano le sue applicazioni in materia di contratto autonomo di garanzia.

⁴⁶ Biocchi, *op. utl. cit.*, p. 72.

⁴⁷ Ulpiano riporta, in questo passo, del *responsum* di Aristone.

⁴⁸ Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Aupa* 37, 1983, pp. 5 ss.

⁴⁹ Melillo, *Contrahere, pacisci, transigere*, p. 213 n. 514.

assodato che la giurisprudenza medioevale intese il richiamo alla causa contenuto nel passo *ulpianeo* come prestazione eseguita.

Si interpretava, infatti, la causa del passo *ulpianeo* come *datio vel factum* e il ragionamento di Martino portò ad affermare che la *stipulatio* per essere efficace doveva essere giustificata da una prestazione già eseguita (*datio vel factum*).

Ma questa tesi non ebbe sviluppi positivi, poiché se avesse preso piede si sarebbe giunti ad una unificazione della teoria della causa per tutti i contratti, “per la naturale forza espansiva insita nello schema della *stipulatio*”⁵⁰: una sorta di aggregazione imperniata interamente nell’avvenuta esecuzione di una prestazione.

Martino, in effetti, puntando sull’indole della *causa (naturalis) stipulationis*, restringendo alla controprestazione già eseguita, escluse la controprestazione solo promessa, al pari di quanto avviene nei contratti nominati⁵¹. Respinte da Azzone⁵² le argomentazioni di Martino furono recuperate dalla dottrina francese del Duecento che le trasmise ai commentatori italiani con una modifica sostanziale: la *stipulatio* è espressamente definita un contratto nominato, *l’exceptio doli* ne blocca l’esperimento dell’azione come *l’exceptio inadimpleti contractus* paralizza l’azione derivante dalla compravendita⁵³.

Per Accursio la causa nei contratti innominati consisteva nella *datio vel factum* già eseguita, mentre la causa della *stipulatio* poteva anche essere legata al futuro.

⁵⁰ Biorocchi, *op. ult. cit.*

⁵¹ Cortese, *op. ult. cit.* p. 543.

⁵² Azzone, *Lectura* in Cod. 4, 64, 3, *De rerum perm.*, l. *ex placito*; Accursio, gl. *rerum natura* in Inst. 2, I, II, de rer. Div. *Singulorum*; Id., gl. *rerum natura*, ibid. p. 37, in *pecundum*; Id. gl. *quod natura* in Dig. I, I, I, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam, ius naturale*. S.v. anche Guazzalini, *Natura, idest Deus*, in *Studia Gratiana*, III, Bologna, 1955, p. 412 ss..

⁵³ Pierre de Belleperche, *Repetitio*, in Cod. 4, 64, 3, *de rerum perm.*, l. *ex placito*.

Respinto il tentativo di Martino, e consolidandosi il presupposto che la *stipulatio*⁵⁴ senza il consenso delle parti non era valida, il problema si spostò sull'elemento soggettivo e i glossatori rimasero ancorati alle categorie contrattuali del *corpus iuris* giustiniano per le loro elaborazioni in tema di causa della *stipulatio*.

In primis cercarono di avvicinare la “*promessa sine causa*” alla donazione che era, come la *stipulatio*, un contratto unilaterale che per la sua efficacia non richiedeva alcuna forma.

Anche in questo accostamento si pose il problema della causa che si complicò ulteriormente, poiché vi era chi affermava che la causa della donazione era antitetica a quella dei contratti innominati.

Per la dottrina si faceva riferimento ai motivi individuali. Molto importante fu la posizione della giurisprudenza medievale che propugnava l'idea che la donazione era un atto privo di causa in cui predominava lo spirito di liberalità⁵⁵.

Il concetto di “liberalità” esprime l'assenza di costrizione, giuridica o anche solo morale, in chi senza corrispettivo dispone a favore di altri di un proprio diritto o si obbliga nei suoi confronti ad una prestazione di dare.

⁵⁴ Ibidem, pp.391-394

⁵⁵ Galgano. F., *Dizionario enciclopedico del diritto*, volume I, Padova, 1996, p. 266. Si definisce liberalità l'atto con cui una parte arricchisce l'altra *senza esservi tenuta*. In altri termini una parte effettua l'*arricchimento* senza che ciò configuri *adempimento di una obbligazione*. Inoltre è opportuno sottolineare che il soggetto attivo (*colui il quale pone in essere l'arricchimento altrui*) lo fa per *soddisfare un proprio interesse non patrimoniale*. La nozione di *liberalità* indica, quindi, una categoria di atti che comprende sia atti unilaterali (come la remissione del debito) sia contratti (come la donazione). Per tutti gli atti di liberalità *diversi* dalla donazione la causa liberale necessita di essere *accertata in concreto*, mentre la donazione costituisce l'unico contratto tipico per il quale lo spirito di liberalità rappresenta un elemento causale *intrinseco*: una donazione, pertanto, è tale *soltanto se compiuta per spirito di liberalità*; se si accerta il mancato rispetto di tale requisito, la donazione stessa è nulla per mancanza di causa. Per quanto riguarda, invece, gli atti diversi dalla donazione, essi possono essere compiuti anche per soddisfare un interesse di natura *patrimoniale*, andando così a configurare un *atto meramente gratuito*.

La liberalità non è solo spirito umanitario o caritativo; essa non è esclusa dal fatto che il donante, come nel caso di donazione remuneratoria⁵⁶ sia animato da riconoscenza nei confronti del donatario per i suoi meriti.

Mentre lo spirito di liberalità è escluso in chi dà, senza corrispettivo per ottemperare ad un obbligo giuridico, morale o sociale, in adempimento di un'obbligazione naturale. Su questa posizione vi furono molte discussioni tese ad individuare un elemento rilevante per la donazione cioè *l'animus donandi*.

Non si riusciva ad individuare il motivo per cui il donante compiva tale atto visto che non c'era una causa che giustificasse l'atto, salvo la liberalità, appunto, del donatore.

Secondo alcuni si trattava di una causa riconoscibile nel negozio, ad esempio l'apposizione di una condizione o di un termine che portava a far diventare la donazione un atto sinallagmatico⁵⁷; oppure si riteneva che la causa fosse all'interno della sfera soggettiva facile da riconoscere e che incideva sull'efficacia dell'atto.

Chiara riferimento all'elaborazione del concetto di *causa finalis*, che trovava applicazione nel principio cessante *causa cessat effectus*.

⁵⁶ La donazione remuneratoria è una vera e propria donazione, della quale condivide i vincoli formali ed il regime giuridico sostanziale. La donazione remuneratoria si caratterizza, invece, per quel che concerne il motivo di remunerazione che è elemento essenziale di questo specifico contratto di donazione. Con riferimento ai motivi, si possono distinguere: donazioni remuneratorie per motivi di riconoscenza, donazioni remuneratorie per meriti del donatario con riferimento ad opere od attività oppure in riferimento a specifiche qualità personali e donazioni remuneratorie per speciale remunerazione e, cioè, in conseguenza di uno specifico servizio reso. La donazione remuneratoria va, in ogni caso, distinta dall'obbligazione naturale in quanto, mentre quest'ultima viene estinta *solvendi causa*, la causa della donazione remuneratoria è sempre quella liberale. La donazione remuneratoria, pur condividendo il regime formale e la disciplina sostanziale delle ordinarie donazioni, presenta talune peculiarità. In questa sede, si ricorda come la donazione remuneratoria, diversamente dagli altri tipi di donazione, non è soggetta a revoca per ingratitudine o per sopravvenienza di figli. Cfr. Biondi, *op. ult. cit.*

⁵⁷ Cortese, *La norma*, I, p. 210 ss.. L'Autore ha più volte precisato della confusione tra causa, modo e condizione.

Tale concetto iniziò ad essere utilizzato nell'epoca di Giovanni Bassiano⁵⁸ ed era opposta alla *causa impulsiva*, ed è importante in quanto non si confonde con i motivi delle parti, ma rappresenta lo stimolo ad agire e la si individua con la *causa proxima*, ed è estesa alla realizzazione degli effetti⁵⁹.

L'avvicinamento della struttura unilaterale della donazione e della *stipulatio* era consentito da un punto di vista formale, poiché nella prassi il contratto *verbis* era adatto a qualsiasi negozio, sia unilaterale e sia plurilaterale, sotto il profilo casuale, invece, la distanza tra i due contratti era segnata dall'essere per sua natura la donazione un contratto gratuito.

Il mondo romano non conosce la donazione come contratto⁶⁰, così come definito dal nostro codice civile all'art. 769, e la *causa donandi* veniva individuata nello scopo del donante, nel porre in essere il negozio, trova esecuzione nella conclusione di un negozio ad effetti reali od obbligatori, ad esempio, *mancipatio*, *stipulatio*, *traditio*.

La mancanza della causa autorizza il donante ad esercitare una *condicio* per stabilizzare la situazione patrimoniale.

Non è importante l'atteggiamento del donatario ma *l'animus donandi* del donante, per avere la *donatio* i giuristi chiedono che, per l'attribuzione del diritto dal donante al donatario, non fosse connesso un corrispettivo. Non è un negozio oneroso bensì gratuito e per il suo perfezionamento, serve l'incontro delle dichiarazioni di entrambe le parti. Nel nostro codice vigente la donazione è inserita nella parte

⁵⁸ Giovanni Bassiano morì nel 1197 e fu professore di diritto canonico (*Bononiensis ecclesie canonicus et iuris canonici magister dictus*), fu un importante glossatore della scuola bolognese: allievo di Bulgaro, uno dei quattro maestri "eredi" del grande Irnerio, fu a sua volta maestro del grande Azzone. Il pensiero di Giovanni Bassiano, ovvero Jean Bassien, Bazianus e *maître Jean*, ci è stato tramandato dal suo allievo Nicolaus Furiosus.

⁵⁹ È tuttavia *de futuro*, Cfr. Calasso, *Il negozio giuridico*, p. 293 ss., Cortese, *La norma*, I, p. 219.

⁶⁰ Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli 2005, pp.546-551.

dedicata alle successioni *mortis causa*, come un contratto con il quale, per spirito di liberalità, una parte (donante) arricchisce l'altra (donatario) disponendo a favore di questa un diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione.

La donazione è un tipico atto di liberalità costituito da due elementi: *l'animus donandi* di chi dona, inteso come lo scopo di conferire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi costretti (la liberalità non si identifica con il motivo individuale che anima il donante e dall'arricchimento del donatario il quale non deve nulla al donante.

Anche qui ciò che conta è *l'animus donandi* del donante e non il comportamento del donatario, il quale non è obbligato ad effettuare una prestazione nei confronti del donante. Da tutto questo complesso di realizzazioni concrete, che abbiamo presentato, emerge un filo conduttore che fa capo ad un concetto unitario; ne risulta attraverso atteggiamenti e sfumature diverse, il concetto della causa nel negozio giuridico; ma insieme risultano anche gli aspetti incerti e contraddittori che la critica più analitica appunta in questo concetto⁶¹.

Il contratto di donazione sorge allo scopo precipuo di arricchire un altro soggetto: ne segue che elementi della donazione sono lo spirito di liberalità e l'arricchimento. Lo spirito di liberalità (*animus donandi*) è, secondo la dottrina maggioritaria, la causa del contratto, la quale, anche per la donazione, va distinta dai motivi, i quali, per regola generale, restano al di fuori della convenzione. Problematico è, al contrario, delimitare siffatto spirito di liberalità in quanto la dottrina e la giurisprudenza, pur condividendo la tesi che in esso risieda la causa del negozio, offrono di esso molteplici descrizioni. In via generale per

⁶¹ Cfr. Grosso, *op. ult. cit.*, p. 535.

spirito di liberalità può intendersi l'intento *altruistico* di beneficiare il donatario⁶².

Altri orientamenti, di stampo oggettivistico, ritengono invece che la funzione della donazione consista unicamente nell'attribuire un proprio bene ad altri senza conseguire un corrispettivo.

Lo spirito di liberalità, reclamato dall'art. 769 c.c., non atterrebbe alla causa del negozio, ma servirebbe esclusivamente a colorare l'intenzionalità dell'attribuzione non bilanciata economicamente dal corrispettivo. È donazione anche quella remuneratoria, cioè quella fatta per riconoscenza, in considerazione dei meriti del donatario o per speciale remunerazione, ex art. 770 c.c..

⁶² Di ciò un'eco negli atti notarili (soprattutto in tempi passati) ove il donatario dichiara di accettare "con animo grato", quale volontà correlata all'intento altruistico del donante.

1.3. I commentarii Juris Civilis di Francois Connan e la teoria del sinallagma.

Sguarnito di sistemi dogmaticamente rifiniti e di corrette elaborazioni, l'Alto Medioevo prospetta tecniche ricostruttive seppur mediocri ma quantomeno in grado di plasmare una coscienza giuridica destinata a raggiungere dopo il Mille traguardi di singolare raffinatezza⁶³.

Nei primi secoli⁶⁴ l'accezione del termine *causa* appare ondeggiante e rivela la fluidità del concetto. Oltre al significato generico di *giustificazione* o *motivo* e all'altro di processo, gli viene spesso attribuito dal legislatore barbarico quello di *fattispecie concreta contemplata nella norma*⁶⁵; inoltre, il vocabolo, comprensibilmente, finisce per indicare abitualmente la stessa situazione normativa. E' oltretutto significativo che un analogo fenomeno⁶⁶ si avverta nella terminologia relativa al campo specifico delle obbligazioni, ove la parola indica la vera e propria causa del negozio⁶⁷, il suo contenuto o addirittura il negozio stesso⁶⁸.

I glossatori e i commentatori, profusero uno sforzo immane, e partendo da quel terreno secolare colmo di pratica notarile e normativa, riuscirono a toccare punte mai più toccate e lasceranno in eredità all'epoca moderna la sistemazione del problema della causa⁶⁹.

⁶³ Cortese, *Causa* (voce), *Diritto intermedio*, in Enc. del dir., VI, Milano, p. 535.

⁶⁴ Indagare lo svolgimento negli oscuri secoli che vanno dall'invasione longobarda al sorgere della Scuola di Bologna significa scontrarsi con le difficoltà di una delicata valutazione d'indizi per lo più sfuggenti, celati spesso dietro la mera contestazione del diverso valore espressivo assunto da una parola in contesti differenti: indagine sottilissima intrapresa da Calasso, s.v. *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 53 ss., e sfociata ultimamente in una ricostruzione squisitamente storica.

⁶⁵ Così *Grim., prol.*, e *Liut.*, I33, parlando di *adfigere in edictio*

⁶⁶ Come testimoniato dagli Editti Longobardi e dai Capitolari Franchi.

⁶⁷ *Rot.*, 36I: "*si qui salii pro quacumque causa wadium et fideiussorem ...dederit*".

⁶⁸ *Liut.*, prol. a. 717: "*causae quae a quibuscumque que hominibus disponuntur*"; s. v. anche *Liut.*, 8, I07, II2, II7, Rachi 5.

⁶⁹ Cortese, *Causa* (voce), *op. ult. cit.* p. 536.

E così, nell'epoca del diritto intermedio, grazie alla lungimiranza dei bolognesi⁷⁰, si passò da “quei noiosi prologhi”⁷¹, nei quali sovente si sottoponeva il *Corpus Iuris* alle inutili indagini sulla causa finale, formale, materiale ed efficiente, oltreché sull'*intentio* e sull'*utilitas*, a dislocare queste forme nel metodo di studio dei singoli problemi giuridici e dunque, finalmente, i vari aspetti della causa vennero collegati ad alcuni istituti in modo da costituire elementi sostanziali.

E naturalmente il trasferimento dal campo gnoseologico e metafisico sul quale agiva la causa dei filosofi, a quello pratico in cui si muove il diritto non poteva avvenire senza scosse.

Si trovò, la causa, anche ad essere individuata ai confini tra l'ordine giuridico e quello religioso.

⁷⁰ La Scuola di Bologna (XII – XIII secolo), scuola di giuristi e studiosi, ricostruì l'opera di Giustiniano I di Bisanzio, il *Corpus iuris civilis*, e ne fece quindi un'analisi approfondita, riscoprendo e reinterpretando i testi classici. Mentre in altre situazioni, per esempio a Parigi, le origini dell'Università furono legate alla Chiesa e all'autorità monarchica, a Bologna lo *Studium* rappresentò un esempio di scuola laica, basata su uno stretto rapporto tra studenti e Comune. La vita dell'Università è sempre stata strettamente legata a quella della città. Il primo maestro che lesse in pubblico i testi giustiniani e divulgò il risultato dell'analisi svolta su di essi fu Irnerio - definito da Odofredo come *lucerna iuris qui coepit per se studere ... et studendo coepit docere in legibus*, che la tradizione indica quale precursore e fondatore della scuola bolognese. Fu notevole l'accorrere di studenti, provenienti da tutta Europa, per poter assistere alle *lecturae* dei professori e per ascoltare il maestro che “rivelava” questi testi misteriosi, da secoli dimenticati, mortificati e avviliti dalla cultura alto-medievale. Così nacque la prima *universitas* della storia: fu proprio lo studio del diritto, organizzato secondo basi scientifiche, a dar vita ad una struttura stabile – dotata di uffici, magistrature, statuti – sorta grazie alla spontanea associazione di *scholares*. La risonanza dello *Studium* del diritto fu tale che, già nei secoli XII e XIII, l'ordinamento universitario bolognese era articolato in due *universitas*: una dei *Citramontani*, composta dalle quattro *nationes* dei Lombardi, Toscani, Romani e Campani; l'altra degli *Ultramontani*, che raggruppava ben tredici *nationes* europee. I quattro “dottori” discepoli di Irnerio, ossia Bulgaro, Martino, Hugo e Jacopo, furono considerati tanto autorevoli da essere chiamati come consiglieri dell'imperatore nella dieta di Roncaglia (1158). Il risultato centrale dell'attività di Irnerio e i suoi discepoli consistette nella trasformazione di un testo, antico di secoli e dimenticato, in una normativa vigente e suscettibile di immediata applicazione. Attraverso l'opera di interpretazione del testo, in chiave altamente libera e creativa, la Scuola di Bologna intese adattare a fattispecie concrete norme che in origine avevano una differente funzione, ricollegandovi scopi attuali che tali norme di per sé non possedevano.

⁷¹ Cortese, *op. ult. cit.*.

Poiché ci fu un momento in cui la causa fu individuata come “fondamento e limite d’ogni potere”⁷². E dunque se la causa veniva elevata a rango di canone per la valutazione etico-giuridica dell’attività umana, non stupisce che sia intervenuta anche per conciliare le pericolose massime romane dell’assolutismo con le incalzanti esigenze di legalità, assai sentite dalla coscienza medievale. Inizialmente i glossatori intorno alla figura del *princeps legibus solutus*, ovvero che il principe è svincolato dalle leggi, indicando in questo modo la *potestas absoluta* che si riconosceva alla figura del principe, avevano accompagnato un’elaborazione molto fragile in quanto non escludevano un obbligo morale del monarca di sottoporsi alle leggi. Nelle loro analisi, dunque, non vi era una presa di posizione contro la *potestas* del monarca poiché all’atto pratico l’obbligo morale di sottoporsi alla legge risiedeva esclusivamente sulla buona volontà dello stesso. Tuttavia, seppur limitata ad un momento eccezionale dell’attività sovrana, la *plenitudo potestatis*⁷³ non perdeva per questo la capacità di intaccare i principi di legalità: verso la metà del Duecento, la glossa di Innocenzo IV alle Decretali, prospetta la

⁷² Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, 1955, p. 151 ss; ID. *La proprietà, il principe, e l’espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952, p. 115 ss.; Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1951, p. 259 ss..

⁷³ Il concetto di “*Plenitudo potestatis*”, alla base della teocrazia del papato medievale significa che il Papa, come Vicario di Cristo ha, potenzialmente, pienezza di potere e di autorità su qualsiasi altro potere, sia “in spiritualibus”, cioè all’interno della gerarchia della Chiesa, sia “in temporalibus”, cioè nel suo rapporto con i diversi poteri temporali terreni (sovrani, re, imperatori, capi politici); in quest’ultimo caso, però, tale pienezza del potere è solo potenziale e si esercita realmente solo nel caso di mancanza del potere temporale universale, cioè nel caso di vacanza dell’imperatore, caso questo, però, molto comune nell’epoca di Dante e che determinò, dunque, gravi ingerenze del Papa nella politica dei singoli Comuni italiani; Dante scrisse il suo trattato politico la *Monarchia* contro la dottrina della “*plenitudo potestatis*” e per rivendicare la piena uguaglianza dell’imperatore e del papa per quanto concerne l’origine del loro potere e la funzione che essi assolvono. Entrambi, appena eletti, hanno la pienezza del loro potere, che deriva loro da Dio, anche se esso deve essere esercitato in sfere diverse: la temporale pertiene all’imperatore e la spirituale al papa. Cfr. Visentini, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, 2008.

soluzione del problema, proponendo la regola che “*non sit ea - plenitudo potestatis – utendum generaliter sed tantum ex causa*”⁷⁴.

Già agli albori della scuola di Bologna erano vivi i germi che dovevano condurre l’esigenza di una causa a diventare il perno di tutta la teoria dell’atto legislativo.

La prima importante opera di impostazione sistematica prodotta secondo i gusti umanistici furono i *Commentarii Juris Civilis* di Francois Connan. La produzione, concepita intorno al 1540, si affacciò alla luce, ultimata, solo nel 1553. L’opera è caratterizzata dal fatto di essere in stretta corrispondenza con gli insegnamenti dei maestri riconosciuti dell’umanesimo giuridico francese e soprattutto si propone come un’opera personalissima, unica nella produzione giuridica⁷⁵. Connan ebbe posizioni eterodosse, prima tra tutte l’affermazione legate all’inefficacia del patto anche nell’ambito del diritto naturale⁷⁶. L’obiettivo palesato dal giurista era quello di munirsi di un quadro di insieme che consentisse di comprendere le varie parti del diritto.

Nel 1500 le *Istituzioni* erano un punto di riferimento costante in quanto erano dotate di uno schema semplice relativo a *personae, res, actiones* mentre il *Digesto*, che conteneva un complesso molto vago di *responsa* degli antichi giuristi romani conveniva “depingere in tabula”, e quindi raffigurare entro tavole i suoi contenuti.

⁷⁴ Se è vero che la sanzione per il monarca che avesse contrastato il principio di legalità era lasciata al campo religioso per l’impossibilità di configurarne una giuridica – *licet non habeat hominem qui sua facta diiudicet ... certum est quod peccat apud Deum* – quell’accordo tra lo spirituale e il temporale che il Mediovo volle necessario non poteva ammettere l’esistenza di un diritto ove la norma divina vedeva un peccato: “*non dicimus posse quod cum peccato possumus*”, riferisce Andrea d’Isernia.

⁷⁵ Era, tuttavia, anche allineata con il clima intellettuale dello scorcio del regno del sovrano-filosofo Francesco I; Cfr. Birocchi *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, 1997, p. 97.

⁷⁶ Emblematica fu la posizione di Carrara, ne *La formazione dei contratti*: “Le considerazioni di Connan non offrono speciale interesse, se non per la parte che riguarda gli effetti dei patti secondo il diritto naturale”.

Ebbene, la raffigurazione in tavole del diritto nonché l'esprimere sinteticamente e in maniera ordinata la materia rappresentò un *topos* nel Cinquecento e anche oltre.

Connan, lontano dai condizionamenti dell'accademia, condusse uno studio metodico volto alla "riscrittura del diritto"⁷⁷. Il carattere dell'originalità fu evidente e raggiunse immediatamente consensi e tributi: gli fu riconosciuta la grande capacità di sistematizzazione del diritto, fino a quel momento solamente dichiarata dai giuristi culti⁷⁸, facenti capo alla scuola dei culti, che aveva propugnato un indirizzo scientifico, affermatosi a partire dagli inizi del XV secolo che, sulla base dei principi diffusi dall'*umanesimo giuridico* sosteneva la necessità di uno studio filologico e storicizzante del diritto giustiniano e, più in generale, del diritto romano classico che, secondo la dottrina impartita dalla scuola era stato da *Giustiniano I* arbitrariamente alterato e sottratto ai posteri⁷⁹.

L'interpretazione di Connan, dunque, costituisce un esempio ma anche un'evoluzione del metodo seguito dalla Scuola dei culti, in particolare di quello rispondente all'indirizzo "sistematico". I culti

⁷⁷ Luis Le Roy lo scrisse nella lettera indirizzata al cancelliere Francois Oliver e pubblicata nelle pagine iniziali dell'edizione dell'opera di Connan.

⁷⁸ L'opera, tuttavia, rimase incompiuta poiché sopraggiunse la morte dell'autore.

⁷⁹ Tale indirizzo scientifico nacque in Italia, annoverando tra i suoi maggiori esponenti *Andrea Alciato* ma si sviluppò in Francia e da qui si propagò in Europa come *mos gallicus*, contrapposto al *mos italicus*. Attraverso l'impiego dell'interpretazione filologica la scuola giunse ad una storicizzazione e ad una relativizzazione del diritto romano, che venne inteso come un edificio dogmatico di principi, di norme e di istituti coordinabili tra loro secondo un metodo razionale, ed eventualmente rinvenibili anche all'esterno degli (ormai) discutibili criteri giustiniani di collocazione delle materie. Al fine di trarre dalle fonti del diritto romano la loro originaria essenza, era necessaria una profonda conoscenza della storia, del diritto e della lingua latina e greca. La penetrazione nel campo giuridico degli indirizzi storico-filologici propri dell'*umanesimo letterario* non solo aveva prodotto un particolare spregiudicato interesse per il processo storico di formazione del *Corpus iuris civilis*, ma aveva anche, per la prima volta, scosso la visione di unitaria ed indiscutibile autorità che di esso avevano avuto i giuristi nei secoli precedenti. In tal guisa, si profilò in termini sempre più chiari la questione di validità del diritto giustiniano come norma di diritto vigente ed attuale. Oltre all'Alciato, possono annoverarsi tra i seguaci della nuova scuola: *Jacopo Cuiacio*, *François Hotman*, *Ulrich Zäsy*, *Denis* e *Jacques Godefroy*.

fanno ricorso alle fonti antiche, giuridiche e non giuridiche, con l'intento di incidere direttamente sull'interpretazione e dunque sull'applicazione delle fonti del diritto.

La portata innovativa dell'analisi di Connan della struttura giuridica del contratto è anche fondata sulla causa del contratto, ovvero la fonte della sua natura di obbligazione vincolante che risiede nel sinallagma, che egli reinterpreta etimologicamente come "scambio". Lo scambio, tuttavia, determina l'obbligatorietà, il vincolo, non già la forma né la tradizione della cosa né le formule tipiche dello *ius civile* e neppure il consenso. Quest'ultimo, infatti, non può conferire forza obbligatoria ai "patti nudi", cioè alle manifestazioni di volontà allo stato puro, che non sono "vestite" da forme o da cause tipiche e non tipiche, secondo quanto afferma Ulpiano in D.2.14.7.4: *nuda pactio obligationem non parit*. Per il principio di equità, che vede la giustizia come una proporzione⁸⁰, è necessario che si mantenga un equilibrio delle rispettive prestazioni ed è questo a giustificare la trasformazione del patto in contratto, non già il fatto che l'ordinamento abbia previsto la singola figura negoziale.

Sintetizzando⁸¹, efficacemente, si può asserire che con l'analisi di Connan non valga più l'idea che sia il *nomen* tipico ad agire da *vestmentum pactorum*.

Tornando al metodo sistematico seguito da Connan, si vede allora come l'approccio filologico nella ricerca dell'etimologia e della cultura classica che si estende alle fonti non giuridiche conduca il giurista a conclusioni di indubbia portata teorica e pratica. Con il

⁸⁰ Lo sosteneva Aristotele.

⁸¹ Cortese, *op. ult. cit.*

giusnaturalismo e più tardi con il Codice Napoleonico si affermerà però il principio che l'obbligazione nasce dal consenso delle parti.

Nella dottrina sul contratto Connan attribuiva un ruolo preponderante al *sinallagma*⁸², considerato come causa dell'obbligazione⁸³.

Il termine *sinallagma* deriva dal greco ed è un elemento costitutivo implicito del contratto a obbligazioni corrispettive, nel quale ogni parte assume l'obbligazione di eseguire una prestazione (di fare o di dare) in favore delle parti.

I contraenti assumono a loro volta l'obbligazione di eseguire una prestazione in favore di uno dei contraenti.

La corrispettività consiste dunque in un rapporto di condizionalità reciproca tra le prestazioni. Esso rappresenta il punto di equilibrio raggiunto dalle parti in sede di formazione del negozio giuridico nella congiunta volontà di scambiarsi diritti e obbligazioni attraverso lo scambio di una prestazione con una controprestazione.

Alla base della costruzione della teoria da parte del giurista francese c'è una concezione utilitaristica e razionale della società dove i contratti rappresentano degli strumenti di scambio tra i membri della comunità che è governata dallo *ius gentium* e dallo *ius civile*.

Dal coordinamento dello *ius gentium* e dello *ius civile* si deducono i fondamenti ed i principi della disciplina sul contratto.

Il *ius naturale*⁸⁴ si divideva in due tipologie⁸⁵: una che manteneva l'epiteto di *ius naturale*, che definiva delle regole imm modificabili su

⁸² Biocchi, I., *op. ult. cit.*, pp.116-120.

⁸³ Bergfeld, *Franciscus Connanus*, p. 168-172; Nanz, *Die Entstehung*, p. 68. A tal proposito è molto probabile che abbiano operato le suggestioni stoiche di cui Connan era ben nutrito: è noto anche l'interesse che Cicerone e Seneca portarono per il concetto di causa. S.v. Georgesco, *Essai sur le mot causa dans le latin juridique. Etude de philologie juridique*. Bucarest, Imprimerie nationale, p. 1936. Cfr. Biocchi, *op. ult. cit.* p. 116.

⁸⁴ Per *ius naturale* si intende un insieme di precetti, di norme, un ordine normativo a carattere etico, razionale, immutabile e divino che deriva da un ordine insito nello stato delle cose, che sta scritto

ciò che era giusto e ingiusto; l'altra era denominata *ius gentium*, che garantiva un insieme di regole rivolte al cambiamento in quanto basate sul consenso delle genti e propendente all'*utilitas*, e di questa categoria facevano parte una serie di contratti.

Il *ius gentium* era rivolto ad assicurare l'*utilitas* della società e ad una ragione di convivenza si doveva il riconoscimento dell'efficacia giuridica dei contratti in uso nei commerci. Questo riconoscimento si basava sulla sussistenza del sinallagma dal quale scaturivano delle obbligazioni sia per i contratti di uso frequente e quelli innominati, i quali di solito propri di una determinata *civitas*⁸⁶.

nel cuore degli uomini che lo sentono proprio. Il diritto alla vita, alla libertà ed alla proprietà, unitamente al diritto al nome, all'identità personale e alla famiglia che rappresentano i principi fondamentali e per questo che il diritto naturale è un codice essenziale che racchiude tali principi. Ad esso è contrapposto il diritto positivo che consiste nell'insieme delle norme "vigenti", di quei precetti, cioè, che in un dato momento storico rappresentano l'ordinamento giuridico di uno Stato. Se da un lato, dunque, la fonte del diritto positivo è l'Autorità del Potere Pubblico cioè lo Stato e si vietava di denominare diritto qualsiasi regole che non trae origine da esso. Mentre il diritto naturale trova la sua legittimazione in una serie di concezioni filosofiche e politiche che precedono la fondazione stessa dello Stato, prima il diritto naturale operava come diritto comune dal quale si estrapolavano i principi di giustizia ed i diritti delle diverse comunità o città, legati alle diverse esperienze e tradizioni. Il compito dei giudici era quello di indagare in relazione al caso quale fosse il diritto giusto al fine di pronunciarlo alle parti, giusto in quanto corrispondeva alla natura dell'uomo. Per questa ragione il diritto naturale è un metodo valutativo del diritto positivo, della sua giustizia, della sua equità ed, infine, della sua "legittimità". Molto importante fu la tragedia di Sofocle che narra la storia di una giovane donna Antigone che viene chiamata da Maritan "*l'eterna eroina del diritto naturale*" ed era nata per amare, e non per odiare, non esitò ad opporsi alla legge umana del tiranno Creonte che chiedeva obbedienza non solo nelle piccole cose ma anche in quelle grandi, sia giuste che ingiuste al fine di rispettare e di far trionfare la legge degli Dei. Antigone trasgredisce un decreto di Creonte il quale vietava la sepoltura di Polinice che aveva tradito la patria e bisognava lasciarlo agli avvoltoi, ma la giovane Antigone seppellisce il fratello consapevole di aver violato una legge del re. Ella fu condannata e venne murata viva in una tomba in cui si impiccò con il suo fidanzato Emone, con tale gesto volle salvare se stessa al di là della morte e riconfermare la fede nella morale inserita in un ordine divino superiore alle trame umane. Antigone dimostrò che è meglio disobbedire ad un uomo che subire la collera degli dei. Da ciò si può desumere che il diritto naturale va alla ricerca del giusto comportamento, cioè giusto secondo armonia secondo la ragione umana. Pizzorni, *Il diritto naturale dalle sue origini a S.Tommaso D'Aquino*, Bologna, 2000, pp. 5-140.

⁸⁵ Connan, *Commentariorum juris civilis*, lib. I, cap. VI, Basileae, apud. Nic., Episcop. Iuniorum, 1557. La connessione tra i fondamenti filosofici e quelli giuridici della dottrina contrattuale di Connan ben presente alla storiografia contemporanea.

⁸⁶ Orbene, ne il *ius gentium*, ne il *ius civile* davano l'azione alla semplice promessa, giacché mantenere la parola data di per se rispondeva solo ad uno stile di vita onesta, mentre il diritto umano aveva come fine la conservazione della società. Cfr. Connan, *Commentariorum juris*, lib. I, cap. VI, n. 12, 22a.

Il *ius gentium* era considerato come una parte del diritto naturale ma era inteso anche come diritto umano, che, a sua volta, differiva dal diritto della civitas (*ius civile*) “per l’origine e l’estensione, non per validità”⁸⁷. Tuttavia, il *ius civile* e il *ius gentium* erano entrambi diritti vigenti.

Da questi presupposti scaturiscono alcune conseguenze: le disposizioni dello *ius naturale* erano ispirate dal fine utilitaristico ed avevano il carattere della *necessitas* ed, inoltre, posto che le obbligazioni furono introdotte dal diritto delle genti⁸⁸, si chiariva perché le semplici promesse e anche quelle fatte *ob causam* non fossero efficaci, il diritto non tutelava né l’intenzione e neanche le enunciazioni soggettive poiché erano racchiuse nella sfera morale e quindi si rifacevano allo *ius naturale*.

Il giurista francese allegava che per riconoscere il carattere di *necessitas* al vincolo l’ordinamento aveva bisogno di un *quid* che riguardasse la struttura della promessa che legittimasse la tutela al fine di assicurare il compimento delle relazioni contrattuali tra i *cives* senza arrecare danni, questo *quid* non era altro che il sinallagma.

All’inizio Connan⁸⁹ attribuì al termine sinallagma il significato di *commuto* che si doveva riferire a tutti gli atti umani sia leciti che illeciti da cui scaturisce l’obbligo di risarcire il danno.

Connan, procedendo nella costruzione giuridica del termine, però si rese conto che da una parte e dall’altra si doveva eseguire una prestazione e che non vi rientravano le donazioni, né i patti che non contenevano quella *vicissitudo obligationis*.

⁸⁷ Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, p. 82.

⁸⁸ Connan, *op. ult. cit.*, lib. I, cap. VI, n. 13, 22b.

⁸⁹ Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, 1997, pp. 120-130.

Partendo da queste considerazioni arriva ad individuare la regola che l'accordo è obbligatorio quando una delle prestazione viene eseguita, ma se colui che prometteva non eseguiva la prestazione per vanità non era responsabile nei confronti di chi aveva riposto fede nella promessa priva di causa e che non era che una semplice promessa.

Connan manifesta così il suo dissenso con la dottrina dominante, in relazione all'ordinamento naturale e a quello civile.

La dottrina corrente sosteneva che gli uomini nell'ordinamento naturale erano vincolati alle promesse senza causa per evitare le controversie che potevano nascere da tale disciplina, con l'intervento del secondo si sarebbe affermata la necessità della *stipulatio* con l'estensione dell'efficacia alle promesse.

Il giurista francese al contrario sosteneva che gli uomini erano costretti ad eseguire quei contratti in cui era presente il sinallagma cioè i contratti che venivano usati nelle relazioni commerciali come la vendita, la locazione ed ecc.

Da quanto detto ora si intravede che la costruzione di Connan, in cui la funzione del sinallagma era di unificare i contratti, producendo, contemporaneamente, l'effetto di creare l'obbligazione, prendeva spunto dal passo di Ulpiano che distingueva i contratti nominati⁹⁰ da quelli innominati⁹¹.

⁹⁰ I contratti nominati sono quelli tipici e si fa riferimento ad uno schema contrattuale previsto espressamente dall'ordinamento giuridico, la cui disciplina è stata dettata dal codice o da una legge speciale.

⁹¹ Mentre i contratti innominati sono quelli atipici non sono previsti dal codice e vengono stipulati in virtù del principio dell'autonomia contrattuale prevista all'articolo 1322 del codice civile.

Mentre Ulpiano⁹² riconosceva il *sinallagma* solo nei contratti innominati, Connan riconosce che anche i contratti nominati sono produttivi di obbligazione in quanto hanno in sé il *sinallagma*.

Da questo ritorna al suo punto di partenza affermando che il termine *sinallagma* equivale al latino *permutio*, che faceva riferimento ad uno

⁹² Ulpiano nella sua opera afferma che le *conventiones iuris gentium*, producono talvolta azioni talvolta eccezioni. Quelle che creano azioni non mantengono il nome di *conventio* ma acquistano il nome di un contratto tipico come *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *commodatum* ed altri *ceteri similes contractus*. All'esordio del testo si dice che, tra le *conventiones iuris gentium*, quelle che ricevono tutela per mezzo di *actiones* passano in *proprium nomen contractus*. Tale affermazione apre la grave questione della tutelabilità di quelle convenzioni che non passano nello schema contrattuale. Il termine *nomen contractus* è da leggersi nel senso che un certo numero di *conventiones* trova riconoscimento in una formula edittale: esiste pertanto una corrispondenza tra *nomen contractus* e la formula dell'editto. Il riferimento al *nomen* si deve interpretare secondo il punto di vista di Ulpiano che è quello "specializzante" dei singoli *nomina* contrattuali. Esaminando attentamente ciò che afferma il giurista severiano, si può constatare che all'esordio si dice che tra le *conventiones iuris gentium*, quelle che ricevono tutela a mezzo di azione acquistano il *nomen proprium* di contratto. Ciò fa ritenere che un certo numero di *conventiones* trovi il suo riconoscimento in una formula edittale: d'altra parte se si abbandona l'ottica processuale che è l'elemento fondante il diritto romano, si rischia di stravolgere il senso della distinzione tra contratti nominati e contratti innominati. Nominato è quel contratto che non solo ha una propria denominazione nella prassi giuridica, ma anche gode di una particolare disciplina per la sua tutela. Ulpiano prosegue, asserendo che ciascuna *conventio* passa direttamente nel *nomen* dei singoli contratti: affermazione che può leggersi sotto una doppia angolatura. Il *nomen*, s.v. Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazioni di un concetto nella giurisprudenza classica*. Padova, 2004, pp. 46 ss.; di ciascun contratto è posto in rilievo, e dunque l'attenzione del giurista pare concentrata sulla riconducibilità delle *conventiones* alle formule edittali previste. Si è in presenza di una prospettiva di tipo processualista. Se invece si sposta lo sguardo sul *nomen contractus*, vale a dire su quello dell'intera categoria, si vede che le *conventiones* transitanti in *proprium nomen contractus* appartengono tutte alla comune idea di contratto, idea che ne travalica i tipi. Quindi la prospettiva diventa di tipo sostanziale. Tuttavia è evidente che il problema che Ulpiano si pone è di tipo processuale: si tratta di stabilire se sono tutelabili o meno le *conventiones* che non passano in un *nomen* specifico. La soluzione necessariamente presuppone uno sviluppo sul piano sostanziale che a sua volta prevede ed elabora un'idea generale di contratto. Ricapitolando, l'insieme delle *conventiones* si divide in una parte che è costituita da quelle che passano nel *nomen contractus* ed un'altra dalle *conventiones* che non assumono una struttura specifica. La bipartizione corrisponderebbe alla differenza che c'è tra contratti che producono azioni e patti che producono eccezioni. I contratti tutelati da azioni dovrebbero essere rappresentati soltanto dalle *conventiones* che passano nel *nomen contractus* e tuttavia il testo continua dicendo che vi sono *conventiones* prive di *nomen* che si chiamano contratto e sono tutelate da azioni. Il paragrafo primo del brano termina con un'esemplificazione delle *conventiones* che passano in *proprium nomen contractus*, come *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *commodatum* ed altri simili. L'elenco accomuna contratti rientranti nella tipicità in senso edittale Cfr. A. Burdese, *Considerazioni preliminari allo studio del diritto romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956, p. 350., cioè con una formula *ad hoc* che li tutela, ma la scelta cade su tipi di contratto che presentano tutti una caratteristica: la causalità. Sono contratti tipici caratterizzati da una causa determinata *a priori*. Il ragionamento porta alla conclusione che alla presenza di una *conventio*, che realizzi una causa tipicamente riconosciuta, si avrà un contratto

scambio che non si perfezionava a seguito della pronuncia di parole, bensì il fatto materiale *res et factum*.

La *ratio* per cui i contratti avevano forza obbligatoria stava nel nesso sinallagmatico che si creava in base ad un accordo, quindi si aveva il trasferimento del bene da una parte all'altra e le cose oggetto di scambio erano in commercio.

Tutto ciò aveva rilevanza per i contratti e non per la *stipulatio* che era basata sul consenso ma non sul nesso sinallagmatico.

Il giurista francese distingueva i contratti gratuiti da quelli *ob causam*. Sono contratti gratuiti, ad esempio, la donazione, il mutuo, mentre sono contratti *ob causam* quelli che avvenivano con bilateralità dell'obbligo.

Ha una visione della causa in senso obiettivo ed afferma che è un elemento di controllo esterno dell'obbligazione senza limitare la libertà delle parti di stipulare un contratto.

Riafferma, inoltre, che per la conclusione del contratto ciò che era importante è l'*animus* di obbligarsi e non le parole enunciate dalle parti.

La teoria elaborata dal giurista francese rappresenta l'apertura ad un sistema libero dalle concezioni romanistiche, dove le parti possono decidere di impegnarsi giuridicamente.

Gli interpreti hanno riscontrato, da recenti studi delle fonti romane, una certa corrispondenza tra il nostro concetto di causa ed il sinallagma, sostenendo che il sinallagma supera la *datio vel factum* e cogliendo una basilare differenza, cioè che è adatto ad un modello di utilità economica che consente una ripartizione dei sacrifici, cioè

“frutto di un sistema di valori condivisi entro una società culturalmente omogenea qual era quella della Roma del tempo”⁹³.

Importante nel nostro percorso di ricerca delle fonti, circa la causa del contratto, è il contributo dato dal diritto canonico⁹⁴ che svolse un ruolo centrale nella formazione del contratto.

Il concetto di causa del contratto, infatti, ricompare intorno al XII° sec. nelle “*Senteces*” di Pierre Lombard e nella “*Concordia discordantium canonum*” di Graziano.

L’influenza di queste due opere fu di notevole importanza ed i giuristi, a partire da questo momento incominceranno a volere qualcosa di più del semplice rispetto delle forme: il contratto doveva avere una causa naturale⁹⁵.

Pertanto il diritto canonico definisce la causa e la inserisce in quei contratti in cui (per il diritto romano) non era prevista, e così tende al raggiungimento di un equilibrio contrattuale. Sorge una nozione di causa che permette di elaborare un concetto funzionale all’equità vale a dire all’equilibrio contrattuale⁹⁶.

Nei contratti sinallagmatici i canonisti identificano una connexite tra le obbligazioni sulla base del principio *non servanti fidem non est fides servanda*. Il contratto vincolante è, dunque, *nudum a solemnitate, sed non a causa*⁹⁷.

Per i canonisti tuttavia il consenso è un elemento importante per la nascita dell’obbligazione, che non deve essere contrario alla morale ed

⁹³ Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto, elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 391. L’autore individua nella causa delle fonti romane la funzione che deve collegarsi allo scambio realizzato dal sinallagma.

⁹⁴ Rolli., *Causa in concreto e causa in astratto*, Padova 2008, pp-14-20

⁹⁵ *La cause naturelle: “la forme donne à l’acte son existence, mais non sa validité, qui depend d’une cause naturelle”*: Cfr. Chevrier, *Essai sur l’histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyer-Age – Droit savant francais*, Paris, 1929, p. 4.

⁹⁶ Terrè-Simpler-Lequette, *Droit civil – Les obligationis*, Paris, 2005, p. 346.

⁹⁷ Rolli, *op. ult. cit.* p. 13.

è vincolante solo se si basa su una causa vera ed effettiva che non rileva solo in astratto, come condizione di validità del contratto, fondata in linea di principio sul nesso di corrispettività, ma anche in concreto. In realtà la causa è un vero e proprio strumento a disposizione dei giudici al fine “di interrogare le coscienze dei contraenti e di moralizzare il contratto”⁹⁸.

Ecco perché, alla luce di quanto detto, la teoria della causa è il frutto dell’attività dei canonisti che nonostante l’influenze religiose e pratiche riescono a salvaguardare le parti ed i terzi da una promessa che non menziona la causa⁹⁹.

Per i civilisti la causa la si individua con i *vestimentum*, si imputa a Piacentino l’enunciazione della teoria dei *vestimenta pactorum*.

Individuò, infatti, la c.d. *pacta induta*, ritenendo che il patto dovesse considerarsi vestito quando fosse congiunto a qualcosa atto ad attribuirgli efficacia obbligatoria.

Piacentino si occupò delle diverse tipologie di patti, tra cui possiamo distinguere i *Pacta principalia* e i *Pacta accessoria*.

I *Pacta principalia* erano quelli che si sostenevano da soli e si distinguevano in “patti nudi” e “patti inauditi” (vestiti).

I patti nudi non avevano efficacia obbligatoria, l’accordo poteva essere concluso successivamente.

Mentre i patti inauditi si dovevano considerare vestiti quando erano collegati ad un *quid* che gli attribuiva forza obbligatoria, qui si fa riferimento alle quattro categorie dei contratti nominati, quindi ai

⁹⁸ Mazeud H. L. – Mazeud J., *Lecons de droit civil*, T. XII, V. I, Paris, 1965, p. 239.

⁹⁹ Questo messaggio è stato ampiamente recepito dai civilisti: infatti per Baldo lo scopo perseguito dai contraenti deve essere conforme alla pace, alla concordia, alla morale, in una visione che senza alcun dubbio accresce il potere del giudice.

vestimentum che avvenivano attraverso le *res*, i *verba*, le *litterae*, ed il *consenso*, a cui se ne aggiunge una quinta cioè la consegna della cosa.

I *pacta accessoria* si dividevano invece in patti sulla sostanza del negozio e patti sulla natura degli elementi accidentali.

Questo era il fulcro della teoria di Piacentino¹⁰⁰, dove il punto centrale era il patto, entro il quale si collocava il contratto come specie.

Quindi nella teoria dei *vestimentum*: il patto nudo era considerato come sostanza, il *quid* era considerato come accidente.

Si può affermare che fin dall'inizio la teoria dei *vestimentum* si poneva l'obiettivo di trovare la *ratio* della materia contrattuale, sostenendo che il patto (categoria generale) non aveva azione, mentre il contratto (categoria di specie) era obbligatorio, né discende che il patto vestito ha efficacia obbligatoria e non si poteva fare riferimento alle categorie contrattuali romane.

Le cose cambiarono quando la generazione successiva a Piacentino tentò una sistemazione ambiziosa, nei patti obbligatori si pensò di inserirvi patti come la *constitutum debiti*, le figure di *recepta*, i *pacta preitorie* ed i *pacta legitima*.

Alla luce di tutto ciò l'interprete era spinto alla ricerca di ulteriori ragioni, grazie all'operato dei glossatori che si dedicarono all'esegesi degli schemi dei singoli contratti, e anche l'operato dei giudici e notai fu molto importante.

I glossatori cercarono di spiegare e di penetrare nel cuore di tali schemi contrattuali in modo che i giudici e notai, chiamati in concreto a giudicare, avessero dei punti di riferimento a cui rifarsi.

¹⁰⁰ Biocchi, *op. ult. cit.*, pp. 50-54

Il principale strumento che utilizzarono per addentrarsi negli schemi contrattuali fu la teoria degli elementi naturali, sostanziali ed accidentali.

È possibile sintetizzare così lo schema che usarono: in ogni schema contrattuale è possibile individuare gli elementi strutturali che ne costituiscono l'essenza della fattispecie, cioè *substantialia contractus*.

Vi sono quegli che si adattano alla struttura e ci conducono al tipo contrattuale, cioè i *naturalia contractus*, e vi sono quelli che vengono inseriti dalle parti nell'esercizio della loro autonomia, gli *accidentalialia contractus*.

Non era che un'invenzione dei glossatori e significava dare una nuova forma alle materie del *corpus iuris*.

Si passa così da un sistema fondato sul *nomen* ad una concezione basata sul tipo.

La teoria considerava, per un verso, il concetto di *natura contractus* e, per un altro, dei patti aggiunti ai contratti.

I *naturalia*, che erano stati modificati dall'intervento delle parti, venivano considerati come una consuetudine per dar vita a diversi tipi contrattuali in aree economiche e tutto ciò serviva a dare una sistemazione della materia contrattuale.

Come afferma Baldo:¹⁰¹ la teoria, *ab origine*, rappresentò il fulcro degli interessi dei glossatori e faceva da sostegno agli altri elementi.

¹⁰¹ Baldo degli Ubaldi (Perugia, 2 ottobre 1327 – Pavia, 28 aprile 1400) è stato allievo di Bartolo da Sassoferrato e professore di diritto presso le università di Bologna, Perugia, Pisa, Firenze, Padova e Pavia. Fu autore di numerosi *Commentari* alle diverse parti del *Corpus Iuris Civilis* di Giustiniano, ai primi tre libri delle *Decretales* e ai *Libri feudorum*. Nel diritto pubblico, seguì la via tracciata da Bartolo ed estese il principio *rex in regno suo est imperator* ai comuni, riguardo ai quali sostenne anche che essi, pur essendo soggetti all'autorità imperiale, avevano il diritto di eleggersi liberamente i governanti, bastando a ciò il tacito consenso dell'imperatore (teoria poi ripresa e sviluppata da Coluccio Salutati). Tra le sue opere principali si ricordano: i Trattati *de syndicatu officialium*, *de duobus fratribus*, *de significatione verborum*, *de pace Constantiae*, *de*

Si sostiene che le parti sono libere di utilizzare gli elementi *naturalia* di un tipo contrattuale in un altro tipo, l'unico tipo dell'elemento contrattuale era il consenso.

Se all'inizio il punto fondamentale per la dottrina, la teoria degli elementi, serve a penetrare nel cuore dei "tipi" contrattuali e, quindi, ad effettuare delle riflessioni sulla struttura che aveva già una propria funzione.

Successivamente la dottrina afferma che non bisogna condurre alcuna indagine sulla causa dell'obbligazione, poiché le ragioni dell'obbligazione sono insite nello schema contrattuale formato da una serie di elementi in più il consenso.

Per la scienza giuridica medievale non si pone il problema della causa poiché lo schema è dotato di una struttura tipica (*nomen*).

Il problema si pone per i contratti innominati e, con l'espansione della teoria dei *vestimenta*, emersero dubbi legati alla figura del consenso.

Al tempo si diffondeva l'ipotesi che il consenso rivestisse l'accordo.

Le varie critiche, sollevate da Baldini e Da Susa, negavano di far rientrare nei *vestimenta* le cause obbligatorie dei contratti nominati.

Il *vestimenta* non poteva che riguardare il patto nudo, mentre il contratto era una fattispecie complessa ed aveva il carattere dell'obbligatorietà.

La teoria dei *vestimentum pactorum* doveva fornire un'interpretazione dell'intero sistema contrattuale e dare una concezione sintetica delle cause dell'obbligazione insite negli schemi contrattuali. La dottrina sposta la sua attenzione verso il diritto canonico, in modo particolare

feudis e la *Summula respiciens facta mercatorum*, contenente una serie di osservazioni e principi (*Consilia*) da lui formulati quando era consultore dell'arte della mercanzia di Perugia, e che hanno gettato le basi per la formazione del diritto commerciale. A Baldo si deve inoltre il primo studio sulla cambiale. Cfr. Birocchi, *op. ult. cit.*, pp.61-66.

dalla glossa di Teutonico al decreto di Graziano, in cui l'ordinamento riconosce efficacia al patto nudo; quindi interviene la prassi con la *curia mercatorum* che riconosce l'obbligatorietà dell'accordo anche se non rivestiva forme solenni.

La funzione dei *vestimentum pactorum* con il passare del tempo finì col limitarsi alla *stipulatio* e alla *causa* dei contratti innominati.

Da tutto ciò emerge che la sistemazione della materia contrattuale¹⁰² è stata inserita nella scissione dei contratti nominati e innominati ed è stata utilizzata la teoria dei *vestimenta pactorum*.

Rimase il pensiero che i contratti innominati avevano il vestimento della causa (cioè *datio vel factum*); i contratti nominati erano dotati del *nomen* e questo serviva per la loro efficacia.

Da tale pensiero emerge la teoria generale del contratto.

¹⁰² *Ibidem*, pp.297-309

1.4. L'elaborazione del concetto di causa nella dottrina civilistica francese: Domat, Pothier e il Code Napoleon

Con Domat sorge la nozione classica della causa del contratto. Il giurista caratterizzò quel momento storico da cui si muove la sistemazione contrattuale moderna, con particolare riferimento alla tradizione che precede il *Code Napoleon*¹⁰³. E' all'opera di Domat, insieme a quella di Pothier, che si deve una prima sistemazione della "teoria della causa".¹⁰⁴

È pur vero che considerando la tortuosità del percorso storico della causa, ci si rende facilmente conto di come vi si giunga attraverso una pluralità di riflessioni ed esperienze giuridiche che si sono sedimentate progressivamente e come molteplici siano le radici su cui si fonda l'elaborazione del concetto di causa.

È importante considerare, innanzitutto, come nell'opera di Domat e di Pothier sia chiara la distinzione tra contratti onerosi e donazione.

Se per i contratti onerosi Domat parla di *fondement*, che consiste nel corrispettivo dato o promesso dall'altra parte, per la donazione è il *motif raisonnable et juste*, ad essere individuato come causa.

In questo modo alla nozione di causa, che richiamava la *res vel factum* con la quale si attua lo schema sinallagmatico, si elimina l'elemento materiale che viene identificato con lo scambio promesso.

Con Domat, in via definitiva, il diritto abbandona la nozione di causa del contratto alla quale si era avvicinato il diritto canonico per abbracciare la nozione di causa dell'obbligazione.

¹⁰³ Cfr. Birocchi, *Quaderni Firoentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 19, Milano, 1990.

¹⁰⁴ Cfr. Rolli, *Causa in concreto e causa in astratto*, Padova 2008, pp. 18-28.

Comincia a prendere corpo la cosiddetta “teoria soggettiva” secondo la quale la “causa” del negozio doveva rintracciarsi nel “motivo ultimo” che aveva spinto il contraente a concludere l’atto giuridico.

Più precisamente, la causa si distinguerebbe per essere il motivo ultimo, che risulta costante in ciascun tipo di contratto giacché nella serie delle rappresentazioni psichiche che precedono ogni dichiarazione di volontà è sempre possibile distinguere l’ultima, che funziona come motivo determinante dell’azione, da tutte quelle che la precedono.

Il limite di tale prospettiva risiede nel fatto che nel riordinare e rielaborare la tradizione romanistica del diritto privato, finiva per disarticolare una visione scientifica della causa, non distinguendo gli aspetti prettamente psicologici della volontà negoziale da quelli “oggettivi” sui quali si fonda realmente la moderna economia dello scambio.

È in quest’ultimo senso che il Pothier ritenne, invece, che la causa dovesse ravvisarsi in senso oggettivo, quale fondamento di ogni singola attribuzione derivante dal contratto.

Con Pothier, la causa diviene la “somma degli scopi perseguiti dalle parti”.

In realtà questo modo di argomentare appare soddisfacente finché si considerano i negozi a prestazioni corrispettive, ma si svela inadeguato non appena si cerca d’indagare la causa di altri negozi.

Il problema principale di questa ultima impostazione, quindi, era data dal fatto che tendeva ad un’atomizzazione della causa, anche se la sua recezione nel *Code civil*¹⁰⁵ avrebbe segnato una “tappa importante nella storia normativa della causa perché stava a significare il

¹⁰⁵ Sul punto si rimanda all’art. 1311 del *Code civil*.

riconoscimento che non basta obbligarsi ma occorre che l'impegno abbia una sua adeguata giustificazione”.

I confini tra la teoria soggettivistica e quella oggettivistica della causa, in realtà, sono molto più tenui di quanto potesse pensarsi, in quanto quale motivo ultimo della parte, la causa viene infatti a cadere normalmente sulla stessa entità indicata come fondamento oggettivo del negozio.

La discrepanza sembra allora ridimensionarsi a due diverse visuali del medesimo fenomeno.

Per la teoria soggettiva la causa rileva come contenuto della raffigurazione psichica della parte, e cioè quale ragione determinante della sua volontà; per la tesi oggettiva come requisito che incide sulla giustificazione obiettiva dell'obbligazione.

Partendo da queste ultime considerazioni appare chiaro il motivo che spinse la dottrina ad affrontare il problema della causa della donazione. In dottrina si domandarono quale fosse lo scopo che persegue il donante.

In verità, non riscontrando alcun interesse, che non si poteva individuare in quello - tautologico - di voler arricchire la controparte (cioè, appunto di fargli un dono), si pensò di giustificare la donazione in forza dell'*animus donandi*.

Addirittura c'è stato chi ha affermato¹⁰⁶ che la donazione dovrebbe essere considerato come un negozio astratto, considerato che l'atto è fondato sul solo intento di dare, in assenza di ogni scopo ulteriore.

A questo punto la conclusione è, naturalmente, manchevole e quasi inadatta, ma per certi versi sembrò sufficiente ad esaurire ogni dibattito.

¹⁰⁶ Barassi, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 1900.

La dottrina non tardò ad accorgersi che, al di fuori della tranquillizzante categoria dei contratti corrispettivi, moltissimi negozi erano riconosciuti validi pur rimanendo nascosto lo scopo perseguito dalla parte nel contrarli.

Nacque, così, la categoria dei negozi astratti, nella quale si intese ordinare tutti quegli atti validi in cui mancasse l'*expressio causae*¹⁰⁷.

Se la formula latina "*expressio causae*" sia, oggi, qualcosa di più che un masso erratico, non è semplice a dirsi.

Essa pare, all'interprete che se ne voglia occupare in maniera compiuta ed in una prospettiva attenta alla storia degli istituti e delle dottrine, la testimonianza di una tradizione dogmatica ormai superata dalla elaborazione della categoria della causa dell'atto di autonomia, che detrattori e sostenitori ricostruiscono in maniera indipendente dal profilo della sua *enunciazione*¹⁰⁸.

Quanto esposto sin ora richiede anche di distinguere la causa dai motivi, in quanto, se la causa è lo scopo delle parti, essa è ontologicamente eguale ai motivi, da questa distinguendosi solo

¹⁰⁷ A tal proposito s.v. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009; L'Autore nel testo indica la procura come negozio astratto.

¹⁰⁸ Ci si può insomma legittimamente chiedere se detta formula, nel tentativo di farsi *definitio e regula*, sia non già *pericolosa*; sul punto s. v. Gianvoleno, *Omnis definitio in iure civili periculosa est* (D. 50, 17, 202). Ma più che altro prossima a disvelarsi alla stregua di un brocardo, peraltro di dubbia importanza, da utilizzare senza eccessiva preoccupazione, purché esista accordo sul suo significato di massima; cfr. Galgano, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991, p. 83 ss. Né è facile, di converso, trarre dalla conoscenza storica, che offre un panorama quantomai eterogeneo di esperienze, tutti gli elementi necessari affinché il sintagma latino possa dirsi in grado di compendiare un insieme coerente di regole giuridiche orientate a soluzioni pratiche rilevanti, o quantomeno in grado di descrivere in maniera netta e utile, dal punto di vista sistematico, profili logico-giuridici capaci di apportare un qualche grado di chiarimento tra gli studiosi. Sull'utilità del termine "pratico" che vuole essere qui utilizzato nel significato esplicitato da Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, ora in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 103 ss. e, in particolare, p. 116 ss.; mentre sui rapporti tra conoscenza storica e dogmatica, e con particolare riferimento alla scienza romanistica, è decisamente molto attuale quanto scrive Calasso, *Il negozio giuridico, Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1959, pp. 13-41: dunque le prime due *Lezioni*; cfr. inoltre le suggestive pagine di BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giur.*, 99-100, 1928, ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, 1991 (a cura di Crifò), p. 66 ss.; ID., *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, nella *Prefazione*.

quantitativamente: vale a dire che siffatta causa sarebbe data da motivi nobili.

La dottrina propose vari criteri per operare la distinzione.

Secondo alcuni, la causa sarebbe data da quei motivi che non mutano al mutare dell'identità del contraente; secondo altri, la causa andrebbe colta nell'ultimo motivo (ultimo in senso logico) informatore la volontà.

Ad ogni modo le tesi dei due autori sviluppano un nuovo modo di intendere il contratto, cioè : “una convenzione per la quale le due parti si impegnano reciprocamente l'una verso l'altra a fare a non fare qualcosa”.

Si esprime il concetto di consensualismo cercando di superare ogni formalismo e tipicità, riconduce l'effetto obbligatorio della convenzione al consenso.

Dagli studi condotti dai due giuristi francesi emerge un nuovo elemento denominato “motivo” o indicato con il termine di causa tanto che arrivano ad elaborare un concetto di causa sufficiente, razionale e giusta come attributo del patto.

Da ciò si può dedurre che per entrambi la causa si rifà alla causa dell'obbligazione, cioè, alla causa dell'impegno assunto da una parte al fine di perseguire lo scopo dei contraenti.

Questa teoria subisce un incursione dalle teorie anticausaliste, comunque minoritarie, che affermano che tale teoria è inutile ed è falsa poiché la nozione romana di causa è legata al formalismo che diviene inutile quando il consensualismo diviene il principio base del contratto in generale.

Si fa notare, ancora, che il diritto romano non fa della causa il legame tra due prestazioni reciproche che risultano da un contratto sinallagmatico.

Secondo le teorie anticausaliste, quindi, la causa non può essere un requisito del contratto ma viene identificata con gli altri elementi di esso, cioè con la volontà nella donazione, con l'oggetto nei contratti onerosi, inoltre sarebbe l'oggetto che si vuole raggiungere con il contratto stesso.

I Tribunali nella loro azione concreta recuperano la nozione di causa del contratto, seppur nella visione concreta del diritto canonico, suscettibile di valutazione di liceità, capace di fare penetrare profondamente le regole morali nel commercio giuridico.

In questa prospettiva la causa diviene strumento laico di controllo.

I Tribunali, infatti, non si fermano al ruolo tecnico che si vuole assegnare alla causa ma difendono l'interesse sociale contro la volontà senza scrupoli, ricercano lo scopo dei contraenti e lo incorporano negli elementi costitutivi del contratto, confermando, così, la funzione della causa come strumento di controllo dell'autonomia privata.

La teoria francese sulla causa, recuperando le riflessioni canonistiche, ne fa il *but* dei contraenti.¹⁰⁹

Il termine *but* che si sostituisce alla causa, da un lato indica la volontà della parte di obbligarsi e dall'altro esprime lo scopo perseguito dai contraenti.

Esso viene preferito alla causa in quanto espone lo scopo perseguito dalle parti, distinto dai motivi soggettivi che spingono i contraenti a voler stipulare il contratto.

¹⁰⁹ Rolli, *op. ult. cit.*, p. 26.

Nell'articolo 1108 del *Code Napolèon*¹¹⁰, ritroviamo la causa dell'obbligazione tra gli elementi essenziali delle convenzioni al fine di garantire la validità delle stesse.

Grazie al prestigio raggiunto dalle opere dei due giuristi francesi che il *Code Napolèon* recepisce la nozione di contratto obbligatorio, accoglie il principio consensualistico e introduce l'effetto traslativo.

L'articolo 1131, inoltre, disciplina la causa illecita, cioè quando è proibita dalla legge, quando viola l'ordine pubblico e il buon costume.¹¹¹

Il *Code Napoleon*¹¹² aderisce, in definitiva, alla concezione soggettiva della causa, cioè allo scopo che ciascuna parte persegue per assumere il proprio vincolo.

In Francia, con il *Code Napoleon*, si attesta la raffigurazione del contratto come accordo di volontà e verrà denominato *convention*.

Il contratto moderno sorge sul principio della libertà o autonomia dall'ordinamento giuridico.

Il negozio giuridico, ed il contratto, che dal primo si distingue in ragione della sua funzione patrimoniale oltre ad essere necessariamente bilaterale, avrebbero la loro genesi, dunque, nella vita

¹¹⁰ Il *Code Napolèon* nasce alla fine del settecento grazie al lavoro svolto da una commissione composta da quattro giuristi scelti da Napoleone stesso, fu molto proficuo, basti ricordare che molti Stati l'adottarono o lo imitarono come in Italia dove il codice civile del 1865 ricalca fedelmente il codice francese, proprio per il suo carattere di rottura nei confronti della tradizione legislativa. Allontanandosi dalle antiche compilazioni, che recepivano senza un vero ordine logico le norme promulgate dai sovrani e le consuetudini, il testo francese rappresenta la prima codificazione privatistica poiché, disciplina in toto la materia dei rapporti civili obbedendo a scelte sistematiche. E così, oltre a legarsi al modello garantistico della certezza, questo testo è il risultato dello sforzo fino allora compiuto dai giureconsulti europei per armonizzare le massime giuridiche, e per racchiuderle in formule brevi e immediatamente comprensibili: e cioè per esprimerle in un linguaggio che, pur con l'uso dei termini tecnici, si lasci intendere senza ulteriori difficoltà. Dal punto di vista della sistemazione generale del contenuto dei singoli precetti, il Code Civile, omologandosi ai programmi delle classi che avevano sconfitto l'assolutismo, rispecchia i principi borghesi. È entrato in vigore nel 1804. S.v. sull'argomento Corradini, *Garantismo e statalismo*, Giuffrè, Milano 1984, pp.40-43.

¹¹¹ Questo aspetto viene interamente ripreso dal codice civile del 1865.

¹¹² Rolli, *op. ult. cit.*, p. 36 e p. 43.

di relazione, come atti con il quale l'individuo dispone dei propri interessi, spinto dai propri bisogni: atti di autonomia privata, per l'appunto, che consiste contrattuale, considerato uno dei valori fondamentali degli ordinamenti giuridici.

L'interesse e l'iniziativa privata individuale esistono già nella vita sociale indipendentemente dalla tutela e dal riconoscimento che ricevono nel potere di determinare e regolare i propri interessi¹¹³.

Il codice francese diviene la linea guida dei codici preunitari, cioè per il Codice per il regno delle Due Sicilie del 1819, Codice per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820, del Codice civile Albertino del 1838, e del Codice civile degli Stati Estensi del 1852.

Sebbene siano dotati di poca originalità, rappresentano un punto molto importante nella storia giuridica italiana, e non solo testimoniano il desiderio di una normativa unica in tema di rapporti privati ma prepararono il terreno per il codice del 1865¹¹⁴.

Nonostante l'Italia fosse divisa in tanti piccoli stati, grazie all'influenza del testo francese si ritrovò una disciplina omogenea in materia di rapporti privati che portò alla redazione di un codice unitario che divenne lo strumento dell'azione di governo.

Il contratto, anche qui, viene collocato al centro del sistema delle relazioni economico-sociali, con la significativa denominazione di "accordo" all'art. 1098.

¹¹³ Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Camerino-Napoli, 1994, p. 44 ss.

¹¹⁴ In Italia, in seguito alla unificazione politica della penisola e la proclamazione del Regno nel 1861, si sentì la necessità di unificare anche la legislazione civile. Ciò non fu difficile da realizzare; si credeva, infatti, che per garantire l'autonomia dell'individuo e per consolidare gli equilibri politici raggiunti, lo strumento idoneo fosse proprio un codice strutturato sulle orme di quello francese. Il codice fu promulgato nel 1865. Pur riconoscendo, a differenza del *Code Napoléon*, l'esistenza dei gruppi intermedi (associazioni, partiti, sindacati, ecc.), l'impostazione generale faceva ancora leva sull'individuo, al quale si doveva assicurare la più ampia possibilità di realizzare ed esprimere l'autonomia privata, e riconoscere massima importanza alla terra e in genere alla proprietà immobiliare.

Si accoglie il principio consensualistico e si esalta la libertà contrattuale, perché la libera circolazione dei beni e libero gioco delle forze economiche crea automaticamente soddisfacenti equilibri sociali senza che l'ordinamento giuridico interferisca con limitazioni e restrizioni alla libertà contrattuale, o, in generale all'iniziativa privata. La miglior garanzia che il contratto concluso sia buono, cioè socialmente utile, è che sia voluto dalle parti contraenti.

Si ritiene infatti che nel valutare i propri interessi, nessuno è miglior giudice di se stesso; l'ordinamento deve perciò lasciare ai privati ampia libertà di autodeterminarsi, di decidere, cioè, con chi stipulare un affare, se stipularlo e a quali condizioni sul presupposto che il perseguimento dell'utile individuale vale indirettamente a promuovere il benessere collettivo.

Dalla lettura del codice del 1865, soprattutto dei libri II e III, emerge l'influenza del codice francese, in quanto riprende l'istituto della proprietà, sacra e intoccabile, il contratto e il dogma della libertà negoziale del potere di obbligarsi e di concludere dei vincoli.

Infatti l'art.436 del codice italiano ricalca fedelmente l'art. 5445 del codice francese che definisce: “La proprietà¹¹⁵ come il diritto di godere delle cose nella maniera più assoluta, purché non se né faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti”; gli articoli successivi affermano che nessuno può essere costretto a cedere la sua proprietà se non per causa di pubblico interesse (art. 438) e dietro corresponsione di un indennizzo.

¹¹⁵ Sulla definizione della proprietà nel Code Napoleon, S. Rodotà, *Note intorno all'art. 544 del "Code civil"*, in *scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969.

Anche in materia di obbligazioni e contratti il Codice del 1865 si mantiene fedele al codice francese, anzi, se in altri settori vengono apportate modifiche per adattare il testo alle esigenze socio-politiche del paese, il settore dei contratti non è toccato se non in parti marginali.

In particolare questa materia è anche nel codice italiano costruita sul principio del dovere di eseguire gli accordi con correttezza e lealtà ed è nella parte del diritto obbligatorio, ove è racchiusa la norma che prescrive ai soggetti stipulanti d'eseguire gli impegni in buona fede. Proprio qui il legislatore italiano si mantiene con maggior rigore fedele allo schema francese e ne recepisce in larga misura gli sviluppi interni.

Il codice del 1865 infatti riprende le regole del codice francese sulla buona fede e sull'equità nei contratti recependo quasi alla lettera gli articoli 1134 e 1135 del testo napoleonico, che sono riuniti nell'art. 1124 secondo cui "i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nello stesso espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano".

Con questo articolo tuttavia l'obbligo della buona fede è incluso negli effetti del contratto (e non negli effetti delle obbligazioni come nel modello francese), distinguendo in forme inequivocabili il negozio, che è fonte di figure giuridiche soggettive, dai rapporti obbligatori, che rappresentano il prodotto del consenso fra le parti.

Il legislatore italiano, vieta il contratto in favore di terzi, ignora l'impresa e non prende in considerazione, se non marginalmente, il contratto di lavoro.

Nel definire i requisiti essenziali per la validità di un contratto è ripreso l'art. 1108 del codice francese, cosicché essi sono individuati dall'art. 1104 del codice del 1865 nel consenso della parte che obbliga, nella sua capacità di contrarre, nella determinatezza dell'oggetto dell'impegno e in una causa lecita nell'obbligazione. Dopo l'affermazione poi che "l'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita, non può avere alcun effetto", l'art. 1122 specifica che "la causa è illecita quando è contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico".

La causa ¹¹⁶ nel codice francese viene riferita solo alle obbligazioni ed è vista come lo scopo (*but*) che porta ciascun contraente ad assumere il vincolo, da ciò emerge la linea della dottrina italiana che segue la dottrina francese nell'affermare la causa dell'obbligazione.

L'art.1104 del codice del 1865 include tra i requisiti del contratto la causa che deve essere lecita per potersi obbligare e riprende l'art 1108 del codice transalpino dove il contratto era concepito obbligatorio e ad effetti obbligatori, non si conosceva affatto l'effetto traslativo del contratto cioè il trasferimento della proprietà di una cosa o di un diritto.

Mentre i codificatori del 1865 precisarono che l'effetto traslativo del contratto non è connesso all'obbligazione bensì al consenso legittimamente manifestato, tutto ciò viene codificato nell'art 1376 del codice civile del 1942 che afferma i contratti che producono come effetto il trasferimento della proprietà di un bene o il trasferimento di un diritto reale su un bene determinato o il trasferimento di un diritto di natura non reale che si attua con il consenso manifestato dai contraenti.

¹¹⁶ *Enciclopedia del diritto*, VI libro, Milano, 1961, pp. 547-550.

Tale effetto si produce dal momento in cui le parti hanno raggiunto l'accordo indipendentemente dalla consegna della cosa, infatti la norma esprime il principio consensualistico.

In Francia l'elemento protagonista del contratto è l'obbligazione, la cui nascita consente di raggiungere lo scopo che le parti si sono prefissate, la causa si identifica con le singole obbligazioni e viene individuata con lo scopo che ciascuna parte persegue con l'assumere il proprio vincolo, coincide con il motivo nello scopo immediato per raggiungere l'intento perseguito dalle parti.

Ad esempio, nel contratto di compravendita la causa dell'obbligazione del compratore si riconosce nel conseguimento della proprietà della cosa ed la causa dell'obbligazione del venditore nell'acquisirne il prezzo. Di notevole rilevanza fu il principio consensualistico¹¹⁷ nel trasferimento della proprietà che consisteva non solo nella consegna della cosa, ma che prevedeva il consenso manifestato dalle parti, l'attribuzione del *vis* traslativo al contratto obbligatorio, e affermava il principio della nullità del trasferimento della proprietà nell'ipotesi in cui il contratto fosse mancante di causa o avesse causa falsa: in questo modo la causa *obligandi* diviene il requisito indispensabile per la produzione dell'effetto traslativo.

Emerge sulla scena giuridica tedesca la concezione obiettiva della causa contrapposta a quella subiettiva: per concezione obiettiva della causa si intende la "funzione", lo "scopo", ovvero la ragione economico-giuridica del negozio giuridico; utilizzando tale nozione si

¹¹⁷ Ibidem, pp.551-554.

volle adoperare tale formulazione non solo per i contratti tradizionali¹¹⁸ che attuano lo scambio di prestazioni ma anche tutti quegli altri in cui le prestazioni sono combinate in modo diverso.

In Italia¹¹⁹ si rimase ancorati alla concezione della causa riferita all'obbligazione, ma si abbandona tale concezione e si arriva ad un nuovo significato di causa in senso oggettivo cioè come di un elemento esterno, estraneo alla determinazione delle parti, e stabilita dalla legge come condizione di efficacia del negozio.

Infatti, non va cercata negli scopi voluti dalle parti ma è un elemento che giustifica la promessa e dà efficacia alla dichiarazione di volontà, inoltre è il fine economico e sociale riconosciuto e garantito dal diritto. Si elimina il concetto di causa sufficiente razionale ed impulsiva che porta il soggetto a stipulare un contratto.

Ma la concezione di causa in senso oggettivo matura nell'attuale codice civile del 1942.

¹¹⁸ *Ibidem*, pp.560-564

¹¹⁹ Da questa breve disamina storica delle codificazioni ottocentesche risalta in modo nitido quei principi che tuttora, anche se rivisitati e più attenuati, permeano l'ordinamento giuridico attuale. La libertà, l'autonomia contrattuale, l'uguaglianza formale degli individui di fronte alla legge, la parità di trattamento; il contatto giusto in ogni caso, se scaturito dalla libera iniziativa privata. Non c'è dubbio, quindi, che in questa epoca storica risalti il valore supremo dell' "avere": i valori esistenziali si subordinano a quelli patrimoniali. È il possesso, la proprietà individuale a determinare quella distinzione tra cittadini ritenuti tutti formalmente uguali. Se è possibile affermare che compito del diritto è sia quello di "conservare", sia quello di "trasformare" le strutture esistenti nella società, Cfr. Perlingeri, *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975. Mentre i principi fondamentali di quei codici rispecchiavano e garantivano a pieno le esigenze nascenti proprie di quell'epoca, contribuivano, inevitabilmente, allo sviluppo economico e industriale che avrebbe condotto la società ad assumere quella fisionomia che oggi conosciamo, di società opulente, consumistiche e industrialmente avanzate

1.5. Valutazioni conclusive tra diritto ed evoluzione storica: la causa tra tradizione ed innovazione

E' da condividere, tuttavia, l'opinione di quanti sostengono che nello studio genetico della nozione è possibile intravedere le eventuali soluzioni al problema.

Nella concezione tipica dell'esperienza tardomedievale e moderna¹²⁰ della storiografia giuridica, si ravvisava una condizione embrionale e preparatoria a quella che sarebbe divenuta la sistemazione contrattuale ottocentesca della nozione di causa; ossia, si intravedeva quel traguardo conseguente alla realizzazione di una sublimazione dell'elemento identificato della volontà degli stipulanti o meglio, contraenti: impianto questo, che ha animato per lungo tempo gran parte della storiografia idealistica del XX secolo ed anche talune recenti ricostruzioni dogmatiche della categoria generale di contratto.

Sia l'ordinamento francese e sia quello tedesco, nonostante le diversificazione dei propri enunciati prescrittivi, essenzialmente riaffermano l'elaborazione del concetto di causa operata dal diritto romano e dalla elaborazione intermedia. Ovvero, l'elemento causale, giammai si discosta da quella che viene definita ragione di quell'atto con cui i privati intendono regolare i rapporti giuridici patrimoniali scaturenti tra loro.

A tale fidelizzazione della nozione di causa, sono rimasti altresì assoggettati gli interpreti dottrinali e giudiziari¹²¹.

¹²⁰ Si rinvia ad alcune posizioni della scuola esegetica francese dell'ottocento tra le quali quella di Demolombe, *Corso del codice civile*, Trad. It., XII, Napoli, Marghieri, 1871, n. 344, p. 147; ripresa da I. Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto*, 1995, Torino, Giappichelli, pp. 18-19. Cfr. F. Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1967; Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, Munchen, Schweitzer, 1985.

¹²¹ Giorgianni, *Causa e Consideration*, (a cura di) G. Alpa, M. Bessone, 1984, Padova, p. 15.

Analizzando ambedue gli ordinamenti, è agevole giungere ad una diversificazione della causa dai motivi, pervenendo in tal modo alle medesime conclusioni.

Tale ripartizione ripropone la propria derivazione dal concetto di causa in *finalis* ed *impulsiva*¹²².

Con la prima nozione, si affermava l'aspirazione finale a cui voleva pervenire il soggetto, ad esempio nella compravendita rispettivamente il raggiungimento del prezzo o della cosa; mentre, con la seconda nozione, veniva indicato l'impulso mentale scaturente da ciascuno dei due soggetti alla base del negozio.

La distinzione tra i due costrutti, dall'oblio iniziale, è giunta sino alla dottrina moderna, la quale, sviluppando le differenze, ha chiarificato ed elaborato quella che è diventata la nozione "oggettiva" di causa. E infatti nel nostro ordinamento, secondo un'opzione ermeneutica che ricalca questa tesi oggettiva, la causa sarebbe da individuare nella controprestazione, così che la causa del contratto di compravendita, ad esempio, sarebbe il denaro; ciò che indurrebbe un soggetto a compiere una certa scelta negoziale piuttosto che un'altra sarebbe la sola controprestazione.

Lo scambio è la sua funzione economica e sociale, ed è, altresì il suo effetto essenziale. *La causa è dunque la funzione economico sociale del contratto.*

Funzione che si risolve nella sintesi dei suoi effetti essenziali. Ogni contratto tipico ha una causa tipica giudicata meritevole di tutela dal legislatore. Il contratto atipico, invece, necessita di un'indagine sulla meritevolezza dell'interesse. Ogni contratto tipico ha dunque una sua causa, mentre per i contratti atipici è necessaria un'indagine caso per

¹²² Calasso, *op. ult. cit.*, p. 231 e p. 293 ss..

caso. Quando il contratto è tipico, comunque, è necessario che gli scopi che le parti si prefiggano siano coincidenti con quelli del legislatore, altrimenti il negozio potrebbe essere illecito, o avere una causa diversa da quella tipica.

Secondo questa visione della causa, l'indagine deve compiersi assumendo una posizione di terzietà: quella, appunto, dell'ordinamento.

La causa diviene, allora, per alcuni la funzione obiettiva economico-sociale del negozio¹²³; per altri la funzione (sempre obiettiva) giuridica dell'atto¹²⁴.

Per funzione giuridica deve intendersi la “sintesi degli effetti giuridici essenziali”¹²⁵. Appare chiaro, a questo punto, che se la causa è la “sintesi degli effetti giuridici essenziali” non esiste nessun negozio degno di questo nome che non abbia almeno l'attitudine a produrre degli effetti. E, se possiede tale attitudine, è sempre possibile offrire una descrizione sintetica degli effetti. E' lapalissiano, inoltre, che per la tesi ora descritta la categoria dei negozi astratti non ha nessuno spazio operativo.

In altri termini non esistono negozi astratti. Quanto all'elemento causale della donazione, l'ordinamenti francese e quello tedesco, confluiscono sostanzialmente, malgrado che nell'ordinamento francese si parli di *animus donandi*, mentre in quello tedesco di *causa donandi*¹²⁶.

¹²³ Sul punto rimandiamo a Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955.

¹²⁴ Cfr. Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile: introduzione, diritto delle persone, teoria dei fatti giuridici* Milano, Giuffrè 1933; *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, Tip. La Sicilia 1934. Questa tesi ha avuto maggiori sostenitori.

¹²⁵ A tal proposito rimandiamo a Perlingieri, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2008. L'Autore parla di “minima unità effettuale”.

¹²⁶ Cfr. Giorgianni, *op. ult. cit.*.

Queste due differenti espressioni sono solidamente strutturate alla diversa derivazione della dottrina della causa, l'una (quella francese) più legata all'elemento soggettivo ovvero a quello della volontà del donante, l'altra (quella tedesca) più vicina al momento del trasferimento della proprietà, *solvendi, credendi* ovvero *donandi causa*. Nel diritto romano classico la donazione è concepita come modo generale di acquisto della proprietà ¹²⁷.

Il ricorso *all'animus donandi* indica tuttavia che la causa è assente per cui tale impostazione ha fatto inquadrare la donazione come un atto *sine causa*¹²⁸. Ecco perché da questa ricostruzione deriverebbe che la causa risulterebbe coincidere con la *res* o con il *factum* e quindi con l'attuale controprestazione ragion per cui è stato affermato che “nella donazione la causa è sostituita dalla forma” ¹²⁹.

A tal riguardo è opportuno precisare che la mancanza di un elemento estrinseco costituito dal corrispettivo ha spinto i *giuristi intermedi* ¹³⁰ a mettere in risalto nella donazione la causa impulsiva, ovvero sia i moventi interni del donante e di conseguenza solamente quando alla donazione viene apposto un *modus*, l'elemento causale viene intravisto più chiaramente¹³¹. Sul terreno dell'astrazione ovvero sia dell'idoneità dell'atto al *raggiungimento* ed alla *conservazione* degli effetti malgrado l'inesistenza della causa, le differenze tra i due ordinamenti non sono troppo marcate.

Per quel che attiene il trasferimento dei diritti, reali o di credito, le differenze sono concettualmente evidenti a causa della diversa

¹²⁷ Cfr. Biondi, Successione testamentaria e donazioni, Milano, 1955, p. 677 e ss..

¹²⁸ Discussione accuratamente illustrata da Perozzi, *Intorno alla donazione*, ora in Scritti giuridici, II Milano, 1948, p. 705 ss., (*contra*) da Fadda, Teoria del negozio giuridico, Napoli, 1909, p. 313 e anche da Torrente, La donazione, Milano, 1956, p. 172 ss..

¹²⁹ Cfr. Gorla, Il contratto, p. 316 ss..

¹³⁰ Sul punto s. v. Giorgianni, op. ult. cit., p. 21.

¹³¹ Sull'argomento s.v. Milone, *La causa nei negozi giuridici*, in *Filangieri*, 1898, p. 422 ss..

concezione dell'invalidità dell'atto traslativo per mancanza di causa, ma in pratica esse sono assai ridotte in conseguenza del principio del possesso per i mobili e di quello della trascrizione per gli immobili, oltre che in conseguenza delle attenuazioni arrecate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La causa sta costantemente ad indicare la *ragione* – ovverosia volta a volta, il *titolo*, ovvero il *fondamento*, ovvero ancora lo *scopo*¹³² - dell'atto con il quale i privati regalano i loro rapporti patrimoniali. La rilevanza di codesta “ragione” dell'atto è riguardata sempre in funzione di una giustificazione delle conseguenze (dal punto di vista logico, la *ratio* è anche causa delle conseguenze) dell'atto stesso, e cioè, a volta a volta, per impedirle ovvero modificarle ovvero negarne la conservazione, ovvero (in uno stato avanzato) per farle nascere¹³³. E' sempre stato difficile indagare sui rapporti tra la dottrina della causa e la progressiva formazione del moderno concetto di contratto, rapporti collegati alla consapevolezza, acquistatasi lentamente, del momento volontaristico e quindi obbligatorio in situazioni nelle quali l'economia primitiva aveva riscontrato un meccanico scambio di beni: si pensi per esempio, oltre al primitivo baratto, alla concezione dei contratti innominati, come quelli nei quali l'obbligo nasceva dalla *res vel factum*¹³⁴.

Nella tradizione, la funzione della causa - coerentemente alla funzione dell'intero ordinamento dei privati – limitava la sua rilevanza ai rapporti tra i soggetti, e serviva a misurare esclusivamente la nascita o il permanere degli effetti obbligatori o reali, ovverosia, per

¹³² Cfr. Calasso, *op. ult. cit.*

¹³³ Cfr. Giorgianni, *op. ult. cit.*

¹³⁴ Cfr. Astuti, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, estr. da Ann. st. dir., 1957, p. 13 ss.

ordinamenti economici ancora embrionali, la nascita o il permanere dell'obbligazione o della proprietà. Donde sorgeva una connessione tra la dottrina della causa e quella della "fonti" dell'obbligazione da un canto e dei "modi di acquisto" della proprietà dall'altro. L'ordinamento francese, quando pervenne alla codificazione era più maturo di quello germanico, avendo da tempo conquistato la categoria generale del contratto ovvero sia della convenzione obbligatoria, idonea a comprendere qualsiasi regolamento patrimoniale di interessi. Il principio consensualistico del trasferimento della proprietà portò alla nuova elaborazione di un contratto obbligatorio capace di avere un effetto traslativo della proprietà: ecco perché il terzo libro del *code civil* (analogamente a quello del codice italiano del 1865) inserì i contratti obbligatori tra *le différentes manières dont on acquiert la propriété*.

La dottrina francese, tuttavia non ha saputo discostarsi da questa suggestione.

Sono queste le ragioni per le quali la dottrina francese è rimasta sostanzialmente fedele alla nozione di causa formulata dal Domat nell'ormai celebre passo delle sue *Lois civiles*¹³⁵, la quale rappresenta l'ultimo stadio della elaborazione millenaria della dottrina italiana e francese della causa, collegato col raggiungimento di una nozione indubbiamente moderna di contratto.

¹³⁵ Domat distingue da un canto i contratti nei quali "l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre", includendovi anche quelli in cui – come, ad esempio, il mutuo – sembra che uno solo dei contraenti si obblighi; dall'altro le donazioni e gli altri contratti in cui uno solo "fait ou donne" nei quali "l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste", soggiungendo che "ce motif tient lieu de cause", Cfr. *Lois civiles*, libro I, Paris, 1777, tit. I, n. 5 ss.

In Pothier questa nozione ha fatto ancora un passo in avanti, con la conquista della categoria dei contratti *interessés* in contrapposto a quelli *de bienfaisance*¹³⁶.

Da tale inserimento della causa nella *convention* dovette nascere presumibilmente l'idea che essa costituisse quasi un elemento naturale del contratto. Così si spiega che nel progetto del *code civil* la causa veniva menzionata solo incidentalmente a proposito della forza vincolante della *convention*.

L'ordinamento tedesco, forse a ragione della più lunga fedeltà al diritto romano, ha recepito più lentamente l'idea generale del contratto e ha mantenuto conseguentemente la separazione tra i modi di acquisto della proprietà e le fonti delle obbligazioni. E' proprio questa molto probabilmente la ragione secondo cui in quell'ordinamento la celebrazione della volontà dei privati è stata vista, non già nel contratto ma nel negozio giuridico, quale applicazione della volontà dell'individuo, secondo i canoni della filosofia allora imperante.

Per questi due sistemi giuridici la causa è sempre ricollegata all'atto con cui si effettua un qualsiasi spostamento giuridico patrimoniale, ovvero per l'ordinamento francese è costituito dalla *convention* (ovvero da contratto obbligatorio), che per il diritto francese è uno strumento idoneo a provocare qualsivoglia modificazione patrimoniale e non soltanto la nascita di un obbligo; mentre per l'altro ordinamento, quello tedesco, tale atto è costituito dal

¹³⁶ Pothier, dopo aver premesso la nozione generale di contratto (*Trattato delle obbligazioni*) individua la causa in questo modo: "Ogni obbligazione deve avere una causa onesta. Nei contratti commutativi la causa dell'obbligazione che contrae l'una delle parti consiste in ciò che l'altra parte le da, o si obbliga a darle, o nel periodo che essa si assume. Nei contratti di beneficenza, la liberalità di cui una delle parti vuole usare verso l'altra è una causa sufficiente dell'obbligazione contratta dalla prima".

Zuwendungsgeschäft (ovverosia dal negozio di attribuzione patrimoniale).

Di conseguenza è chiarita e spiegata la posizione della dottrina francese che vuole congiungere la causa all'obbligazione. Tuttavia anche la dottrina tedesca è dello stesso parere collegando la causa all'attribuzione patrimoniale¹³⁷.

Rappresenta¹³⁸ un'indagine troppo superficiale affermare che il contratto avrebbe più di una causa, e cioè una per ognuna delle obbligazioni che lo compongono, osservazione che risulta molto frequente per il diritto francese da parte dei cosiddetti *anticausalisti*. Anche in Germania è stato affermato che il negozio, ove consti di più attribuzioni, dovrebbe avere più cause¹³⁹.

Altrettanto superficiale è tuttavia la posizione degli *anticausalisti* del secolo XIX, i quali per lo più identificavano la causa con il consenso o anche con la prestazione dell'altra parte o addirittura o con l'oggetto o con il consenso¹⁴⁰.

Appare chiara la sostanziale fedeltà degli ordinamenti francese e germanico alla tradizione latina della causa e lo stesso dicasi per gli

¹³⁷ Giorgianni, *op. ult. cit.*, p. 18

¹³⁸ Perciò, quando la dottrina francese ripete che ad esempio nella compravendita la causa dell'obbligazione del venditore è di avere il prezzo mentre la causa dell'obbligazione del compratore è di avere la cosa, non sembra in alcun modo che essa abbia perso di vista che le due obbligazioni sono intimamente riunite in un composito organismo, quale è il contratto: basti osservare che, se esse fossero smembrate, cesserebbero di essere causa una dell'altra. In sostanza, con quella formula si intende indicare solamente che la causa del contratto di compravendita può essere diversamente valutata dal lato del venditore e dal lato del compratore. L'esclamazione, sia pure autorevole: "*La cause d'un contrat, cela ne signifie rien*" è, per l'ordinamento francese, profondamente sbagliata, perché dimentica tutto il travaglio secolare col quale quell'ordinamento è pervenuto alla nozione di contratto, quale organismo che comprende e indica non solo il *consenso*, ma altresì l'*oggetto* ovverosia le obbligazioni, e la *causa* di queste (s.v. infatti l'indicazione degli elementi del contratto, contenuta nell'art. 1108 *code civil*, e poi nell'art. 1104 del nostro codice del 1865 e nell'art. 1325 di quello vigente).

¹³⁹ Cfr. Conh, *Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte*, in *Arch. Civ. Prax.* CXXXV, 1932, p. 73.

¹⁴⁰ Cfr. Laurent, *Principes de droit civil*, XVI, Bruxelles-Paris, 1893, p. 151 e ss; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1930, n. 1037 e ss; Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1907, p. 558 e ss..

ordinamenti derivati, quali, ad esempio, rispettivamente, quello spagnolo e quello svizzero^{141 142}. Le confluenze tra i due ordinamenti, francese e germanico, dovute alla comune tradizione romana del concetto di causa, hanno significative manifestazioni. Innanzitutto in entrambi gli ordinamenti si distingue accuratamente la causa dai motivi, pervenendosi ai medesimi risultati. Questa distinzione ripete la sua origine da quella della causa in *finalis e impulsiva*¹⁴³. Ebbene, *con la prima fu indicato il fine ultimo avuto di mira dal soggetto, ad esempio nella compravendita rispettivamente il raggiungimento del prezzo o della cosa, con la seconda, invece, i moventi psicologici che hanno spinto ciascuno dei due soggetti*. La distinzione si è perpetuata nella dottrina moderna divenendo ovviamente più agevole man mano che si accede ad una nozione “oggettiva” di causa.

Quanto all’elemento causale della donazione, i due ordinamenti confluiscono sostanzialmente, malgrado che nell’ordinamento francese si parli di *animus donandi*, mentre in quello tedesco di *causa donandi*.

Le due diverse espressioni sono, invero, connesse alla diversa derivazione della dottrina della causa, l’una più legata all’elemento soggettivo e quindi a quello della volontà del donante, l’altra più

¹⁴¹ Per il diritto svizzero s. v. per tutti Guhl, *Le droit federal des obligations*, Zurich, 1947, p. 78 e ss., Oserschonberger, *Das Obligationenrecht*, I, Zurich, 1929, p. 109 e ss..

¹⁴² Una volta riscontrata tale fedeltà degli ordinamenti francese e germanico alla tradizione latina della causa, sarebbe interessante il confronto con gli altri ordinamenti giuridici, di tradizione diversa, quali l’anglosassone e il russo. Ma l’analisi svierebbe troppo dall’identificazione della nozione di causa nel nostro ordinamento giuridico. Appare opportuno, tuttavia, sottolineare che la *consideration*, ovverosia il corrispettivo in senso ampio, assume nell’ordinamento anglosassone il ruolo riservato alla causa negli ordinamenti di derivazione romanistica. Mentre per quanto concerne l’ordinamento russo, la causa si viene a confondere con il fondamento del negozio, ovverosia con il fatto passato, presente o futuro che giustifica la modificazione patrimoniale: i negozi astratti sono raramente riconosciuti, ed è stata anzi spiegata in base ai canoni della dottrina marxista l’esigenza della “astrazione” nella circolazione dei crediti in seno agli ordinamenti capitalistici.

¹⁴³ Su questa tappa fondamentale della dottrina intermedia della causa s.v. Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959.

legata al momento del trasferimento della proprietà: *solvendi, credendi* ovvero *donandi causa*.

E' noto che, nel diritto romano classico, la donazione è concepita come modo generale di acquisto della proprietà¹⁴⁴.

Si è in certe circostanze sostenuto che, in realtà, il ricorso all'*animus donandi* indica che la causa è mancante, e si è quindi affermato che la donazione¹⁴⁵ è un atto senza causa¹⁴⁶.

Questa concezione verrebbe a far coincidere la *causa* con la *res* o con il *factum*, ovvero sia con la controprestazione. Essa è stata ripresa, di recente, sotto un angolo visuale diverso, affermandosi che nella donazione la causa è sostituita dalla forma¹⁴⁷.

Sostanzialmente, la mancanza del riferimento ad un elemento estrinseco costituito dal corrispettivo, induceva i giuristi intermedi a mettere in risalto nella donazione la causa impulsiva, ovvero sia i moventi interni del donante, donde la perdurante rilevanza dei motivi.

Di conseguenza solo quando alla donazione si trova apposto un

¹⁴⁴ Cfr. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955, p. 677 e ss..

¹⁴⁵ Nel diritto classico la donazione non era considerata un *negotium*, bensì uno schema formale (*stipulatio*), solo con Giustiniano viene riconosciuta come *contractus*. Per individuare la causa donandi si fa riferimento a dei criteri formalistici e intrinseci, viene identificata con il motivo, l'interesse o lo scopo che anima il donatore, in realtà non è determinata da un interesse diverso da quello del puro spirito di liberalità cioè interessi religiosi, scientifici, culturali e sportivi ed ecc. lo spirito di liberalità viene definito da Kant come: "il desiderio di far bene e si può collegare alla gratitudine del beneficiario", viene assunto come contenuto tipico della donazione. Il contratto di donazione rappresenta lo strumento più diffuso e più pratico per perseguire la soddisfazione di interessi non economici, infatti consiste nell'attribuire o nella promessa di una ricompensa di un premio al fine di promuovere la soddisfazione di un interesse del promittente senza alcun obbligo o onere. La donazione non è riconducibile al contratto oneroso come definito da Pothier nel *Code Napoleon* all' articolo 1101: è contratto in cui le parti mediante equivalente si procurano un vantaggio" ma essa è riconducibile al contratto gratuito o di "*bienfaisance*" definito dall'articolo 1105. "E' quel contratto in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all'altro senza equivalente". La donazione è un contratto per la cui validità è richiesta la forma dell'atto pubblico solenne, a tutela degli interessi del donante e della sua famiglia al cospetto di un atto destinato ad impoverire entrambi matrimonialmente. La causa nella donazione viene identificata con l'*animus donandi* e non con i motivi individuali, sulla scia di Pothier e Domat essa viene individuata nello spirito di liberalità come un giusto e ragionevole motivo, viene ricondotta alla causa sufficiente.

¹⁴⁶ Cfr. Perozzi, *Intorno alla donazione*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1948, p. 705 e ss., contra Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909, p. 313 e Torrente, *La donazione*, Milano 1956, p. 176 e ss..

¹⁴⁷ Cfr. Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 316 e ss..

modus, l'elemento causale viene intravisto più chiaramente¹⁴⁸. Sul terreno dell'astrazione, ovverosia dell'idoneità dell'atto al raggiungimento ed alla conservazione degli effetti malgrado l'inesistenza della causa, le differenze tra i due ordinamenti sono assai meno profonde di quanto vengano di solito considerate. Piuttosto le differenze tra i due ordinamenti in ordine alla astrattezza possono essere colte sotto un aspetto di solito scarsamente posto in luce. Nell'ordinamento francese può osservarsi la tendenza sia ad includere nel contratto tutte le prestazioni, anche per avventura separate temporalmente, sia a ricollegare alla *convention* o alla *obligation* le prestazioni che si presentassero, per avventura, isolate. Così, ad esempio, il trapasso della proprietà delle merci nella vendita obbligatoria, viene ricollegato al contratto persino se le merci non esistevano al momento in cui esso veniva posto in essere.

Nell'ordinamento tedesco, invece, vi è una netta separazione tra il contratto obbligatorio e la sua esecuzione, la quale viene ricollegata a distinti negozi di disposizione, considerati appunto "astratti"¹⁴⁹.

Va, inoltre, precisato che il collegamento causale della prestazione con un contratto, situazione giuridica a cui il sistema francese è abituato, ha provocato gravi perplessità in seno alla dottrina italiana di fronte ad ipotesi nelle quali una prestazione si presenta scissa dal contratto. Si è dunque parlato, frettolosamente, di negozio astratto,

¹⁴⁸ Sull'intrecciarsi del *modus* ed altresì della condizione con la causa nella dottrina più antica, s.v. Milone, *La causa nei negozi giuridici*, in Filangeri, 1898, p. 422 e ss..

¹⁴⁹ Questa differenza tra i due ordinamenti deve essere ricollegata indubbiamente alla peculiare concezione del contratto obbligatorio, raggiunta dall'ordinamento francese, atta a comprendere di solito anche il momento esecutivo; la quale concezione è stata talora esasperata fino a provocare gravi perplessità circa la natura del pagamento, ovverosia dell'atto traslativo posto in essere *solvendi causa* e circa le reazioni della mancanza, in esso, della causa. La suggestione esercitata dal principio della "nullità" per mancanza di causa ha reso incomprensibile ai più la disciplina dettata dal legislatore per la *condictio indebiti*, mentre ha indotto qualcuno a ritenere che il pagamento abbia considerarsi un atto astratto.

così ad esempio per la cessione dei crediti o per i trasferimenti fiduciari.

CAPITOLO SECONDO
L'ISTITUTO DELLA CAUSA NEL DIBATTITO
DOTTRINALE CIVILISTICO: DALLA SUA NEGAZIONE
ALLA CAUSA COME STRUMENTO OPERATIVO DEL
NEGOZIO GIURIDICO

2.1. Premessa ed analisi delle teorie anticausaliste

Sia la teoria soggettiva sia la teoria della funzione tipica portano al consolidamento di un filone “estremo”: l’anticausalismo. Ciò nega l’autonoma rilevanza della causa facendo leva sul fatto che se la causa viene intesa come “contro prestazione” o come “intento liberale” finisce per identificarsi con il consenso.

Se la causa fosse intesa come rappresentazione di un determinato scopo, pur anche convergente tra le parti si esaurirebbe nella constatazione del raggiungimento del consenso.

Il problema della causa del contratto è quello del riconoscimento giuridico del negozio. E’ il problema¹⁵⁰ del perché esiste il negozio, della sua ragione. In ogni ordinamento giuridico per l’interprete sussiste sempre il seguente problema: a quali condizioni un certo accordo, una certa promessa, o una certa prestazione, sono valide e giuridicamente tutelate dall’ordinamento? Indagare il problema della causa, quindi, significa indagare le ragioni e i limiti dell’autonomia privata nel nostro ordinamento.

Più precisamente l’idea della causa come funzione del negozio induce ad identificare la causa con lo stesso atto di autonomia privata.

I termini del dibattito sulla causa si sono tradizionalmente snodati lungo tre direttive principali: la negazione della causa; la

¹⁵⁰ Cfr. Betti, *Causa*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1990.

contrapposizione tra causa dell'obbligazione e causa del contratto; la contrapposizione tra teorie soggettive ed oggettive della causa.

In realtà solo il confronto tra i dati normativi e i riscontri che emergono dalle singole fattispecie negoziali, sarebbero utili a verificare la fondatezza delle teorie, con particolare riferimento al binomio “causa in concreto” – “causa in astratto”.

Ad ogni modo appare utile richiamare il triplice profilo di rilevanza dell'elemento causale: esistenza, meritevolezza di tutela e liceità e domandarsi quali siano le conseguenze delle eventuali difettosità della causa, ora intesa in senso astratto, ora intesa in senso concreto nell'ambito di un contratto tipico e in relazione ad un negozio atipico.

Osservando le codificazioni europee è possibile rilevare che vi sono almeno tre diversi approcci normativi alla causa: a) la causa può essere definita codificandone il significato; b) la causa può essere menzionata, ma non definita; c) la causa può addirittura non essere menzionata¹⁵¹.

Di fianco ai modelli normativi occorre, tuttavia, tener conto dell'elaborazione dottrinale e di quella giurisprudenziale. Infatti, nelle diverse esperienze, la causa è costruita dalla dottrina e dalla giurisprudenza con varietà di significati e di ruoli. In tutti gli ordinamenti la causa è al centro di discussioni che riguardano la sua stessa necessità, i suoi incerti confini, il ruolo esplicito nel controllo giudiziale della pattuizione delle parti¹⁵².

Per quanto riguarda il panorama offerto dalla dottrina italiana contemporanea della causa, appare come un “cantiere in fecondo movimento, nel quale nuovi materiali affluiscono incessantemente per

¹⁵¹Alpa, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa*, cit., p.2

¹⁵²Alpa, *La causa e tipo*, in *I contratti in generale*, Rescigno e Gabrielli (a cura di), I, Torino, 2006, p. 555.

alimentare lo sforzo di costruzione di un edificio, che, pur poggiando su vetuste e solide fondamenta, non riesce ad assumere ancora un netto contorno, malgrado la maestria degli architetti e la pregiatezza dei materiali”¹⁵³.

Il codice civile del 1865, infatti, ha accolto la causa, ma non ne ha codificato una definizione, scelta che si è perpetuata anche nel vigente codice civile. È pur vero che anche durante la vigenza del codice civile del 1865 vi furono giuristi che negarono rilevanza alla causa.

È da considerare, però, come la dottrina italiana sia stata a lungo ispirata dalla pandettistica¹⁵⁴ tedesca per comprendere la tendenza a spiegare ogni aspetto del contratto ricorrendo alla volontà delle parti.

Lungo questa direttiva, in una prospettiva anticausalista, si affermò che la causa in verità non si manifesta come requisito autonomo del contratto, bensì essa si identifica con gli altri requisiti, ed in particolare con l’oggetto nei contratti onerosi, con la volontà (*animus donandi*) per le donazioni, oppure con l’intenzione dei contraenti e, dunque, con il consenso contrattuale.

Per quanto riguarda l’identificazione tra causa e oggetto si è affermato che il contenuto del contratto si sostanzierebbe nella causa se inteso in senso soggettivo, come dato che rispecchia gli interessi dei contraenti, nell’oggetto del contratto, se considerato sotto il profilo oggettivo.

¹⁵³ Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, op. ult. cit., p.37.

¹⁵⁴ La Pandettistica, o Scuola delle Pandette, è il naturale prosieguo della Scuola Storica del diritto. Il suo fondatore è considerato Georg Friedrich Puchta, l’unico vero discepolo del fondatore della scuola storica del diritto Friedrich Carl von Savigny. Tale scuola prende questo nome dallo studio critico, fatto dai suoi membri, delle disposizioni del *Corpus iuris civilis* di Giustiniano ed in particolare della parte denominata, appunto *Pandette*. Tra i maggiori esponenti di questo movimento vanno ricordati Ernst Immanuel Bekker e, soprattutto, Bernhard Windscheid, la cui opera riassume i risultati dell’intero movimento.

Ancora, sempre in linea con la tendenza a negare rilevanza autonoma alla causa, non mancò chi la venne ad identificare con il tipo di contratto, il rapporto giuridico concluso dalle parti.

Alle considerazioni anticausaliste si oppose che la causa, dato del diritto positivo, come tale doveva essere accettata, non essendo suscettibile di essere respinta così come si fa con una teoria che non si condivide.

L'obbligazione contrattuale è stata per molto tempo il riferimento per la causa anche a motivo della formulazione dell'art. 1104 che richiedeva una "causa lecita per obbligarsi", sull'impronta della *cause dans l'obligation* di cui all'art. 1108 del *code Napoléon*.

Anche per Domat e Pothier la *causa obligandi* è un nesso tra prestazione e controprestazione giustificativo dell'effetto obbligatorio piuttosto che come requisito del contratto.

Alla luce di quanto detto sinora, a ben considerare, si può affermare che nel *code Napoléon* erano presenti i presupposti per una concezione unitaria della causa come elemento del contratto.

Soprattutto se si considera che la compenetrazione del principio consensualistico del trasferimento della proprietà nel contratto obbligatorio, rendendo la causa presupposto di validità dell'effetto traslativo, che è unico nel contratto, la rende giustificazione non solo delle singole obbligazioni, ma dell'intero contratto, nei confronti del quale opera come requisito di validità.

Quanto osservato ora appare maggiormente evidente nel codice civile italiano del 1865, che contempla un più chiaro recepimento del principio consensualistico.

Il codice del 1865, inoltre, in diretta derivazione dal *Code civil*, e dall'antecedente elaborazione teorica di Domat e Pothier, accoglie la

nozione di *bilateralità*, intesa come reciprocità di obbligazioni derivanti dal contratto, e dunque fondata su di un criterio *formale* (di analisi degli effetti giuridici), pur affiancandovi quella di onerosità, basata invece sulla considerazione dei rispettivi vantaggi e sacrifici, e quindi sul criterio *sostanziale* (della reciprocità degli oneri patrimoniali).

Si tratta di nozione che si era rivelata da subito angusta, per lo stesso codice che l'aveva consacrata, se è vero, come denunciato già in tempi remoti, che essa tagliava fuori dall'area della risoluzione il contratto traslativo; e ciò appare tanto più singolare per il legislatore del *Code*, che pur segnando la svolta epocale del riconoscimento del consenso traslativo, rimane poi legato all'idea della bilateralità tra *obbligazioni* quale presupposto per l'operare della risoluzione (in realtà, anche questa fase della vicenda normativa sconta il peso condizionante della pregressa elaborazione teorica: la conservazione della categoria del contratto bilaterale nel codice francese si comprende *de plano*, rilevando come al pensiero di Pothier resti sostanzialmente estranea l'idea di un contratto produttivo di effetti diversi da quelli obbligatori).

In un modo o nell'altro, comunque, la reciprocità *tra obbligazioni*, accolta dal codificatore italiano del 1865 come criterio delimitante l'operatività del rimedio risolutorio, incontra una serie di critiche autorevolissime¹⁵⁵. In continuità a tale critica (come è dato rilevare da più di un passo della Relazione ministeriale) il codice del '42 sostituisce al contratto bilaterale, il contratto *con prestazioni corrispettive*: nell'evidente intento di riaprire la portata semantica del

¹⁵⁵ Proprio per la restrizione dell'ambito cui essa conduce: giunsero critiche da Mario Allara, Ludovico Barassi, Giuseppe Deiana, e soprattutto (dalle pagine del *Nuovo Digesto Italiano*) di Giuseppe Osti.

sostantivo, che si distacca dalla dimensione ristretta segnata dall'oggetto dell'obbligazione, per consentire riferimenti via via più ampi, a concetti quali l'attribuzione patrimoniale, o addirittura l'arricchimento largamente inteso. A dire il vero, al di là della formulazione lessicale (che rivela l'influsso del corrispondente tedesco della *Gegenleistung*), anche in questa occasione il progresso normativo rischia di essere vanificato da una certa resistenza della dottrina, che fatica ad abbandonare le classificazioni tradizionali, e tenta in un primo tempo di sostenere l'equivalenza delle due nozioni. Ma si tratta di tentativo abbandonato ben presto¹⁵⁶.

Sulla scorta dell'art. 1131 *Code Napoléon*, il codice del 1865 ha prevalentemente aderito ad una concezione soggettiva della causa, intesa cioè come “scopo che ciascuna parte persegue con l'assumere il proprio vincolo”. Un ruolo fondamentale a questo riguardo fu giocato dalle dottrine che ispirarono l'opera di codificazione.

Se per un verso il sistema francese che accolse il principio consensualistico e la massima “*solus consensus obligat*”, per un altro verso si determinò verso la formazione di una concezione spiccatamente volontaristica della causa, tanto da fare ritenere che l'art. 1131 *code Napoléon*, codificando la causa come scopo del contraente, non avrebbe codificato la causa *suffisante raisonnable e juste* della tradizione, che veramente è un requisito oggettivo per la sanzionabilità del contratto¹⁵⁷.

Gli stessi interpreti lessero sin dall'inizio la nozione di causa enunciata all'art. 1131 *Code Napoléon* in continuità con la tradizione

¹⁵⁶ Basterebbe, a tal proposito, mettere a confronto le opposte opinioni espresse da Francesco Messineo nella terza ediz. della *Dottrina generale del contratto*, 1948, e nell'ottava ediz. del *Manuale* pubblicato nel 1948.

¹⁵⁷ Gorla, *Il contratto*, V. I, *op. cit.*, p. 293.

della *causa finalis*, alla quale i giuristi dell'epoca intermedia avevano sempre attribuito una connotazione soggettiva.

Anche la visione della causa, durante la vigenza del codice civile italiano abrogato, fu prevalentemente soggettiva e riferita all'obbligazione.

A difesa di questa posizione, si richiamò la tradizione del diritto intermedio ed, in particolare, la distinzione di Baldo tra *causa impulsiva* e *causa finalis*, per affermare che la causa altro non è se non il moto della volontà più vicino alla determinazione finale dell'azione, distinguendola dalla *causa impulsiva*, che corrisponde alle motivazioni iniziali dei contraenti.

Per quanto riguarda la dottrina italiana c'è da considerare che il progressivo avvicinamento ad una diversa concezione della causa ha altre origini.

Sicuramente l'influenza tedesca che, partendo da una nozione di causa riferita al campo dei diritti reali e delle obbligazioni, iniziò a porre il problema della causa in relazione al progressivo affermarsi della categoria del negozio giuridico, e, dunque, di riflesso in una dimensione unitaria.

Inoltre, la lettera dell'art. 1104 del codice che, prevedendo espressamente la causa come requisito per la validità del contratto, era più confacente ad una concezione oggettiva della causa, non potendosi evidentemente far dipendere questa conseguenza dagli scopi individuali delle parti.

In particolare fu la crescente reazione al volontarismo ottocentesco a creare i presupposti per il superamento della concezione soggettiva della causa.

Di qui l'enunciazione di una concezione oggettiva o funzionale della causa, che troverà progressivamente consensi nella dottrina dell'epoca.

Si affermò infatti, che “il sistema della causa obiettiva riguarda la causa come elemento esterno, estraneo alla determinazione delle parti, e stabilito dalla legge come condizione di efficacia del negozio.

La causa è il fondamento giuridico dell'obbligazione e la ragione obiettiva della protezione legale, dell'efficacia del negozio giuridico.

La causa non è da ricercarsi nella serie degli intenti voluti raggiungere o nella sfera psichica dell'agente, ma è un elemento obbiettivo ed estrinseco, che convalida e giustifica la promessa e riveste di efficacia la dichiarazione di volontà”¹⁵⁸.

Ed ancora che la “causa è lo scopo economico e sociale riconosciuto e garantito dal diritto; è la funzione stessa cui il negozio obiettivamente considerato è rivolto; è la condizione che giustifica l'acquisto in quanto esclude che sia lesivo dell'altrui diritto: essa rappresenta la volontà della legge di fronte alla volontà privata, ed ogni tipo di negozio ne ha una sua propria, in corrispondenza alla funzione specifica cui esso adempie; una causa che gli dà impronta e carattere e ne giustifica il riconoscimento”¹⁵⁹.

Fu ritenuto che “il termine causa si riferisce a quell'elemento oggettivo differenziale tipico costante, il quale investe di sé il negozio per intero; a quella ragione economico giuridica che lo fa essere quello che è, e non altro, in relazione alle categorie prestabilite in un dato ordinamento giuridico, e gli conferisce in concreto una data fisionomia che deve essere quella e non altra. In altri termini, deve

¹⁵⁸ Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, p. 73 ss.

¹⁵⁹ De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, V. I, Napoli, 1921, p. 265.

assolutamente bandirsi, a questo proposito, l'altro significato che la parola causa può avere, cioè quello di causa ultima, impulsiva e sufficiente, di movente decisivo, che determina il soggetto ad un determinato negozio, che è soltanto il motivo per eccellenza, elevato a dignità di causa, nel senso deterministico della parola, che non lascia di essere un motivo; motivo sia pur potenziato, ma sempre empirico”¹⁶⁰.

Per quanto riguarda il dibattito recente una parte della dottrina moderna sostiene che quello di causa sia un concetto d'incerto statuto scientifico¹⁶¹, nonostante il suo permanere nel diritto europeo attraverso i secoli.

Si afferma che il concetto di causa sia inutile dal momento che il vaglio della ragionevolezza sulle convenzioni dei privati, al fine di concedere loro tutela, può essere realizzato con l'utilizzazione di diversi parametri normativi ed in particolare quello della liceità che è, tra l'altro, imposto dall'ordinamento.

È pur vero che esaminando l'uso giurisprudenziale della causa, ne emerge una diffusa ambiguità: i giudici ne danno una disforme applicazione, partendo da impostazioni diverse.

La selezione della meritevolezza della tutela è impostata su criteri normativi imposti, che poi sono rielaborati in una pseudo nozione che è la causa.

¹⁶⁰ Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in Ferri-Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, p. 98.

¹⁶¹ M. Bessone ed E. Roppo, in *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di G. Amato, S. Cassese, S. Rodotà, Genova, 1972, pp. 231 ss.: gli autori in questione avevano riportato oltre cento opinioni diverse sulla causa, numero che poi è sicuramente aumentato. Cfr. Inoltre P. Monateri e R. Sacco, sv. *Contratto in diritto comparato* in *Dig. it., IV, Disc. Priv.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 145 ss. Di fondamentale importanza appare ancora oggi lo studio di G. Gorla, *Il contratto* (2 voll.), Milano, 1954.

Inoltre, dalla metà del Novecento in poi, il termine “causa” si è arricchito di nuovi significati ed, in particolare, di una valenza ideologica secondo la quale essa non sarebbe tanto un elemento del contratto, quanto un modo di vedere il rapporto complessivo degli interessi individuali a proposito degli atti d'autonomia privata ed in relazione all'ordinamento giuridico.

2.2. La rinascita del concetto di causa nel Codice Civile del 1942

E' stato merito della dottrina italiana aver posto la nozione di causa su basi più rigorose. Questo processo è coevo alla recezione della nozione germanica del negozio giuridico, operata per primi dagli studiosi di diritto romano¹⁶².

Con l'avvento del Codice del 1942 la causa subì una radicale trasformazione fino a farne mutare anche il ruolo nell'ordinamento giuridico. Scomparsa l'idea di una "*neutra causa obligationis*", nel sistema normativo vigente, alla causa del contratto veniva riservata la sezione II del Titolo dedicato ai contratti in generale; gli artt. 1343 e 1344 c.c. riguardavano la causa illecita ed ai "contratti in frode alla legge", oltre all'art. 1345 c.c. che verteva, sul motivo illecito comune alle parti. Durante la stesura del nuovo codice si decise di cambiare l'espressione "obbligazione" con quella di "prestazione", ricavata dalla *Zuwendung* della dottrina germanica¹⁶³.

Questa espressione, poi recepita dal codice del 1942, è certamente idonea a ricomprendere anche il momento della traslazione e degli altri diritti, che la dottrina italiana, a differenza di quella francese, si mostrò propensa a considerare un effetto immediato del consenso delle parti. La prestazione, infatti, indica lo spostamento patrimoniale ed è precisato anche dall'espressione contratti a prestazioni corrispettive, utilizzata anche dal codice e che include pure i contratti traslativi.

¹⁶² Si veda a tal riguardo Scialoja, *Negozi Giuridici*, (corso di diritto romano dell'anno accademico 1892-1893), Roma, 1893 (ristampa, 1938) e anche Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1999, p. 133.

¹⁶³ Grosso, *op. ult. cit.* p. 561.

Dal legislatore del 1942 venne complessivamente abbandonata la nozione del contratto come meramente obbligatorio, che nella definizione del contratto ha eliminato il richiamo al “vincolo giuridico”, contenuto nel codice abrogato, per parlare di rapporto giuridico patrimoniale. Tutto il dibattito che si innescò a seguito dell’entrata in vigore del Codice spostò l’attenzione dei giuristi sull’art. 1322¹⁶⁴ e sul tema dell’autonomia contrattuale¹⁶⁵. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico.

La locuzione “autonomia contrattuale” designa l’ipotesi più frequente e, sotto l’aspetto economico, più rilevante, di estrinsecazione dell’autonomia negoziale¹⁶⁶.

Tale formulazione, ricavata dalla dottrina tedesca della causa quale scopo (Zweck) o fondamento (Grund) designa la nascita della concezione obiettiva della causa.

Nel corso dei lavori preparatori del Codice del ’42 si decise di definire il concetto di causa¹⁶⁷ come la “funzione, lo scopo, ovvero la ragione

¹⁶⁴ La norma contenuta nell’art. 1322 del c.c. non menzionava la causa, ma tuttavia, al paragrafo 2, consentendo che le parti concludessero contratti atipici, purché realizzanti interessi meritevoli di tutela, sembrava alludere in modo esplicito alla causa.

¹⁶⁵ Uno dei concetti cardine del sistema giuridico è quello di autonomia privata, quale potere riconosciuto o attribuito dall’ordinamento giuridico al privato di autoregolare, e quindi regolare “da se”, con proprie manifestazioni di volontà, i propri interessi. Autoregolamento che, se conforme al diritto, è giuridicamente rilevante per la parti che lo hanno creato, si da assumere per esse “forza di legge” (art. 1371 comma 1 c.c.), Cfr. Perlimgeri, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2008, p. 207.

¹⁶⁶ Cfr. Perlinger, *op. ult. cit.*, p. 210. Preliminarmente bisogna soffermarsi sul problema della rilevanza costituzionale dell’autonomia contrattuale, inteso sotto un duplice profilo: quello positivo della ricerca del fondamento e quindi della tutela costituzionale della stessa, e quello negativo dei limiti d’ordine costituzionale ad essa imposti.

¹⁶⁷ Nella relazione si trovavano le espressioni “funzione, scopo, ragione” la cui paternità si fa risalire a Betti.

economico-giuridica del negozio”¹⁶⁸. Tale definizione fu formulata da Betti e nella sua prospettiva l’autonomia contrattuale sarebbe funzionale ad un disegno generale d’utilità sociale ed economica: la selezione opererebbe sulla base della capacità dei soggetti a realizzare interessi super-individuali. Ferri¹⁶⁹, criticando le posizioni di Betti, sostiene che la causa era sì una funzione, ma da considerare “economico-individuale”. La causa non sarebbe più uno strumento da valutare dall’esterno, ma dal punto di vista dei privati.

Ma poiché appare ineludibile una valutazione dell’ordinamento giuridico, Ferri suggerisce come criteri indicativi i valori della Costituzione.

In definitiva, anche la formula “economico-individuale” lascia trasparire una scelta chiaramente ideologica, sia pure non in senso limitativo della libertà dei soggetti.

Grosso sostiene che indicando la causa come la “ragione economico-giuridica” o come lo “scopo” o la “funzione” del negozio, si voleva semplicemente adoperare una formulazione atta a comprendere non solo i tradizionali contratti che attuano lo scambio tra le prestazioni ma anche tutti quegli altri con i quali le prestazioni venissero diversamente combinate.

Ecco perché, si caratterizza la concezione obiettiva vera e propria allorquando la causa viene sottratta ad ogni legame con la volontà e sospinta nel dominio esclusivo dell’ordinamento¹⁷⁰.

¹⁶⁸ Cfr. Scialoja, *Negozi giuridici*, Roma, 1983; Fadda, *op. ult. cit.*.

¹⁶⁹ Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in *Causa e contratto cit.*, pp. 124 ss

¹⁷⁰ Cfr. Grosso, *op. ult. cit.*, e sul punto s.v. per maggiore chiarezza l’opera di due romanisti: Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, (già in *Riv. Dir. comm.*, 1908, I, p. 115 ss.), ora in *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1921, p. 131 ss; Betti, *op. ult. cit.* e anche in *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 167 ss.; Id., *Causa del negozio giuridico* in *Noviss. Dig., it.*, III, Torino, 1959; Id. *Cours de droit comparé des obligations*, Milano, 1958, p. 64 ss.. Questa diversificazione è stata posta in essere da questi due giuristi romanisti per il semplice fatto che

La cultura giuridica moderna¹⁷¹ collega l'operatività della causa ad una consapevole riflessione sull'autonomia privata e ciò sulla scorta delle indicazioni dei criteri in base ai quali essa è chiamata a svolgere il proprio ruolo di selezione degli ambiti nei quali i soggetti possono agire.

Ecco perché il termine è utilizzato per indicare fondamento di una attribuzione patrimoniale¹⁷².

Attraverso la concezione obiettiva, dunque, si riconduce la causa al rapporto obiettivo esistente tra le parti¹⁷³ oppure nella funzione economico-sociale del negozio¹⁷⁴. Di queste due teorie quella relativa alla funzione economico-sociale è quella che ha avuto più seguito sia in dottrina e sia in giurisprudenza.

In tal modo la causa soprattutto per i sostenitori della tesi obiettiva è stata considerata tipo negoziale, ecco perché essa è stata estesa a tutti i negozi giuridici e quindi anche a quelli di natura non patrimoniale.

entrambi avevano a modello un ordinamento nel quale il formalismo aveva sovente il sopravvento sull'elemento psicologico del negozio. Prima di essi un tentativo era stato effettuato da un civilista, il quale si era ispirato ai principi della sociologia positivista da un lato ed alla dottrina anglosassone della *consideration* dall'altro, per individuare la causa nella esistenza di uno svantaggio attuale o potenziale del promittente; su quest'ultimo punto s.v. anche Venezian, *La causa dei contratti*, Roma, 1892, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, p. 347 ss.

¹⁷¹ Mentre nella Roma dell'età classica alla causa, come scopo giuridico che le parti con il contratto volevano perseguire, si collegava il legame sinallagmatico con il quale, sotto il profilo strutturale, s'identificava lo scambio tra una prestazione già eseguita e quella di cui chiedere l'adempimento. La selezione dell'autonomia contrattuale non era impostata alla luce di una scelta ideologica, ma operava in base ad un modello d'utilità economica. Si è osservato che nella Roma dell'età classica vi era un sistema di valori condiviso da una collettività culturalmente piuttosto omogenea: cioè che la distribuzione dei sacrifici delle parti secondo un vincolo di scambio, costituiva un archetipo giuridico - economico della cultura romana fin dalle sue origini.

¹⁷² Così come enunciato nell'art. 2033 c.c.

¹⁷³ Bonfante, *op. ult. cit.*

¹⁷⁴ Sul punto si rimanda alle teorie di Betti e alle sue opere citate.

Successivamente in dottrina¹⁷⁵ è stata affermata la tesi attraverso la quale la causa è vista all'interno della "sintesi degli effetti giuridici essenziali" del negozio¹⁷⁶.

La ricostruzione della causa come funzione economico-sociale o sintesi degli effetti essenziali conduce, altresì, alla diffusa identificazione della causa con il tipo contrattuale, cioè con l'astratto schema regolamentare che racchiude l'operazione compiuta dai privati.

Per questo motivo si ritiene e allo scopo di evitare confusione è preferibile ravvisare nella causa la funzione economico-individuale, cioè il valore individuale che una determinata operazione negoziale, considerata nel suo concreto atteggiarsi, assume per le parti¹⁷⁷.

E' plausibile, a questo punto, ritenere che per esempio in presenza di una pluralità di compravendite, si riscontri un'identità di tipo contrattuale di tipo contrattuale¹⁷⁸ ma una pluralità di cause e ognuna di esse presenterà uno specifico interesse perseguito dai contraenti"¹⁷⁹.

Nella prospettiva di superamento della tecnica della sussunzione, la causa può essere anche funzione identificata dalla sintesi degli effetti giuridici diretti ed essenziali del contratto senza che questo comporti l'identificazione con il tipo¹⁸⁰.

Tuttavia questa parte della dottrina elabora elementi aggiuntivi rispetto a quanto sinora affermato: prendiamo come esempio il

¹⁷⁵ Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 75 ss.; ID., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p.105 ss.

¹⁷⁶ Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, e *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, ora in *Diritto Civile, Saggi*, Milano, 1951, p. 75 ss., p. 105 ss.

¹⁷⁷ Perlingeri, *op. ult. cit.*, p. 232.

¹⁷⁸ Lo scambio di cosa contro il corrispettivo del prezzo.

¹⁷⁹ D'altronde, se la causa fosse astrattamente predeterminata per ogni tipo di contratto, una compravendita non potrebbe mai presentare una causa illecita che, invece, potrebbe manifestarsi soltanto per i contratti atipici. Cfr. Perlingeri, *op. ult. cit.*

¹⁸⁰ Cfr. Perlingeri, *op. ult. cit.*

contratto di mandato, di cui all'art.1703 del codice civile, che si risolve nella situazione in cui il mandatario è legittimato a compiere uno o più atti giuridici a favore del mandante.

Ciò implica una “minima unità effettuale” del mandato, la quale, dunque si aggiunge agli effetti giuridici diretti ed essenziali come “minimo comune denominare” senza il quale non ci sarebbe il contratto¹⁸¹.

Dunque senza tale minima unità effettuale, non vi è quel tipo di contratto, ma solo un atto con diversa funzione.

In questa prospettiva la causa è costituita dall'incontro del concreto interesse con gli effetti essenziali del contratto e si annulla la distanza tra la causa come funzione economico – individuale e la causa come sintesi degli effetti essenziali¹⁸².

Ad ogni modo l'entrata in vigore del codice civile del 1942 segna l'abbandono della teoria soggettiva ed il passaggio ad una concezione oggettiva.

Il codice, come già sottolineato, non fornisce alcuna definizione di causa e le più ragguardevoli difficoltà che incontra l'interprete, nel tentativo di elaborarne una, sono accresciute dal fatto che il termine viene adoperato con più significati¹⁸³.

In primo luogo, si parla di causa dell'obbligazione per individuare la “fonte” da cui deriva il debito¹⁸⁴.

¹⁸¹ Sul punto cfr. *supra*. A questo proposito occorre effettuare qualche precisazione, in particolare l'Autore aggiunge a quello che da Pugliatti era stato considerato unica caratteristica essenziale della causa, cioè la sintesi degli effetti giuridici essenziali del negozio, il concetto di “minima unità effettuale”.

¹⁸² Questa funzione giuridica si risolve solo nella sintesi degli effetti essenziali, che sono solamente quelli che caratterizzano la fattispecie posta in essere, senza i quali cioè una qualsiasi fattispecie (ad es. la compravendita) avrebbe un altro tipo di effetto.

¹⁸³ Torrente, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009.

¹⁸⁴ Art. 2745 c.c.

Anche la giurisprudenza, ha continuato, a seconda delle esigenze del caso, a parlare di causa dell'obbligazione, o della prestazione, pur accettando nominalmente la tesi che fa coincidere la causa del negozio con la sua funzione¹⁸⁵.

La funzione del negozio non sarebbe da sola sufficiente ad esaurire i rapporti tra volontà e causa neanche in un ordinamento rigidamente formalistico ed estremamente autoritario, nel quale il ruolo della volontà venisse ridotto alla semplice scelta di un "tipo" predeterminato¹⁸⁶.

Può sembrare che la dottrina moderna, i qualche modo, abbia voluto utilizzare la causa per risolvere il problema dell'autonomia privata. Lo stesso problema, altrove viene studiato senza alcun ricorso alla causa¹⁸⁷.

I compilatori del codice del 1942, che tuttavia sembravano seguaci della tesi criticata, hanno dedicato all'autonomia contrattuale ed ai suoi limiti un'apposita norma, l'art. 1322, che risulta essere completamente estranea alle norme dedicate alla causa.

L'art. 1325 c.c., infatti, annovera la causa tra i "requisiti" o elementi essenziali del contratto, mentre gli artt. 1343-1345 c.c. si riferiscono

¹⁸⁵ Identificano la causa del contratto con la funzione economico-sociale; Cass. 21 ottobre 1955, n. 3406; Cass. 15 gennaio 1947, n. 32, in *Monit. Trib.*, 1947, 35; Cass. 28 febbraio 1946, n. 217, in *Foro it.*, 1947, I, 32; identificano la causa del negozio con il motivo tipico, immediato o prossimo, che viene equiparato alla funzione economico-sociale: Cass. 14 ottobre 1958, n. 3251, in *Giust. Civ.*, 1959, 75; Cass. 28 agosto 1952, n. 2781; Cass. 24 aprile 1952, n. 1139; Cass. 2 aprile 1951, n. 858; distinguono la causa del negozio intesa quale funzione economico-sociale della causa dell'obbligazione che consiste nella prestazione dell'altra parte: Cass. 29 aprile 1952, n. 1190; Cass. 23 aprile 1948, n. 577, in *Giur. It.*, 1947, I, I, 446; confondono la *causa obligandi* con la funzione del negozio: Cass. 16 febbraio 1949, n. 255, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, II, 340; Cass. 28 gennaio 1943, in *Giur. It.*, 1943, I, I, 196.

¹⁸⁶ Grosso, *op. ult. cit.* p. 565.

¹⁸⁷ In Francia per esempio s.v. l'opera di Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901, p. 165 ss.; in Germania, Larenz, *Vertrag und Unrecht*, I, Hamburg, 1936, p. 36 ss.

rispettivamente alle ipotesi di illiceità della causa, contratto in frode alla legge¹⁸⁸ e motivo illecito comune.

Sembra abbastanza chiaro, e ciò è precisato nella relazione che accompagna la codificazione al paragrafo 613, l'intento di superare l'esegesi che vede nella causa lo scopo soggettivo perseguito dai contraenti nel caso concreto.

Appare, altrettanto chiaro, di conseguenza, l'intento di configurare questo elemento come la funzione economico-sociale, che il diritto riconosce come rilevante, e che giustifica la tutela apportata alla stipulazione intesa come atto esplicativo dell'autonomia privata.

La causa sarà vista, nell'elaborazione dottrinale, come risvolto sociale dell'autonomia privata e definita come “funzione sociale dell'intero negozio, dei cui elementi essenziali e costitutivi, rappresenta la sintesi”¹⁸⁹.

Questa nozione sarà fatta propria dalla successiva giurisprudenza di legittimità.

Con l'entrata in vigore del codice civile del 1942, il contratto, quindi, non è visto più come una mera obbligazione e la causa si risolve, prima, nella ragione economica - giuridica del negozio, poi, nella ragione economico - sociale riguardante quegli atti negoziali che realizzano una funzione socialmente utile, la cui causa (tipica) è già disciplinata dall'ordinamento.

Quindi la regolamentazione posta in essere dalle parti è tutelata se, oltre ad essere lecita, è anche portatrice di finalità generali fissate dall'ordinamento del quale costituisce uno strumento di attuazione, in maniera tale da negare la tutela a quei negozi che sono improduttivi.

¹⁸⁸ Che è un particolare tipo di causa illecita che ricorre quando la pattuizione è posta in essere per eludere una disposizione di legge.

¹⁸⁹ Cfr. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1994

Così la causa riveste un ruolo di controllo dei fini perseguiti dai contraenti siano coerenti con quelli generali fissati dall'ordinamento.

Il passaggio dalla concezione soggettiva a quella oggettiva rappresenta lo spostamento della valutazione del contratto dal punto di vista dei contraenti a quello dell'ordinamento.

La causa quindi è la funzione, il ruolo che quello schema contrattuale può ed è in grado di realizzare nel sistema giuridico: così la causa finisce per identificarsi col tipo contrattuale, cioè con l'astratto schema regolamentare che racchiude l'operazione posta in essere dai privati.

Per non incorrere in tale errore, si è preferito ravvisare nella causa la funzione economico - individuale: si fa riferimento non a ciò che le parti vogliono, ma a ciò che il concreto atto, nel modo in cui è stato oggettivamente predisposto, può realizzare.

Col termine individuale si pone l'accento non su una concezione soggettiva della causa, ma legata al particolare assetto di interessi: quindi bisogna riflettere sugli interessi in concreto perseguiti dalle parti per il modo in cui esse hanno delineato il regolamento, considerandolo nella sua totalità e unitarietà.

La causa tuttavia può anche essere identificata dalla sintesi degli effetti diretti¹⁹⁰ ed essenziali, dove per sintesi si intende la relativizzazione degli effetti con riferimento al concreto negozio.

La problematica del negozio indiretto ha un valore residuale nell'ambito del concetto di causa quale funzione economico – individuale¹⁹¹.

¹⁹⁰ Ovvero quelli voluti dal soggetto agente, in cui c'è la congruenza tra l'effetto e la volontà del soggetto

¹⁹¹ Infatti serve solo a farci capire la necessità di ancorare il concetto di causa non ai modelli astratti ma al regolamento di interessi, tenendo presenti tutte le caratteristiche del regolamento.

Il negozio indiretto, inteso come uno schema tipico per raggiungere uno scopo non riconducibile a quel dato tipo negoziale, non rappresenta una situazione anomala.

Il modello di organizzazione degli interessi è quello conseguito dal legislatore, ma il concreto interesse è diverso da quello normalmente perseguito dai contraenti¹⁹².

¹⁹² Un esempio è il mandato, che se irrevocabile e senza obbligo di rendiconto, potrebbe essere effettuato per realizzare un trasferimento della proprietà: con riferimento a tale interesse bisogna effettuare i controlli di liceità e meritevolezza; inoltre non si può nemmeno escludere la possibilità di applicare norme proprie della compravendita in quanto c'è il rifiuto della tecnica della sussunzione. Con il ricorso a tale tecnica, infatti, si finisce per non dare la soluzione giusta perché si ignorano quei profili che sono importanti per il caso concreto, ma che non lo sono ragionando in astratto. Il mandato quindi è un'operazione che sottende un certo tipo di interesse, ma se inserisco delle clausole come in questo caso, la posizione in cui si trova il mandatario è differente rispetto a quella che normalmente caratterizza il rapporto di mandato, perché non c'è l'obbligo di rendiconto. Tutto questo fa sì che lo schema sia utilizzato per realizzare nella pratica un interesse diverso e ulteriore rispetto a quello che normalmente sottende al rapporto di mandato.

2.3. L'istituto della causa come elemento problematico del contratto: attuale dibattito dottrinale in tema.

Oggi il concetto di “causa del contratto” è molto discusso nella teoria generale del diritto¹⁹³, in quanto se ne contesta la ragion d'essere.

Il problema della “causa” non si riferisce ad elemento in particolare ma al ruolo del contratto all'interno del sistema.

Un interesse specifico per il problema della causa veniva mostrato, a partire dalla prima metà del '900, in chiave filologica da *Georgescu*¹⁹⁴: l'ampia polisemia della parola era esaminata su centinaia di passi, con attenzione agli influssi provenienti dalla filosofia e dalla retorica. A proposito di *causa*, due caratterizzazioni semantiche mantenutesi lungo l'intera evoluzione della lingua latina si sarebbero così manifestate. Da un lato, il significato del termine avrebbe assunto una sfumatura di “efficiente” e dall'altro un senso teleologico o “finale”. Per Grosso¹⁹⁵ la causa si poneva come “la ragione intrinseca e immediata e insieme lo scopo pratico per cui quel contratto si configurava nella vita sociale ed era attuato”¹⁹⁶. Nel proseguire degli anni del ventesimo secolo, pur con varietà di sfumature, andava consolidandosi presso la dottrina l'idea che il

¹⁹³ Tra gli studi spicca per originalità un lavoro di Venezian, *La causa nei contratti*, Roma, 1892, studio consultabile in *Causa e “consideration”*, a cura di G. Alpa e M. Bessone, Padova, 1984, pp. 27 ss. L'Autore, sollecitato da studi sociologici, identificava la causa in un vantaggio attuale e concreto del promittente. Negli anni che corrono tra il finire dell'800 e i primi trent'anni del 900, il tema della causa contrattuale era al centro di un ampio dibattito tra civilisti e romanisti.

¹⁹⁴ Per uno studio filologico cfr. V. Georgescu, *Le mot “causa” dans le latin juridique Introduction à la théorie générale de la cause en droit romain*, in *Études de philologie juridique et de droit romain*, I, *Les rapports de la philologie classique et du droit romain*, Bucarest- Paris, 1940, pp. 235 ss.

¹⁹⁵ G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, pp. 184 ss.

¹⁹⁶ Sul punto cfr. G. Grosso, s. v. *Causa*, I, *Causa del negozio giuridico. a) diritto romano* in *ED. VI*, Milano 1960, pp. 532 ss.

termine *causa* nelle fonti giuridiche romane assumesse il significato di *datio*, cioè di avvenuta prestazione.

Opinione non nuova se si pensa alla lunga stagione del diritto intermedio nel corso della quale i contratti innominati erano equiparati a quelli reali. Contemporaneamente, negli anni quaranta, si andava profilando una dottrina che avrebbe inciso in maniera decisiva nel panorama degli studi giuridici in materia di causa.

Betti¹⁹⁷, prendendo le mosse da uno studio sul *contrahere* in epoca classica, nel quale alla *causa* era attribuito il significato di *conventio*, già nei testi¹⁹⁸ istituzionali di diritto romano, proponeva la celebre definizione della causa quale funzione economico-sociale intorno a cui il diritto vigente avrebbe elaborato la sua teoria del negozio giuridico.

È da notare che questa concezione della causa del negozio giuridico fu poi recepita del codice del 1942 (art. 1322).

La causa, tuttavia, è stata individuata anche come qualcosa di indecifrabile¹⁹⁹, ovvero “molto vago e misterioso”²⁰⁰, una “rigogliosa fonte di equivoci”²⁰¹, o anche una “formula magica”²⁰², inseparabile dalla storia stessa del diritto delle obbligazioni e dei contratti e nel senso che è un concetto che esce “fuori dal cilindro” ogniqualvolta un autore vuole asserire qualcosa o dimostrare una tesi poco chiara o illogica: “tirando fuori il concetto di causa rimane la certezza che nessuno capirà quello che si dice, e pochi potranno contestarlo”.

¹⁹⁷ E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria “contrahere” in giuristi Proculiani e Sabiniani* in *BIDR.* 28, 1915, pp. 3 ss.

¹⁹⁸ Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I2, Padova, 1942, pp. 100 ss.

¹⁹⁹ Giorgianni M., voce *Causa* (dir. priv.), in *Enc. del diritto*, p. 547.

²⁰⁰ Ferrara F. *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127.

²⁰¹ Pugliatti S., *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, ora in *Diritto Civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, p. 76.

²⁰² Secondo la definizione elaborata da Guido Alpa.

Ad esempio: una ditta, avendo stipulato un contratto di rilievo con un'altra, le fornisce gratuitamente un certo bene. Una parte vuole porre nel nulla questa cessione. Il lodo arbitrale stabilirà che il contratto di cessione gratuita è “senza causa”, perché manca la controprestazione²⁰³. Chi avrà mai il coraggio di contestare la decisione, visto che per farlo occorre prima capire cos'è la causa, e che la maggior parte dei libri di testo sono scritti in modo incomprensibile?²⁰⁴.

Inoltre c'è chi, dopo approfondite analisi, ha stabilito che la causa non è un concetto autonomo e, dunque, non sarebbe neanche un requisito del contratto. Prevalgono però, coloro che, all'opposto, giudicano, la causa un concetto tra i pilastri fondamentali dell'ordinamento giuridico²⁰⁵, in quanto è un punto di passaggio obbligato per chi voglia per chi voglia indagare il rapporto esistente tra l'autonomia privata e l'ordinamento giuridico. Ed è proprio questa l'opinione più comunemente accettata in dottrina²⁰⁶. Eppure non è mancato chi²⁰⁷ ha contestato anche questa premessa, sostenendo che il concetto di causa serve ad altri scopi e non ha attinenza con il problema del rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico. Poiché la causa costituisce, sì, uno dei pilastri dell'ordinamento giuridico privato ma è concetto estraneo quasi totalmente al problema del rapporto tra autonomia privata e ordinamento.

²⁰³ Lodo 20 marzo 1997, in Ferrigno, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1985, pp. 122 3 ss..

²⁰⁴ S. v. Franceschetti, *op. cit.* p. 70.

²⁰⁵ In tal senso: Giorgianni, *Causa*, p. 584. Di recente la causa è stata giudicata uno dei fondamenti del diritto da uno studioso che, non a caso, ha intitolato il suo libro *Sui fondamenti del diritto* (De Nardo) mentre Alpa, nel suo saggio sull'uso giurisprudenziale della causa del contratto, cita un autore spagnolo secondo cui “la causa sarebbe la giustificazione dello stesso fenomeno del diritto” (s.v. Alpa, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Introduzione allo studio critico del diritto privato*, Milano, 1994, p. 1).

²⁰⁶ Briganti, *Causa del contratto*, ...

²⁰⁷ Giorgianni nelle sue trattazioni sull'argomento.

Inoltre, in altri ordinamenti giuridici come quello spagnolo la causa si è percepita come qualcosa che “è difficile da comprendere e ancor più difficile da maneggiare”²⁰⁸ mentre in quello francese è opinione diffusa che la dottrina non sia affatto riuscita a chiarire che cosa si intende “*par le mot cause*”²⁰⁹.

Di recente si è anche parlato di “misteri della causa”²¹⁰.

Appare chiaro dunque che la *quaestio* sulla natura, sull’essenza e sulla definizione del concetto di causa rappresentano il residuo dell’esperienza giuridica passata e spesso tradiscono l’estremo tentativo di sistemazione del metodo dogmatico, progressivamente rifiutato dalla dottrina moderna.

In primo luogo l’oscurità del linguaggio con cui sono scritti i testi giuridici²¹¹. Scriveva Barassi²¹² che chiunque volesse avventurarsi nel compito di leggere gli scritti sulla causa non ne caverebbe altro che questo: che la causa è un requisito del contratto, che può contrastare con il sistema legale (e allora è illecita), che si connette in qualche modo al motivo, e che ha un ruolo costitutivo (tanto che le anomalie possono generare nullità); “e questo è tutto: vale a dire che l’interprete ne sa press’a poco come ne sapeva prima di meditare le relazioni”.

Pugliatti, invece, sottolineava che il solo risultato positivo che la dottrina ha raggiunto in tema di causa è questo: “che si usa nel comune linguaggio giuridico un termine di cui è difficile precisare il

²⁰⁸ Klink U., *Causa und genetisches Synallagma. Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Berlin, 1983, p. 5. Anche nell’ordinamento spagnolo Albaladejo, *Derecho civil*, V. I, Barcellona, 1989, p. 264, mette in risalto che “nella teoria del negozio giuridico c’è un punto molto discusso: la causa”.

²⁰⁹ Rolli, R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Cedam, Padova, 2008, pp 1-8.

²¹⁰ Monateri, L’accordo nudo, in *Scintillae juris, Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994, p. 1976, nota 42.

²¹¹ Sacco, *op. cit.*, p. 577.

²¹² Gorla, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 53.

significato”²¹³. E’ pur vero che, come altri hanno già precisato, troppo frequentemente “si maschera l’incertezza con la ridondanza, la vaghezza con la prolissità e l’inesistenza del contenuto con l’incomprensibilità del testo”²¹⁴. Gorla, che si è battuto aspramente contro questa tendenza ha rilevato come “l’esempio più formidabile di questa tendenza alla generalizzazione o di questo di questo bisogno di sistemazioni ad ogni costo, spesso di carattere nominalistico e concettualistico, l’abbiamo trovato nella concezione della causa. Questa tendenza ha creato e crea enormi difficoltà e fatiche improbe nello studio della *civil law*, e fa di questa spesso una selva selvaggia. Il bisogno di ordine e di sistemazione si è risolto così nel disordine e nella confusione”²¹⁵.

Le origini di tanta fumosità devono, inoltre, ricercarsi anche in un secondo fattore, e cioè l’ispirazione del nostro codice.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il nostro è un codice nato in epoca fascista; e se è vero che quasi tutto ciò che vi è contenuto è ancora valido a decenni dalla sua emanazione, è anche vero che molti istituti non hanno più la valenza che avevano allora. Questo discorso ci sembra particolarmente valido se riferito alla nozione di causa²¹⁶.

Le ragioni di tanta ambiguità ed oscurità risiedono molto probabilmente nel fatto che “la storia del concetto di causa è stata complessa ed intricata: ricostruire i passaggi e uscire dall’intrico è quanto mai difficile”²¹⁷.

Il concetto di causa con il passare del tempo ha acquistato un valore

²¹³ Pugliatti, *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 76.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955, p. 326.

²¹⁶ Franceschetti, *op. ult. cit.*, p. 70.

²¹⁷ Ferri G.B., *Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse*, in G.B. Ferri, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 336, nota 21.

mistico²¹⁸.

Occorre allora non farsi prendere nel vortice della parola causa, come spesso è avvenuto delle annose discussioni, delle quali pure si darà conto, se la causa sia stata intesa o debba intendersi in senso soggettivo, e delle ricorrenti diatribe tra causalisti ed anticausalisti²¹⁹.

La contraddizione più evidente è senza ombra di dubbio quell'impostazione dottrinale che guarda al passato con il metodo di studio contemporaneo. Viene professata da molti studiosi del diritto privato una dichiarata svalutazione dell'istituto.

E ciò, tuttavia, non giustifica il suo abbandono; da sempre le tendenze alla ipostatizzazione della causa hanno convissuto con atteggiamenti anticausalisti, che, sebbene sulla base di diverse giustificazioni, ne hanno negato esistenza e rilevanza.

Anche oggi il problema della causa si dibatte tra la metafora della sua morte (Di Majo) e della sua resurrezione (Breccia). Il problema è dunque quello di individuare la prospettiva nella quale porsi per cogliere la valenza attuale della causa del contratto, che non a caso è stata crocevia delle diverse metodologie della ricerca giuridica. Indagare su quella che è stata plasticamente definita come “quarto lato del triangolo” (Giorgi) non è sempre agevole.

È pur vero che il vigente codice non facilita l'opera esegetica, mancando totalmente, fra le norme positive dedicate all'argomento, una che ponga la definizione legalmente accolta di causa del contratto.

La causa è indicata, all'art. 1325, come uno dei requisiti essenziali del contratto stesso e, nella sezione II del capo II del libro IV, è resa

²¹⁸ Gorla, *Il contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, V. I, *Lineamenti generali*, e II, *Casistica e problemi*, Milano, 1955. L'Autore ha osservato, ancora in relazione alla causa, che “le discussioni che si fanno attorno a questo magico *nomen* sono diventate un vero rompicapo”.

²¹⁹ Rolli, *op. ult. cit.* p.5.

oggetto di tre specifiche norme²²⁰, la prima delle quali è riferita alle ipotesi di sua illiceità, la seconda a quel particolare tipo di causa illecita che ricorre quando la pattuizione è posta in essere per eludere una disposizione di legge (che viene “frodada”) e la terza, come si vedrà in seguito, è rivolta a regolare un qualcosa che non è strutturalmente inerente alla causa in quanto tale, ma che caratterizza comunque come illecito il contratto posto in essere dalle parti, ovvero al motivo comune ai contraenti, determinante per la formazione del loro consenso ma contrario ad ordine pubblico, norme imperative e buon costume.

La dottrina, a partire dalla metà del secolo scorso, ha sollevato tutta una serie di critiche alla nozione di causa intesa come funzione economico - sociale del contratto²²¹.

Si osserva, in prima battuta, che la nozione di causa, come strumento volto a verificare - nel caso concreto -, se i fini perseguiti dai privati siano armonici con quelli dell’ordinamento, esprime non il punto di vista delle parti ma quello dello Stato²²², limitando quella “signoria del volere” che caratterizza la contrattazione²²³.

È da considerare anche che intendere la causa come strumento di controllo sociale potrebbe portare, peraltro, alla repressione non solo di contratti dannosi ma anche di convenzioni socialmente indifferenti, con causa futile o volte alla soddisfazione di interessi meramente individuali, in contrasto con la concezione democratica della libertà

²²⁰ Quelle degli artt. 1343 – 1345.

²²¹ Crf. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, I2, Padova, 1942.

²²² Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull’autonomia dei privati*, 1997

²²³ Alla luce di questa considerazioni si è spinti sino ad osservare come la nozione di causa, intesa in senso oggettivo, avesse costituito un mezzo attraverso il quale lo Stato fascista poteva attuare una sorta di politica dirigistica dell’economia nazionale trasformando l’autonomia privata da strumento di esplicazione della personalità umana a strumento tramite il quale l’ordinamento corporativo poteva soddisfare i propri fini. Cfr. Cataudella, *I contratti, parte generale*, 2009.

personale intesa come potere di fare tutto ciò che la legge non vieta o comanda²²⁴.

Una ulteriore riflessione, fa emergere come la teoria oggettiva, considerando la causa come funzione economico - sociale del negozio, conduce l'interprete ad effettuare una previa valutazione degli scopi pratici della convenzione: in questa prospettiva nessun contratto potrà essere dichiarato nullo per mancanza o illiceità della causa in quanto, di fronte ad un contratto tipico, la valutazione della funzione è già stata previamente effettuata dal legislatore.

Le critiche a Betti hanno poi portato ad un superamento della teoria "funzionalista" e ad una riaffermazione della causa come interesse. Così Bianca²²⁵ e Sacco²²⁶ ed altri per i quali la causa è l'interesse concretamente perseguito dalle parti nella struttura contrattuale scelta, anche se si intravede nelle formulazioni della dottrina una notevole difficoltà nel comporre l'interesse oggettivo con quello individuale realmente voluto dai contraenti.

La composizione tra la nozione di causa in senso astratto oggettivo e causa in senso concreto individuale è stata attuata separando la causa contrattuale dalla causa riferita al tipo astratto²²⁷.

Partendo dalla considerazione che si ritiene valido ed opportuno il principio per il quale le categorie giuridiche dovrebbero essere

²²⁴ Roppo, *Il contratto*, in Trattato di diritto privato, 2001. Bianca, *Diritto civile*, Tomo III, Il contratto, 2000; Cataudella, *I contratti, parte generale*, 2009.

²²⁵ Bianca, *op. ult. cit.*, pp. 419 ss.

²²⁶ Sacco, *Il contratto*, Torino, 1975, pp. 820 ss.. L'autore ha scritto che quando si è introdotta la nozione di causa oggettiva "per ogni nuova ondata di inchiostro versata su di essa la nozione è diventata sempre più oscura e sfuggente, mentre le argomentazioni che la riguardano sono espresse in un gergo ogni volta più ermetico"; ed "è assai delicato muovere critiche a trattazioni di cui, per la loro stessa scostante difficoltà, può capitare di non afferrare completamente la profondità".

²²⁷ Questo concetto, vale a dire causa concretamente perseguita nel contratto in contrapposizione al modello determinato a priori, è vicino alla nozione romanistica di causa come interesse dichiarato a livello di *nuncupatio*, ed anche nell'ambito di strutture negoziali astratte (*stipulatio, in iure cessio*).

connotate dalla concretezza ed efficienza, risulta conseguentemente che tutto il dibattito su schemi dottrinali astratti è superfluo. Tanto è vero che la dottrina romanistica ha ben considerato rilevante la nozione di causa al livello processuale, cioè come *causa petendi*, ragione reale e concreta per la quale viene chiesta tutela giurisdizionale²²⁸. Tutto ciò, per ovvi motivi, non deve portare alla conseguenza di identificare motivi e causa.

Se l'ordinamento concede tutela ad un determinato interesse occorre che questo, benché concreto, sia commisurabile ai criteri esterni, alle parti stesse, e nel contempo determinato dal diritto (per es. la liceità). In diritto romano, infatti, occorre isolare con attenzione il termine *causa* dal contesto in cui è inserito, perché la giurisprudenza si occupava del problema che la causa poteva suscitare solo al fine di valutare se lo schema negoziale e gli interessi perseguiti fossero concretamente meritevoli di tutela²²⁹.

I giuristi non elaborarono discorsi astratti sulla nozione di causa se non in qualche brano sopra commentato nei quali la riflessione si colorava di un tono generale e astratto.

Anche la dottrina "anticausalista" sostiene che la *causa* significa accordo avente ad oggetto un qualche affare d'interesse delle parti. Causa, in altri termini, dalla metà del Novecento in poi, è un termine giuridico che si è arricchito di nuovi significati, ed in particolare di una valenza ideologica²³⁰ secondo la quale essa non sarebbe tanto un elemento del contratto, quanto un modo di vedere il rapporto

²²⁸ V. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln – Wien, 1970, 8 ss.; P. Stein, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966, pp. 158 ss

²²⁹ Tra gli altri, s.v. G. Grosso, *Causa del negozio* cit., in *ED*. VI, Milano, 1960, pp. 532 ss.

²³⁰ Cfr. M. Giorgianni, sv. *Causa*, cit., 567; C. M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., pp. 458 ss.; G. B. Ferri, *Causa*, cit., 105 ss.; G.B. Ferri., *Tradizione e novità nella disciplina del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 84, 1986, p. 127; G. Dattilo, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 30, 1984, pp. 795 ss.

complessivo degli interessi individuali a proposito degli atti d'autonomia privata ed in relazione all'ordinamento giuridico. Indipendentemente dalle opinioni sulla sostanziale neutralità ideologica dei giuristi romani, la causa si è trasformata in un efficace "fattore"²³¹ delle finalità altamente politiche cui si sarebbe dovuto orientare il diritto privato²³². Con riguardo ai contratti atipici o innominati si fa rilevare che la causa, considerata quale strumento di valutazione, verrebbe assorbita dal giudizio di meritevolezza dell'art. 1322 c.c. che si esaurirebbe, peraltro, nella mera non contrarietà del contratto alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume.

Anche in considerazione di queste prospettive critiche parte della dottrina segnala la necessità di intendere la causa in concreto, come funzione economico-individuale del negozio: in tal modo la causa diviene la sintesi ultima non dei soli elementi essenziali del contratto ma di tutti gli indici costitutivi del negozio, sia primari che secondari, assumendo così il ruolo di giustificazione razionale della convenzione²³³.

Nonostante tutto ciò la giurisprudenza di legittimità, a lungo ha considerato la causa in senso oggettivo e soltanto occasionalmente ha utilizzato degli schemi che, più o meno direttamente, rievocavano la tesi della causa concreta.

²³¹ Dalla Massara, *op. cit.*, p. 386.

²³² Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg, 1977 trad. it., M. Graziadei, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, pp. 215 ss.; E. Eichenhofer, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 43, 1997, I, pp. 193 ss.

²³³ Ferri, *Causa e tipo nel negozio giuridico*, 1966.

2.4. L'evoluzione giurisprudenziale della nozione di causa

Di recente, tuttavia, l'orientamento della Cassazione sembra aver mutato rotta in favore della teoria della causa concreta²³⁴.

Infatti in questo caso i giudici di legittimità, chiamati a decidere in merito all'esistenza di un contratto di consulenza tra una società ed un professionista, successivamente nominato in seno al Consiglio di amministrazione di una società collegata, hanno statuito che “la causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti”.

Con questa pronuncia la Suprema Corte, occupandosi di un contratto di consulenza stipulato tra due parti e che era privo di una reale utilità pratica essendo stipulato senza una reale volontà di eseguirlo ma solamente per meri fini fiscali, ne ha dichiarato la nullità.

Quindi la mancanza di una reale giustificazione pratica produce nullità. La nullità, in questo caso, non consegue all'impossibilità dell'oggetto ma alla mancanza di causa. Infatti, dal punto di vista dell'oggetto, è noto che l'impossibilità viene distinta in fisica e giuridica, ma in tal caso esso non è impossibile ne in un senso ne

²³⁴ Cass. 8 maggio 2006 n. 10490. Nel formulare il principio espresso nella pronuncia la Suprema Corte ha considerato privo di causa, e conseguentemente viziato di nullità, il contratto concernente un'attività di consulenza avente ad oggetto la valutazione di progetti industriali e di acquisizione di azienda intercorso tra una società di consulenza, che ne aveva contrattualmente assunto l'incarico, e un soggetto che la stessa attività “già simmetricamente e specularmente” svolgeva in adempimento delle proprie incombenze di amministratore della medesima società conferente.

nell'altro: dal punto di vista materiale si tratta di un'attività possibile (la consunzione) e giuridicamente lecita.

Il punto, secondo la Corte, è un altro, e cioè la mancanza di una reale volontà delle parti di eseguire il contratto lo rende privo di causa²³⁵.

In merito alla suddetta pronuncia, tuttavia, si è evidenziata, in generale, la sostanziale irrilevanza della nozione soggettiva e concreta di causa al fine di risolvere il problema sottoposto all'attenzione della giurisprudenza di legittimità.

E' indispensabile però intendersi sul significato di codesta nozione.

Intesa nel comune significato di funzione economico-sociale, la causa del contratto in questione non può dirsi mancante, in quanto corrispondente ad uno dei tipi previsti dal legislatore, e precisamente al contratto d'opera previsto dall'art. 2222. In altre parole, al contratto in esame non manca una funzione, ne in senso economico ne in senso sociale. Ma la nozione di causa come funzione economico-sociale corrisponde ad una nozione oggettiva di questo istituto che non è più accettata dalla più recente dottrina.

La sentenza 10490/2006 ha inaugurato, nella giurisprudenza di legittimità, l'orientamento volto ad accogliere la concezione della causa "in concreto".²³⁶

²³⁵ Franceschetti, *Il contratto in generale*, Santarcangelo di Romagna, 2007, p. 78 e ss.

²³⁶ In particolare Cass. civ., Sez. III, 24/07/2007, n.16315 ha confermato la legittimità di una pronuncia di scioglimento del c.d. "pacchetto turistico" di due settimane per due persone all'estero, dopo che i turisti, vista l'epidemia in atto nel luogo di destinazione, in accordo con l'agenzia di viaggi, avevano optato per diversa destinazione. Si è rilevato, in particolare, che "Nel contratto di viaggio vacanza "tutto compreso", caratterizzato dalla combinazione di trasporto, alloggio ed altri servizi turistici non accessori (itinerario, visite, escursioni con accompagnatori e guide turistiche, ecc.), la "finalità turistica" (o "scopo di piacere") è l'interesse che il contratto stesso è volto a soddisfare, dunque la sua causa concreta. Ne consegue che la irrealizzabilità di tale finalità per sopravvenuto evento non imputabile alle parti determina, visto il venir meno dell'elemento funzionale dell'obbligazione costituito dall'interesse creditorio, l'estinzione del contratto per sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, con esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni. Rispetto al contratto di organizzazione o di intermediazione, inoltre, nel contratto di viaggio c.d. "pacchetto turistico", la causa concreta assume rilievo, oltre che come elemento di qualificazione, anche relativamente alla sorte del contratto, quale criterio di relativo

Dopo una veloce rassegna delle principali teorie sul concetto di causa, la sentenza giunge a quello che è il nucleo del concetto attuale di causa che si riporta per esteso: *“E’ noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. Sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. I, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. II, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie causale “concreta”, e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d’altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell’orbita della dimensione funzionale dell’atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l’uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando*

adeguamento. L'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, quindi, pur se normativamente non prevista, è causa di estinzione dell'obbligazione, autonoma e distinta dalle cause di impossibilità ex art. 1463 c.c. ed art. 1464 c.c..

quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale”.

In questo modo è stata “trasgredita” la tradizionale nozione di causa intesa come funzione economico-sociale del contratto (alla cui stregua, peraltro, il negozio dichiarato nullo sarebbe stato valido ed efficace), e bollata tale nozione come il risultato di una valutazione ermeneutica meramente astratta, la Suprema Corte ha delineato il “concetto correttamente predicabile” in relazione al profilo oggettivo del contratto.

Tale concetto deve prescindere dalle determinazioni aprioristiche della causa dettate dalla teoria oggettiva, accolta dal codice del 1942, in quanto sorretta da una matrice ideologica, ormai obsoleta, intesa ad utilizzare il concetto di causa come mezzo di controllo dell'utilità sociale del contratto stesso.

Oggi, invece, bisogna porre l'attenzione al reale assetto di interessi che il contratto è diretto a realizzare, cioè alla concreta modificazione che produce nella sfera giuridica dei contraenti. Ove tale modificazione manchi, infatti, il contratto sarà nullo per mancanza di causa, anche qualora, formalmente, fosse inquadrabile in un “tipo” contrattuale, come accade nel caso in esame.

E' stato proprio questo l'iter logico-argomentativo che ha condotto la Suprema Corte ad accogliere la cd. teoria della funzione economico individuale o dello scopo pratico, secondo la quale, per individuare la causa del contratto, bisogna tener conto degli scopi pratici, appunto, per i quali il contratto è stato posto in essere.

Tale teoria, invero, era solo una tra le tante elaborate dalla dottrina italiana che si è confrontata fin da subito sul concetto di causa,

considerato, solo per citarne alcuni tra gli illustri autori, tema pervaso di “fatale malia” (Bonfante) o “vago e misterioso” (Ferrara)²³⁷.

In sostanza, i giudici della Cassazione, avendo precisato che la tesi oggettiva della funzione economico-sociale non è più al passo con i tempi, hanno individuato un concetto più moderno che tenga conto anche degli interessi concreti delle parti; la teoria della funzione economico-sociale, sostenendo che un contratto ha una sua causa solo perché ha una funzione economica e sociale, dal punto di vista astratto, trascura i concreti interessi dei contraenti. Accogliendo la tesi oggettiva infatti si giunge addirittura ad affermare, ad esempio, che un contratto tipico non può mai avere causa illecita, essendo presente una causa in senso astratto. In tal senso la causa può quindi essere intesa, in senso più moderno, come la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a perseguire. Sintesi, precisa la Corte, della dinamica contrattuale, e non della volontà delle parti²³⁸.

Ecco perché, da questo punto di vista manca la causa del contratto, in quanto il contratto stipulato tra il soggetto e la Società è privo di un interesse concreto delle parti. Manca cioè la funzione concreta e non quella economico o sociale della pattuizione.

²³⁷ Infatti, come già detto, a partire dal dato codicistico, che inserisce la causa fra gli elementi del contratto, senza fornirne il dato definitorio, che cosa realmente sia la causa non è concetto facilmente enucleabile, tanto che qualcuno (Alpa) è giunto ad affermare che ogni volta che un autore vuole dimostrare una tesi poco chiara o illogica ricorre al concetto di causa. Il nucleo comune delle varie teorie in merito (teoria soggettiva, teoria oggettiva, teoria pluralistica) sembra essere che la causa è la giustificazione del contratto nei confronti dell'ordinamento giuridico, ovvero il perché, giuridicamente meritevole di tutela, dell'esistere dell'assetto negoziale operato dai contraenti. Invero il nostro codice, come anche ricordato dalla Suprema Corte, accoglie la cd. teoria della funzione o teoria oggettiva, che, essendo sorretta, come si legge nella Relazione al Re, dall'ideologia fascista, utilizza la causa come elemento strumentale alla valutazione dell'utilità sociale del contratto, e quindi della sua meritevolezza di tutela, sulla base della sua funzione economico-sociale, funzione che, però, è stata già oggettivata e predeterminata rispetto al contratto stesso, per consentire un controllo più immediato, tanto che qualcuno, tra i critici della teoria, ha inteso la causa come elemento esterno al contratto, in quanto consistente in una valutazione operata dall'ordinamento.

²³⁸ Cfr. Franceschetti, *op. ult. cit.*, p. 80.

A distanza di pochi mesi, Cass. civ., Sez. III, 20/12/2007, n. 26958, riguardo ad una fattispecie, relativa ad un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno, ha confermato la sentenza di merito con cui era stato dichiarato risolto il contratto per impossibilità sopravvenuta invocata dal cliente ed ha condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera.

Ancora una volta la Suprema Corte utilizza la nozione di causa concreta al fine di constatare la sopravvenuta impossibilità della prestazione affermando che “la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c. c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile.

In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione”.

Nonostante la recente giurisprudenza²³⁹ abbia accolto espressamente la nozione concreta di causa, anche al di là dei contratti di viaggio turistico²⁴⁰ in dottrina non sono mancate critiche, accanto ad autorevoli adesioni al recente indirizzo giurisprudenziale²⁴¹.

In particolare si è rilevato che il ripudio della nozione oggettiva di causa si basa su una premessa ideologica eccessiva: infatti l'idea della causa quale funzione economico-sociale del contratto è stata vista come frutto di ideologie illiberali ed autoritarie tipiche dei regimi fascisti.

Non può non rilevarsi, secondo questo orientamento, che pur nel mutato quadro costituzionale la libertà d'iniziativa economica, come espressamente sancito dall'art. 41 co. 3 Cost, non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale: ciò è imposto anche dal rispetto del principio solidaristico riconosciuto all'art. 2 Cost.

L'accoglimento della nozione di causa concreta si reggerebbe, in realtà, su un equivoco di fondo che, confondendo l'elemento soggettivo del negozio con quello oggettivo finisce per attribuire rilevanza a delle pulsioni soggettive che, in quanto mere

²³⁹ Oggi, alla stregua dell'ultima elaborazione giurisprudenziale e anche dottrinale, quella valutazione che dovrebbe operare l'ordinamento, preordinata dal codice attraverso lo strumento del tipo contrattuale, non è più sufficiente, essendo necessario "entrare" nel contratto e nella sua concreta incidenza nella sfera giuridica dei contraenti al fine di accertarne la meritevolezza di tutela, in modo da sostituire alla funzione economico- sociale la funzione economico – individuale, che attiene pur sempre all'oggettività del contratto, ma del singolo contratto in concreto, non di un tipo in generale.

²⁴⁰ Ad es. Cass. 24769/2008 afferma la nullità di un contratto di locazione di un fondo sottoposto a vincolo di destinazione ad uso boschivo in quanto ne prevedeva l'utilizzazione in spregio al vincolo stesso, ravvisando, pertanto, un contrasto diretto della sua causa concreta con le norme di legge; Cass. SS. UU. 26972/2008, circa il problema della definizione dell'ampiezza normativa della categoria del danno esistenziale, afferma che il danno non patrimoniale è risarcibile quando il contratto inadempito sia rivolto alla tutela di interessi di natura non patrimoniale ex art. 1174 c.c. la cui individuazione deve essere condotta accertando la causa concreta del negozio nel senso chiarito da Cass. 10490/2006).

²⁴¹ Galgano, *Il contratto*, 2007; Sacco, *Il contratto*, 2004; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 2009; Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, 2001, delle voci critiche sul concetto di causa concreta; Galati, *La causa del contratto tra "funzione economico-sociale" e "sintesi degli interessi individuali delle parti"*, in *Encicl. giuridica Treccani*, Agg. 2009.

rappresentazioni interne ed interiori dei contraenti, dovrebbero essere irrilevanti (in quanto qualificabili come motivi), salvo il disposto dell'art. 1345 c.c..

Diversamente opinando si giungerebbe ad una sostanziale abrogazione degli artt. 1344 e 1345 c.c. in quanto, se ogni motivo illecito e ogni aggiramento di una disposizione imperativa, si riverbera sull'elemento casuale le suddette norme perderebbero ogni potenzialità applicativa²⁴².

Alla luce di questo orientamento, pertanto, nei contratti di viaggio vacanza “tutto compreso”²⁴³, ovvero in quei contratti complessi caratterizzati dalla combinazione di almeno due elementi costituiti dal trasporto e dall'alloggio, compresi i servizi turistici agli stessi non accessori, con durata superiore alle ventiquattr'ore, estendendosi per un periodo di tempo comportante almeno una notte, la “finalità turistica”, ovvero lo scopo pratico di godere di un viaggio e di un periodo di relax o di riposo, non costituisce causa (concreta) del contratto ma motivo soggettivo irrilevante: la “vera” causa del contratto sarebbe, piuttosto, costituita dallo scambio tra le prestazioni. La presenza di calamità naturale esclude l'avverarsi dell'interesse pratico che la prestazione era funzionalmente svolta a soddisfare. Detta prestazione deve essere funzionalizzata al soddisfacimento dei profili di relax, ludici e culturali del turista, ovvero deve essere assicurato il c.d. scopo di piacere della vacanza che il turista persegue

²⁴² Occorre, da ultimo, mettere in risalto come non è mancato in dottrina chi ha affermato che il distacco della teoria soggettiva della causa rispetto a quella oggettiva è più apparente che reale: la differenza tra le due teorie, come da tempo rilevato sembra ridursi a due diverse visuali del medesimo elemento. Da queste considerazioni emerge che quello della causa a volte può palesarsi anche come un falso problema, com'è, peraltro, dimostrato dalla circostanza che nel c.d. Codice Europeo dei Contratti la causa non è neppure menzionata.

²⁴³ Il c.d. “pacchetto turistico” o “package” (previsto dal D.lgs. n. 111/1995 ed ora trasfuso negli artt. 82 e ss. D.lgs. n. 206/2005, c.d. Codice del Consumo).

al perfezionamento del contratto. Pertanto, lo scopo turistico vero e proprio è rappresentato dal godimento della vacanza in condizioni di ordinaria tranquillità.

E' lapalissiano che, qualora si verifichi una calamità naturale o la minaccia di essa, il turista non fruisce appieno del pacchetto turistico.

Di conseguenza, essendo lo scopo turistico la causa concreta rilevante, è del tutto lecito la risoluzione del contratto stesso anche qualora il viaggio venga in essere. L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, ovviamente, deve essere tale da far sì che divenga infattibile la finalità vacanziera quale occasione di svago e di riposo: ciò che conta è la realizzazione dell'equilibrio funzionale della prestazione. Eventi che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto, quali l'impossibilità o l'aggravio della prestazione, l'impedimento, incidono sull'interesse creditorio (nel caso turistico), sino a farlo venire meno del tutto laddove - in base a criteri di normalità avuto riguardo alle circostanze concrete del caso - essi depongano per l'impossibilità della relativa prestazione. Deve trattarsi di impossibilità di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore, incidente sull'interesse che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la causa concreta. In dottrina, è stato rilevato che l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione costituisce figura diversa dall'impossibilità (totale o parziale) della prestazione, cui non in vero riconducibile²⁴⁴.

La totale impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.), che consiste in un impedimento assoluto e oggettivo, a carattere

²⁴⁴ Cfr. Minervini, *L'estinzione del contratto di viaggio per il venir meno dello scopo turistico*, Il Civilista, Milano, 2008.

definitivo della prestazione, integra infatti un fenomeno di automatica estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto, in ragione del sinallagma funzionale.

Nel caso in cui l'impossibilità sia parziale ossia si verifichi una riduzione materiale della prestazione, il turista potrà richiedere una riduzione della prestazione oppure esercitare il diritto di recesso.

La Suprema Corte²⁴⁵ ha statuito che l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione costituisce, analogamente all'impossibilità di esecuzione della prestazione, autonoma causa di estinzione dell'obbligazione.

²⁴⁵ Cass. n. 9304/1994.

2.5. Analisi sulla distinzione tra causa e tipo

La distinzione tra causa e tipo appare ben evidente essendo la causa individuata rispetto ad ogni singolo atto e il tipo, il modello o schema astratto dell'operazione; la tripartizione dei controlli sulla causa (esistenza in concreto, rilevanza giuridica, liceità) la distinzione tra causa quale elemento del negozio e causa quale fondamento dell'attribuzione patrimoniale²⁴⁶: poiché queste due accezioni talvolta coincidono, altre volte no, appare opportuno, ad evitare equivoci, mantener l'uso linguistico del termine causa nell'ambito della prima accezione²⁴⁷.

Con la nozione di causa oggettiva si tende alla tendenziale identificazione della causa con la "funzione" che appunto definisce il tipo di negozio.²⁴⁸

Certamente a questa tendenziale identificazione ha contribuito la netta distinzione tra causa e motivi, apparendo la causa come elemento sempre ricorrente in una serie di negozi riconducibili a determinate operazioni economico-sociali. Nella ricostruzione bettiana²⁴⁹ si escludono dall'area della causa i motivi individuali, ma si include la causa remota, che riguarda l'eventuale connessione del negozio con rapporti giuridici preesistenti, coevi e futuri; la causa soggettiva che è l'intento pratico cui si indirizza la volontà di chiunque compia negozi appartenenti ad un tipo; e la causa obiettiva che corrisponde alla funzione economico-sociale e tale funzione varia proprio a seconda

²⁴⁶ Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, rist. 1989, p. 715.

²⁴⁷ Alpa, *Causa e tipo*, in *I contratti in generale*, Rescigno e Gabrielli (a cura di), I, Torino, 2006, p. 552.

²⁴⁸ Cass., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Giust. civ.*, 1973, I, 603.

²⁴⁹ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, terza edizione, Torino, 1960, p. 171 ss. Sulla linea di Betti s.v. anche Irti, *Il negozio giuridico*, Milano, 1991 e anche Ferri, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico, Introduzione alla ristampa dell'opera di Betti*, Napoli, 1994.

del tipo. Infatti può essere di scambio, di credito, di garanzia, di cooperazione di accertamento, di sicurezza; si tratta di tipi ammessi dalla coscienza sociale, tipi quindi non solo legislativi ma anche liberi, ovvero sociali.

Facendo un raffronto con il sistema contrattuale romano che appariva rigidamente tipizzato, legato fondamentalemente, alla tipicità delle *actiones*, si deve riconoscere che anche questa tipicità va intesa più come tipicità di carattere sociale che non legislativa.

Bisogna considerare che vi sono cause che pur non essendo espressamente indicate dalla legge, è possibile ammetterle in virtù della coscienza sociale, poiché rispondono ad una esigenza pratica legittima o un interesse sociale durevole, e che perciò possono essere degne di tutela giuridica.

Ecco perché i problemi della causa vengono fondamentalemente ad identificarsi con quelli riguardanti la costruzione dei tipi negoziali, con le dottrine, di antica data, degli *essentialia*, *naturalia* ed *accidentalium negotii*²⁵⁰.

La tendenza descritta ha trovato un riscontro anche nella Relazione al codice civile dove si parla di “schema causale tipico” ed è più esplicita anche nelle scelte dogmatiche: si precisa, infatti, che la causa così come la intesa il legislatore è da individuarsi in senso oggettivo e positivo; che l’eliminazione della causa falsa, inoltre, è dovuta all’ingresso dell’istituto della simulazione; che la mancanza di causa comporta la nullità del contratto e ciò riafferma il divieto di costituire negozi astratti; che la causa illecita implica la considerazione della causa non solo come schema astratto ma come elemento di controllo della situazione sulla quale il contratto deve operare.

²⁵⁰ Bekker, *op. ult. cit.*, p. 117 ss..

In realtà, si potrebbe anche ritenere che si tratta di un passaggio di ordine concettuale inerente una diversa realtà.

Le dottrine più recenti, infatti, hanno contribuito a chiarire come il problema della tipicità negoziale riguarda la disciplina da applicare all'operazione che le parti hanno scelto, mentre il problema della causa investe la natura dell'interesse che le parti perseguono.

Ma, tuttavia, la dottrina ha mantenuto anche orientamenti divisi. L'ampio dibattito che divide il campo dimostra a chiarezza come la causa abbia subito un processo di mitizzazione e, allo stesso modo come essa sia uno strumento di cui non è facile liberarsi. La concezione *bettiana* seguita dalla giurisprudenza, continua a costituire per la sua rilevanza un referente naturale di ogni trattazione in materia; essa però necessita di correzioni; le sue correzioni prendono campo: in particolare l'elaborazione di Ferri sulla nozione di "funzione economico-individuale"²⁵¹ della causa pone in evidenza la funzione del contratto ma la riconduce al raggiungimento di scopi individuali, salve le limitazioni imposte dall'ordinamento²⁵².

La causa, per certi versi, si deve identificare con l'interesse stesso, desumibile da tutto il quadro dell'operazione economica insita nel negozio e la presenza di un tipo negoziale può essere considerato come l'intento delle parti di perseguire un fine meritevole di tutela²⁵³.

Si tratta, in definitiva, di ridare al profilo della causa la sua valenza specifica, che non è quella riguardante il metodo o le tecniche con cui

²⁵¹ Ferri, *Le anamorfosi del decreto civile*, Padova, 1994, p. 219.

²⁵² Alpa, *op. ult. cit.*, p. 550.

²⁵³ A ben vedere questa considerazione è confortata anche dalla dell'art. 1322, 2 co., ce. di cui deve affermarsi il valore generale.

i singoli ordinamenti provvedono a tipizzare le operazioni negoziali, quale “strumento concettuale”.²⁵⁴

La individuazione del “tipo” suppone la identificazione di elementi caratterizzanti nonché dei tratti che distinguono i vari “tipi” tra loro.

Questi elementi caratterizzanti potranno avere riguardo al contenuto del contratto, alla qualità delle parti, alla natura del bene, al fattore tempo, al modo di perfezionamento.

Orbene, è di facile intuizione identificare il tipo contrattuale con lo schema legale, laddove esistente, o lo schema scelto liberamente dalle parti e impresso al contratto.

Anche il tipo, come la causa non è definito dal legislatore anche se è opportuno precisare che il tipo contrattuale è evocato quando si fa riferimento alla natura dell'accordo o quando dottrina e giurisprudenza parlano di qualificazione del contratto e quando, le stesse, insieme al legislatore, operano classificazioni dei contratti²⁵⁵.

Ed è evidente che il tipo è evocato quando si definisce la causa come “sintesi degli effetti tipici” o quando si valuta se l'interesse perseguito dalle parti sia meritevole di tutela.

Il profilo della causa non riguarda, almeno direttamente, il metodo, in uso presso gli ordinamenti, di procedere ad una ricostruzione tipologica, più o meno esauriente e rigorosa, dei singoli atti negoziali, e massimamente dei contratti²⁵⁶, giacchè occorre riconoscere che il concetto di causa, riferito nel negozio giuridico, ha finito per essere spesso utilizzato per uno scopo estraneo a quello tradizionale,

²⁵⁴ Alla luce di questa considerazione è possibile contestare che la causa possa essere un elemento avente virtù individuativa del tipo, sia che si identifichi la causa con la funzione del negozio, sia che la si identifichi con “la sintesi degli effetti essenziali”. Cfr. De Nova, G., 60 ss..

²⁵⁵ Alpa, *op. ult. cit.*, p. 575.

²⁵⁶ Di Majio, *Causa del negozio giuridico* (voce), in Enc. giur. Treccani.

ovverosia per indagare le ragioni ed i limiti dell'autonomia privata nella scelta dei tipi negoziali²⁵⁷.

In verità il tipo è connotato da elementi caratterizzanti, quali la qualità delle parti, la natura del bene oggetto del contratto, la natura della prestazione, il fattore tempo, il modo di perfezionamento²⁵⁸, che convergono in un processo di aggregazione funzionale, partendo dalla prassi, a disciplinare le varie tipologie di schemi contrattuali, corrispondenti a modelli di operazione economica, messi dell'ordinamento a disposizione delle parti: la causa non è dunque l'unico elemento tipizzante²⁵⁹.

Il fenomeno della tipicizzazione è, in tal modo, il risultato di una scelta e di una concentrazione, di elementi, modalità, strutture, propri di differenti attività; e “il tipo dunque è uno dei tanti modi di organizzare fenomeni, simili tra loro della realtà sociale, e tale funzione il tipo assolve anche quando l'ordinamento giuridico assume, all'interno del proprio sistema, gli schemi tipici delle attività economiche più rilevanti e diffuse nella realtà sociale”²⁶⁰.

Il tipo non è annoverato tra i requisiti essenziali del contratto e neppure tra quelli eventuali. Se è vero che le parti possono anche scegliere di concludere un contratto atipico, cioè fuori dai tipi legali, è allo stesso modo vero che, una volta determinatesi le parti per il contratto atipico, non è che il tipo sia completamente emarginato o abbandonato; anzi, secondo alcuni autori, per via delle operazioni qualificatorie della giurisprudenza, il contratto atipico viene ricondotto

²⁵⁷ Giorgianni, *Causa* (voce) dir. priv., p. 573.

²⁵⁸ De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 84 ss., che ricorre alla nozione di “tipo” e non alla causa come elemento di classificazione tra i vari schemi contrattuali”. Per la distinzione tra la nozione di causa e tipo s.v. Roppo, *Il contratto*, p. 419; Alpa, *Causa e tipo*, in *Vita not.*, 1997, p. 3.

²⁵⁹ Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 133.

²⁶⁰ Ferri, *op. ult. cit.*

al tipo più vicino o più simile, sicché diverrebbe difficile, anzi, assai improbabile, rinvenire contratti autenticamente atipici.

E' opportuno ribadire che secondo la tesi di Ferri causa e tipo appartengono a due diversi momenti del procedimento logico attraverso il quale si attribuisce efficacia giuridica alle strutture e alle regole private; la causa attiene al momento della valutazione, il tipo, invece, al momento della qualificazione. La valutazione mira a risolvere il problema della inservibilità della regola e della struttura privata nell'ordinamento giuridico mentre la qualificazione, punta a risolvere il problema degli effetti che struttura e regola possono produrre, una volta siano inseribili nell'ordinamento²⁶¹.

Contrariamente²⁶² si ipotizza che causa e tipo non debbano essere collocati su due piani diversi: la struttura, da un lato, atterrebbe alla fattispecie e servirebbe a risolvere il problema del tipo; la causa dall'altro, servirebbe per qualificare il momento funzionale dell'atto, anche se è vero che non vi è una necessaria correlazione tra funzione e struttura, in quanto la determinazione della funzione, ossia della causa, richiederebbe un secondo elemento da porre in relazione con la struttura: quello costituito dagli interessi che l'operazione è destinata a soddisfare²⁶³.

L'identificazione della causa con il tipo ha inoltre comportato conseguenze criticabili, quali l'esclusione del controllo di liceità sui contratti tipici, sul presupposto che questo vaglio sia già stato operato

²⁶¹ Ferri, *op. ult. cit.*

²⁶² Cecchini, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (Intorno alla nozione di causa)*, in Riv. Dir. civ., 1999, p. 234, nota 26.

²⁶³ Cecchini, *op. ult. cit.*, p. 234, il quale esprime una concezione di causa concreta intesa come "valutazione di concordanza di una struttura giuridica, determinata nei suoi elementi essenziali, con un determinato e concreto assetto di interessi obiettivamente emergente nell'accordo".

da parte del legislatore, in sede di recepimento del tipo nell'ordinamento giudicio²⁶⁴.

Alcune ricostruzioni, tuttavia, hanno portato ad individuare un modello per la disciplina²⁶⁵, isolando i tipi a partire dalle concrete prassi negoziali²⁶⁶ in maniera tale da fornire alle parti e ai giudici indicazioni concrete per la disciplina stessa, la quale può trovare un importante elemento di aggregazione nel tipo negoziale.

È da notare comunque come da più parti si lamenti che nella legislazione italiana, anziché procedere ad una individuazione rigorosa di tipi, si siano date definizioni e pseudoconcetti, rendendo più ardua l'opera dell'interprete.

²⁶⁴ Anche Betti, fautore della teoria della causa come funzione economica-sociale del contratto, in *Teoria generale del diritto*, Torino, 1960, nell'affrontare il profilo della causa illecita con riferimento ai contratti tipici dovette attribuirle una connotazione soggettiva definendola "comune intento pratico".

²⁶⁵ Costanza, *Contratto atipico*, Milano, 1982, p. 185 ss.

²⁶⁶ S.v. ad esempio il lavoro subordinato nella sua variante onerosa, il contratto di affitto con riguardo ad un bene produttivo o la somministrazione con riguardo alla durata.

2.6. I rapporti tra causa e volontà negoziale

L'art. 1325 c.c. elenca la causa tra i requisiti del contratto, tuttavia parte della dottrina²⁶⁷ ha messo in luce la difficoltà di far rientrare la causa tra gli elementi essenziali del contratto.

L'inclusione della causa tra gli elementi essenziali del contratto, storicamente, ha rappresentato un'esigenza, anche pressante, che si era posta soprattutto con riferimento alle promesse unilaterali²⁶⁸.

In particolare, all'inizio del secolo scorso il ricorso alla causa era diventato un passaggio obbligato per garantire vincolatività alla promessa, che dunque rappresentava un elemento necessario per garantire certezza al diritto²⁶⁹.

Questa problematica, peraltro, fu resa esplicita dalla resistenza, tanto dottrinale che giurisprudenziale, di accettare la causa tra gli elementi essenziali del contratto.

Ad un certo punto, tuttavia, apparve necessario configurare la causa tra i requisiti del contratto (sia per gli accordi unilaterali che per quelli bilaterali) al fine di offrire fondamento oggettivo all'impegno espresso dal dichiarante.

Tuttavia, l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale sul punto ha messo in luce la difficoltà (peraltro mai superata) di delimitare il concetto di causa, affinché esso non si sovrapponga al concetto volitivo. Infatti, in una sentenza del 1948, il Tribunale di Milano²⁷⁰ ha

²⁶⁷ Sul punto si veda La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 16 ss.

²⁶⁸ Cfr. G. Venezian, *La causa dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, Vol. II, Roma, 1918, p. 57 ss.; visione ripresa da La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, cit., p. 16 ss.

²⁶⁹ Cfr. *Ibidem*.

²⁷⁰ Tribunale di Milano, sentenza del 27 gennaio 1948, in *Monit. Trib.*, 1948, p. 317.

affermato che “il motivo unico, comune alle parti e determinante il consenso si identifica con la causa dello stesso”.

In altre parole, la causa come requisito dell'esistenza giuridica dei contratti non è pienamente compatibile con il principio che attribuisce forza vincolante alla volontà, secondo il quale i contratti sono civilmente obbligatori per effetto dell'unione di due o più volontà conformi²⁷¹. Con la promessa dell'atto volontaristico non necessita una condizione ulteriore, giacché la causa deve essere considerata come parte integrante della volontà e non come un requisito posto al di fuori di essa.

²⁷¹ Sul punto rimandiamo a Venezian, *La causa dei contratti*, in Alpa- Bessone (a cura di), *Causa e consideration*, Padova, 1984, p. 27 ss.; si veda ancora La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, cit, pp. 16 - 32.

2.7. La graduale ascesa della causa: da mero dogma a strumento operativo. L'abbandono del metodo dogmatico.

E' stato autorevolmente affermato che "il negozio giuridico ormai sopravvive soltanto per una sorta di misticismo dottrinario"²⁷². La nozione di negozio giuridico, tuttavia, già abbandonata dal legislatore viene superata anche attraverso in una sostanziosa opera di analisi²⁷³.

Consumato negli anni settanta-ottanta l'addio al negozio giuridico come categoria ordinante e unificante dell'autonomia privata, il contratto ne ha assunto il ruolo²⁷⁴. Tale impianto dottrinale libera lo strumento della causa dalle concettualizzazioni estreme a cui il suo ruolo di elemento del negozio l'aveva condotta²⁷⁵. E' una contraddizione in termini riferirsi alla causa del negozio giuridico, poiché il negozio giuridico elaborato dalla dottrina tedesca e la *Willenserklärung* del BGB sono dichiarazioni astratte e inconcepibili in un sistema come il nostro basato sulla causalità del contratto, che è tuttavia correlato all'opportunità di un controllo giudiziario sulla funzione economico-sociale dell'atto di autonomia contrattuale²⁷⁶.

Vero è, oltretutto, che nel nostro codice civile non vi è traccia del negozio giuridico²⁷⁷.

Tuttavia, si è precisato che "quanto alla teoria della causa del contratto come funzione socialmente utile o produttiva, non è senza interesse

²⁷² Irti, *La regola e l'eccezione* (resoconto sulla dottrina italiana del diritto privato nel secolo ventesimo), in *Dir. e società*, 1996, p. 448.

²⁷³ Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.* Cicu Messina, Milano, 2002; Rescigno, *Atto giuridico* (voce), in *Enc. giur.* Treccani, p. 1 ss.; Sacco, *La nozione del contratto*, in *Tratt. Dir. priv.*, X, 2, Torino, 1984, p.13 ss; Irti, *op. ult. cit.*

²⁷⁴ De Nova, *Contratto* (voce), in *Enc. delle scienze sociali*, 2001, p. 61.

²⁷⁵ Rolli, *op. ult. cit.*, p. 57.

²⁷⁶ Galgano, *op. ult. cit.*, p. 31.

²⁷⁷ Valle, *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, in *Contratto e Impresa*, 1993, Pellicanò, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, p. 5.

rilevare che, qualora si estendesse un simile requisito anche all'atto di alienazione, si sconvolgerebbero le basi del diritto privato e si verrebbe ad instaurare praticamente un controllo su tutta la vita privata, per di più con un mezzo inadeguato ed ambiguo”²⁷⁸.

Contrariamente si è ritenuto che “la concezione della causa come funzione porta in se quanto occorre per autodistruggersi”²⁷⁹.

Anche perché “l'identificazione della causa²⁸⁰ con la funzione economico sociale non aiuta a risolvere nessun problema ne logico, ne pratico. Non sponsorizzata ne dal vigile e critico pensiero del giurista tedesco, ne dal limpido e facile modello francese, essa si è sviluppata in modo invasivo in Italia, senza rendere servigi alla pratica, e creando confusione sul piano teorico”²⁸¹.

Ecco perché in una visione della causa attigua alla tradizione si sostiene che la stessa “non è la funzione del contratto. La causa è l'elemento che giustifica il sacrificio dell'uno e/o dell'altro contraente. Giustificandolo, ne rende possibile l'effetto, e cosa notevole rende questo effetto irreversibile”²⁸². In questo senso²⁸³ si può senza dubbio alcun puntualizzare che il nostro ordinamento è causalista e la consistenza del requisito causa, che lo rende di fondamentale importanza sta proprio qui: “Nel fatto che il rischio di veder giudicato privo di causa un pezzo del contratto obbliga la parte a far valere in

²⁷⁸ Gorla, *Forma, promessa, affidamento*, in *Causa e consideration*, Padova, 1984.

²⁷⁹ Sacco, *Il contratto*, in Tratt. Dir. civ., diretto da Sacco, V. I, Torino, 1999.

²⁸⁰ Costituente necessario della fattispecie contrattuale ex art. 1325 c.c., elemento storico posto alla base della contrapposizione tra nudo patto e contratto, segno distintivo che consente di distinguere il modello contrattuale astratto da quello causale.

²⁸¹ Sacco, *op. ult. cit.*

²⁸² Sacco, *op. ult. cit.*

²⁸³ Rolli, *op. ult. cit.*

giudizio il contratto, e non la semplice dichiarazione contenente l'attribuzione patrimoniale”²⁸⁴.

Libera da ogni funzionalizzazione dell'autonomia privata ai fini superiori dell'ordinamento giuridico e ricondotta nei binari di tutela delle posizioni dei contraenti, la causa viene vista come strumento che mette capo ad un controllo sull'autonomia privata²⁸⁵ che non è attribuito al giudice a protezione di interessi pubblici poiché spetta all'autorità governativa e non all'autorità giudiziaria provvedere a tal riguardo²⁸⁶. E' riconosciuto, inoltre, a protezione degli stessi contraenti: per tutelarli “contro il rischio di atti capricciosi e imponderati e, soprattutto, a protezione del contraente più debole”.

La causa si presenta come “l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi primari o secondari di cui la struttura è composta; e – poiché il contratto esprime una regolamentazione di privati interessi – la causa appare anche l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettiva delle finalità soggettive che gli autori del contratto intendono perseguire. In questo senso la causa risulta essere l'elemento che tecnicamente collega l'intera operazione economica, contenuta nel contratto inteso nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori”²⁸⁷.

Come è stato correttamente rilevato²⁸⁸ “stiamo prendendo definitivamente congedo dal dogma della causa del contratto anche nei sistemi giuridici che hanno assunto a modello il *codice napoleonico*, nel quale fu espressamente consacrato il principio di

²⁸⁴ Sacco, *op. ult. cit.*, p. 790.

²⁸⁵ Rolli, *op. ult. cit.*

²⁸⁶ Galgano, *Diritto civile e commerciale*, V. II, 1, Padova, 2004, p. 231.

²⁸⁷ Ferri, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 903.

²⁸⁸ Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele, prospettive di diritto europeo* a cura di Salvatore Mazzamuto, p. 241 ss.

causalità. E così, anche sulla dottrina della causa del contratto sembra potersi dire quel che da tempo si è scritto in merito alla dottrina della *consideration* nei sistemi di *common law*: un'epoca intera del diritto si è consumata. Con riguardo al *contract* nel suo nesso strettissimo con la *consideration*: in questi termini fu coniata l'immagine funebre dell'istituto²⁸⁹. Le ragioni di un processo estintivo di tale portata, in ordine alla *consideration*, sono da ravvisare nell'incompatibilità di quel dogma giuridico, artificioso e macchinoso, con le duttili necessità del mondo economico²⁹⁰. Alla causa, invece, si addebitavano alcuni eccessi teoretici, generatori di fumosità e vacuità della nozione stessa, "dietro un manto, non meno equivoco di declamata socialità"²⁹¹.

Breccia ha precisato che "il linguaggio metaforico che dichiara l'esaurimento di un dogma nasce da una radicale istanza di semplificazione fortemente condivisa dalla comunità dei giuristi. Ma quando la categoria presenta più volti, l'effetto di riduzione della complessità rischia di essere a sua volta eccessivo, se si finisce con l'eludere del tutto un'intera sfera di problemi, per non aver saputo o per non aver voluto procedere né a un accertamento oggettivo del processo di estinzione né a una precisa identificazione del fenomeno da estirpare o comunque in via di esaurimento"²⁹².

Non è agevole, a questo punto, deliberare la morte della causa mentre è più corretto soffermarsi su quel passaggio condiviso dalla dottrina contemporanea da dogma a strumento operativo.

²⁸⁹ Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University, Columbus, 1974, Dell'edizione italiana, *La morte del contratto*, trad. di Fusaro, Milano, 1988, con introduzione di Alpa, *Il contratto fra passato e avvenire*, ivi, XXII, XXVII.

²⁹⁰ Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo storico-comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*. II, *Casistica e problemi*, Milano, 1954.

²⁹¹ Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, rist. VII ed., III, Torino, 1925-1930, n. 445, 621. E' sua la famosa immagine della causa quale quarto lato del triangolo: ove per triangolo si intende il contratto.

²⁹² Breccia, *op. ult. cit.*, p. 243.

Svariati segnali hanno portato a ritenere plausibile la teorizzazione della morte della causa ma basti pensare che i più aggiornati trattati francesi e italiani sul contratto in generale prendono atto della presenza di una disciplina dei codici civili che non ha subito cambiamenti, né con riguardo alla previsione di nullità del contratto per difetto di causa, né con riferimento alla previsione di nullità del contratto per illiceità della causa²⁹³. Molte sono dunque le pagine dedicate all'istituto di cui si proclama altrove la morte²⁹⁴.

I nuovi orizzonti delle teorie sulla causa sono più propensi a recuperare una dimensione della causa più vicina alla funzione concreta che il contratto è chiamato ad ottemperare²⁹⁵.

Alla luce di quanto sinora riportato emerge un dato estremamente rilevante, vale a dire “quel che è cambiato, nel complesso, è il tono delle trattazioni: al cui fondo, si avverte, pur nella grande diversità delle opinioni, un comune distacco dai dogmatismi più sterili o più ambigui”²⁹⁶. In definitiva – anche a parere di chi scrive - nel diritto applicato (sia in Francia e sia in Italia) la nozione di causa è ancora utilizzata tanto da assegnare a tale istituto un ruolo pratico che, sebbene sia limitato, risulta tuttavia essenziale.

²⁹³ Nel *code civil*: artt. 1108, 1131-1133; nel *codice civile italiano*: artt. 1325, co. 2; 1343-1345; 1418, co. 2.

²⁹⁴ Breccia, *op. ult. cit.*

²⁹⁵ Rolli, *op. ult. cit.*, p. 65. L'Autore ritiene di individuare il minimo comune denominatore delle nuove teorie sulla causa nelle c.d. funzioni concrete che il contratto è chiamato ad assolvere.

²⁹⁶ Sul punto rimandiamo a Breccia, *op. ult. cit.*

2.8. Distinzione tra causa in astratto e causa in concreto

In questa parte del presente lavoro ci proponiamo di mettere in luce la distinzione tra causa in astratto e causa in concreto. In particolare, è opportuno preliminarmente rilevare che qualsiasi manuale o trattato di diritto privato introduce la distinzione sopra citata²⁹⁷.

Nel diritto romano alla causa in concreto non veniva attribuito il giusto peso, da un lato, per la mancata e piena conoscenza di tale istituto, dall'altro lato a causa del formalismo e dell'astrattezza che caratterizzava tale diritto. Occorre, altresì, ricordare che nel diritto romano, di fatto, non esisteva una teorizzazione del contratto, giacché gli accordi erano visti solo come operazioni d'affari e, dunque considerati nella loro accezione economica²⁹⁸.

Fu, in seguito, il diritto canonico a riconoscere uno strumento di causa concreta, la quale prevedeva la possibilità di sindacare sull'operazione effettuata dai contraenti.

Per maggiore chiarezza occorre rilevare che la causa astratta corrisponde alla funzione economico-sociale che il contratto realizza. Si parla di astrattismo della causa giacché è fotografata una funzione astrattamente considerata, che si presenta come “uno schema asettico” di regolamentazione di interessi, che prescinde dal contesto concreto e dalle finalità pratiche che vengono perseguite²⁹⁹.

È con la Relazione al Re (n. 614) che viene introdotto il concetto di causa in concreto, in particolare se ne deduce che “la definizione della

²⁹⁷ Sul punto per un'analisi generale dell'argomento in questa sede affrontato rimandiamo a Rolli, op. ult. cit., p. 66 ss.

²⁹⁸ Cfr. Dalla Massara, op. ult. cit.

²⁹⁹ Sul punto rimandiamo ancora necessariamente a Rolli, op. ult. cit., p. 67 ss.

causa in termini di funzione economico-sociale non ha le conseguenze rigide che i codificatori vollero ufficialmente proclamare³⁰⁰.

In seguito all'entrata in vigore del codice civile si avvertì l'esigenza di porre l'accento, nell'ottica causale, sugli interessi dei contraenti manifestati nel corso dell'operazione contrattuale³⁰¹.

A questo punto è di estremo interesse cercare di comprendere il significato che la causa in concreto ha assunto nelle varie ricostruzioni dottrinali in seguito all'entrata in vigore del codice civile, allo scopo di osservare queste abbiano influito sulle varie applicazioni giurisprudenziali. All'interno di tale evoluzione si è arrivato persino ad affermare che la causa astratta non esiste, ma esiste solo la causa concreta del negozio³⁰².

Attualmente in dottrina sono due le tendenze che emergono in merito al tanto dibattuto istituto della causa: da un lato ci sono i funzionalisti, ossia coloro i quali sostengono la causa astratta e, dunque, ritengono che la causa debba essere considerata come funzione economico-sociale³⁰³. Dall'altro lato, ci sono invece gli antifunzionalisti, i quali ritengono che la causa rappresenti piuttosto la sintesi degli obiettivi perseguiti dal contratto e che, dunque, tengono in considerazione la causa concreta³⁰⁴. Secondo gli antifunzionalisti, infatti, la causa astratta impedisce di cogliere l'istituto della causa nella sua reale e

³⁰⁰ Sul punto si veda Breccia, *Il contratto in generale*, cit., p. 66.

³⁰¹ Cfr. Redenti, op. ult. cit., p. 904 ss.

³⁰² Sul punto rimandiamo a Ferri, *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, cit., p. 144 ss.

³⁰³ Galgano, *Diritto civile e commerciale*, V. II, op. ult. cit., p.226; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, op. cit., p.172 ss; Osti, *Contratto* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, p. 506; Santoro Passerelli, *Dottrine generali del civile*, Napoli, 1985, p. 127; Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1992, p. 333; Messineo, *Il contratto in genere*, nel *Tratt. Dir. civ. e comm.*, Cicu e Messineo, V. I, Milano, 1973, p. 111 ss.; Piraino Leto, *I contratti atipici e innominati*, Torino, 1974, p. 45 ss.; Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, Padova, 1995, p. 312; Sicchero, *I contratti con causa mista*, op. utl. cit. p. 167.

³⁰⁴ Alpa, *La causa e il tipo*, op. cit. p. 554 ss.. L'Autore pone in evidenza le contrapposizioni tra funzionalisti e antifunzionalisti

concreta dimensione, che rappresenta quella fondamentale. Tale concetto ben si spiega se si tiene conto che “la causa del contratto comprende gli interessi della parte che il contratto deve assicurarle, perché formano la ragione giustificativa del contratto stesso”³⁰⁵.

I sostenitori della causa concreta ritengono che la causa rappresenti l’espressione oggettiva di finalità soggettive e per tale via la concretezza della causa altro non è che la sua oggettività³⁰⁶. Questo rappresenta il presupposto che ha consentito di avallare la proposta di un concetto di causa concreta al cui interno sia presente da un lato la dimensione oggettiva e dall’altro quella soggettiva, quasi in una posizione di mediazione tra le due logiche³⁰⁷. Per cui il “fondamento pratico ed economico di una concreta operazione negoziale non può cogliersi componendo rigidamente e in via meramente logico-concettuale, le ragioni soggettive ed oggettive che stanno alla base dell’autoregolamento, ma al contrario, avvalendosi di tutti gli elementi che [...] consentano di ricostruire integralmente lo specifico assetto di interessi che le parti mirano ad instaurare nella singola operazione negoziale”³⁰⁸.

In definitiva, da tale analisi – ancorché di certo non esaustiva – emerge come la causa possa rappresentare un valido strumento per la qualificazione ed individuazione del contratto. A tal proposito l’individuazione della causa concreta permette di verificare se l’operazione economica sia riconducibile ad un contratto tipico o, in caso contrario, se essa sia prodromica di uno atipico.

³⁰⁵ Sul punto cfr. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 377 ss.

³⁰⁶ Cfr. Bigliazzi Geri, Busnelli, Breccia, Natoli, *op. cit.*, p. 701 ss.

³⁰⁷ Sul punto si veda Rolli, *op. ult. cit.*, p. 71 ss.

³⁰⁸ V. Bigliazzi Geri, Busnelli, Breccia, Natoli, *op. cit.*, p. 703.

Ecco, perché in dottrina³⁰⁹ la causa concreta potrebbe essere individuata come il criterio di valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto, canone d'interpretazione del contratto medesimo e criterio per eventuali modifiche sulla base di circostanze sopravvenute. In particolare, la concezione della causa concreta, basata sugli interessi suddivisi tra i contraenti, libera l'istituto della causa da ogni rigidità concettuale, favorendone la dimensione pratica e concreta.

La causa in concreto, dunque, non è da ritenere come un'evoluzione della causa in astratto, giacché esiste solo un concetto di causa e le distinzioni tra causa in concreto e causa in astratto sono solo di tipo terminologico. Occorre tuttavia rilevare che la causa rappresenta tra gli elementi essenziali del contratto quello più complesso ed è proprio per tale ragione che essa rappresenta il concetto maggiormente problematico e dibattuto.

³⁰⁹ Cfr. in particolare Bianca, *Diritto civile, l'obbligazione*, op. cit.

2.9. La causa come clausola generale dell'ordinamento giuridico: la causa in concreto.

L'istituto della causa, in quanto argomento lungamente dibattuto, è stato al centro del dibattito giurisprudenziale, infatti, il riferimento alla causa in concreto del contratto trova anche in giurisprudenza grande riscontro. Sono molteplici le indicazioni e le utilizzazioni della causa come funzione concreta del contratto, individuato come sintesi degli interessi che il contratto è diretto a realizzare³¹⁰.

Recentemente, si è fatta applicazione della causa in concreto relativamente ad un contratto di compravendita nel quale l'acquirente versava alla controparte, a titolo di acconto sul prezzo convenuto, un assegno postdatato e privo di copertura bancaria, poiché tratto da un conto corrente già estinto da tempo; da ciò conseguiva la nullità del contratto "per assoluta mancanza di causa"³¹¹, ovvero "di assoluta assenza da parte dell'acquirente di qualsiasi seria intenzione di pagare il prezzo concordato" e dunque il contratto non era in grado *ab origine* di realizzare in concreto la sua funzione di scambio di cosa con prezzo³¹². La Corte di Cassazione con la già citata pronuncia n. 10490 dell'8 maggio 2006 ha dichiarato la nullità di contratti di consulenza basandosi sul fatto che le attività a cui si obbligava il consulente erano, tuttavia, già oggetto della carica di amministratore sociale, ne conseguiva in questo senso la mancanza di giustificazione concreta del contratto, alla luce della sostanziale identità delle prestazioni

³¹⁰ Bianca, op. cit., p. 427.

³¹¹ Cass., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 135 ss.

³¹² La sentenza della Cass. Del 15 giugno 1999, è analizzata criticamente da Sicchiero, *L'inadempimento preordinato è causa di nullità del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 613 ss.

svolte una volta nelle sue qualità di amministratore della società, l'altra in quella di consulente esterno della stessa³¹³.

La causa in concreto serve ad attribuire l'esatta qualificazione, con le relative conseguenze, ad una sedicente operazione onerosa; che può portare a configurare un atto a titolo gratuito come scambio empirico, quando "chi sopporta il sacrificio giuridico non ha in cambio alcun vantaggio giuridico, ma ne ha – per lo più indirettamente – un vantaggio empirico, fattuale, apprezzabile sul piano economico. E anche questo scambio empirico può funzionare come causa del contratto, giustificandolo razionalmente"³¹⁴.

Una regola che la prassi giurisprudenziale ha ormai fissato è quella secondo la quale "il contratto concluso sul presupposto dell'esistenza di una determinata situazione di fatto o di diritto (nella specie la utilizzabilità dell'immobile alienato come negozio adibito a farmacia) deve essere dichiarato nullo per difetto genetico di causa qualora risulti che al momento della sua conclusione tale presupposto in realtà non esisteva", come ha affermato la Corte di Cassazione nella sentenza n. 8689 dell'agosto 1995³¹⁵. È interessante notare come la Corte in queste sentenze abbia applicato la figura della "presupposizione" richiamando la causa del contratto, intendendo per causa "la funzione tipica in concreto che il contratto è destinato a realizzare"³¹⁶.

³¹³ Sull'argomento s.v. Rolli, *op. cit.*, p. 248.

³¹⁴ Roppo, *Il contratto, op. cit.*, p. 370.

³¹⁵ In particolare, si vedano Corte di Cassazione, 8 agosto 1995, n. 8689, in *Mass. Foro it.*; o ancora Corte Cassazione, 11 marzo 2006, n. 5390, in *Contratti*, 2006, p. 447; Corte Cassazione, 29 settembre 2004, n. 19563, in *Mass. Foro it.*, 2004. In dottrina, sul punto rimandiamo a Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., p. 249 ss.; Bessone-D'Angelo, *Presupposizione (voce)*, cit., p. 326 ss.

³¹⁶ Sul punto in particolare rimandiamo a Corte Cassazione, 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, p. 1085.

È, altresì, interessante come la giurisprudenza abbia identificato la nozione di causa “come scopo obiettivo nel negozio”³¹⁷.

È opportuno sottolineare che per via giurisprudenziale è stato affermato il principio secondo cui un contratto nel quale non si realizzi uno scambio effettivo, ma solo un vantaggio fiscale a favore di una parte è nullo per mancanza di causa in concreto³¹⁸. La Sezione tributaria della Corte di Cassazione, infatti, ricorre sovente alla causa concreta del contratto e ha persino stabilito la nullità per difetto di causa – ai sensi degli artt. 1418, co. 2, e 1325, n. 2 c.c. – “dei contratti collegati (tipici) di acquisto e rivendita di azioni, in quanto dagli stessi non consegue per le parti alcun vantaggio economico, all’infuori del vantaggio fiscale”³¹⁹.

Alla luce di questa, breve e di certo non esaustiva, ricostruzione giurisprudenziale possiamo affermare che a proposito della causa, in realtà è opportuno parlare di una sua morte solo apparente, che ha in seguito condotto al rilancio di questo importante istituto, al quale è conseguito un ampliamento del raggio d’azione dell’elemento causale e una sua accresciuta rilevanza³²⁰. In definitiva, dopo annosi dibattiti sulla causa, ci si è resi conto del fatto che la definizione di causa è di natura giudiziaria, vale a dire che il contenuto della causa è rinvenibile “nelle statuizioni della giurisprudenza che ne fanno applicazione”³²¹.

³¹⁷ Cfr. Corte Cassazione, 4 aprile 2004, n. 5324, in *Contratti*, 2004; Corte Cassazione 18 febbraio 1983, n. 1244, in *Contratti*, 1983.

³¹⁸ Cfr. Corte Cassazione, sez. trib., 14 novembre 2005, n. 22932, in *Contratti*, 2005, commentata da Rolli, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, cit., p. 416 ss.

³¹⁹ Cfr. Corte Cassazione, sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, cit., commentata da Rolli, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, cit., p. 416 ss.

³²⁰ Sul punto rimandiamo a Rolli, *op. cit.*, p. 253 ss.

³²¹ A tal proposito si vedano Rolli, *op. cit.*, p. 253 ss.; Alpa, *L’uso giurisprudenziale della causa del contratto*, cit.

La causa è stata per lungo tempo vista come un elemento “molto vago e misterioso”³²², proprio in virtù di questa “vaghezza” che lo rende un istituto duttile ed elastico e, dunque applicabile a molti casi concreti, che è stato utilizzato da molti giudici, i quali ne hanno fatto un uso così ampio che la causa è finita col diventare una vera e propria clausola generale³²³. In altre parole, la causa – in quanto clausola generale – è stata sempre più spesso usata come una “direttiva per la ricerca della norma di decisione”³²⁴.

È chiaro, alla luce della ricostruzione che precede, risulta opportuno parlare di causalismo – piuttosto che di anticausalismo – se si vuole cogliere, come sancito dalla giurisprudenza, la dimensione applicativa della causa.

La causa, dunque, può essere vista come funzione economico-giuridico e pratica del contratto, “come ragionevolezza degli impegni assunti e funzione concreta perseguita dai contraenti”³²⁵. Essa ha tenuto desto un annoso dibattito che continuerà ad essere stimolato da questa nuova concezione di causa come clausola generale.

³²² Sul punto rimandiamo a Ferrara, *Teoria dei contratti*, cit., p. 127.

³²³ Sul punto cfr. Rolli, *op. cit.*, p. 253 ss.

³²⁴ Cfr. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, in Busnelli (a cura), Milano, 1987, p. 10 ss.

³²⁵ Si rinvia a Rolli, *op. cit.*, p. 256.

CAPITOLO TERZO

INDIVIDUAZIONE ED INDAGINE SULLA CAUSA DELL'ATTO DI TRASFERIMENTO.

3.1. Considerazioni preliminari: la causa e l'atto di trasferimento.

In questa parte del presente lavoro ci accingiamo ad analizzare un altro aspetto riconducibile al concetto di causa che in dottrina ha lasciato aperto quesiti importanti, vale a dire il “problema causale con riguardo alle fattispecie produttive di effettivi traslativi”³²⁶. In altre parole, la questione è quella di comprendere il principio secondo il quale il trasferimento è una condizione casualmente ed indissolubilmente legata alle situazioni di scambio, dunque a condizioni negoziali quali la vendita o la donazione³²⁷.

Esiste, dunque, un legame tra il trasferimento e l'alternativa scambio-donazione³²⁸.

Tuttavia, occorre stabilire, prima di procedere alla nostra analisi, se il trasferimento sia riconducibile alla sfera della causa o alla sfera degli effetti del contratto. Vale la pena ricordare, che è necessario fare molta attenzione in questo ambito di indagine e tenere ben distinti la causa dagli effetti di un contratto³²⁹.

L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia ha condotto a ritenere che il trasferimento è riconducibile a situazioni soggettive,

³²⁶ Per tale citazione rimandiamo a La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, p. 51 ss.

³²⁷ Sul punto rimandiamo a Di Majo, *Causa e imputazione*, cit., p. 785 ss.

³²⁸ Cfr. La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, cit., p. 51 ss.

³²⁹ L'errore di scambiare la causa con gli effetti del contratto è stato a più riprese denunciato da un illustre studioso: Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica.*, Milano, 1951, p. 105 ss.

“ad entità già assunte sul piano giuridico da autonome qualificazioni normative”³³⁰.

Nel codice del 1942 ci sono parti in cui si parla del trasferimento del credito come di “causa generica” della cessione, che occorre integrare di volta in volta con profili di onerosità o gratuità per meglio specificare gli interessi perseguiti in concreto dalle parti contraenti³³¹. In quest’ottica, il trasferimento è considerato come causa di un contratto autonomo, tipizzato e distinto da altri contratti, giacché produce la traslazione del diritto.

È necessario, alla luce di quanto sopra affermato, effettuare qualche ulteriore precisazione, affinché non si riduca il trasferimento ad una mera operazione di scambio. Ciò perchè, in dottrina, a causa di una certa confusione anche terminologica, si è radicato il convincimento che il trasferimento del diritto fosse solo uno scambio, come operazione economico-commerciale, diretta allo sfruttamento dell’utilità del bene negoziato³³².

Prendiamo in considerazione due specifici contratti singoli: la vendita e il mutuo. In particolare, la vendita si realizza con la perdita del diritto e l’acquisto del controvalore e in questo senso “la causa della vendita appartiene allo svolgersi dell’intero ciclo del processo di circolazione, di cui essa rappresenta l’estrema sintesi”³³³.

Nel mutuo, invece, si parla di “proprietario astratto”³³⁴, giacché il mutuatario rappresenta il soggetto che appreso la proprietà ma, di

³³⁰ Per la citazione rimandiamo a La Porta, *op. ult. cit.*, p. 56; cfr. ancora Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 87 ss.

³³¹ Sul punto si rinvia a Panuccio, *Cessione dei crediti*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 847.

³³² In questo senso Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 7 ss. L’Autore parla della donazione come negozio che “attua uno scambio definitivo gratuito”.

³³³ Sul punto cfr. Pellicanò, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, p. 45 ss; si ceda, inoltre La Porta, *op. loc. cit.*, p. 66 ss.

³³⁴ Cfr. Pellicanò, *op. loc. cit.*, p. 51.

fatto, non l'ha ancora acquistata³³⁵. In altre parole, il mutuo realizza effettivamente la funzione di scambio soltanto in un momento successivo, tanto che si parla di mutuatario-non proprietario³³⁶.

Per tale via, risulta chiaro che il "trasferimento pieno" si ha nei casi in cui l'acquisto sia definitivo e non nel caso in cui per attribuire definitività all'acquisto sia necessario uno "scopo ulteriore", che nel caso del contratto di mutuo consiste, appunto, nella restituzione del capitale ricevuto in prestito. Questa visione risente delle limitazioni che hanno caratterizzato tutti i sistemi civilisti di derivazione napoleonica. Alla base di questa ricostruzione esiste un equivoco: vale a dire l'identificazione del trasferimento con l'effetto finalizzato all'acquisto e quest'ultimo come evento finale dell'intera vicenda negoziale³³⁷.

Il concetto di trasferimento e quello di acquisto devono, invece, essere tenuti ben distinti tra loro e collocati su piani differenti. Infatti, il trasferimento attiene all'effetto giuridico dell'atto, mentre l'acquisto è strettamente connesso alle conseguenze economiche prodotte. Il punto nodale di quanto sinora detto è che da un trasferimento di un atto non deriva necessariamente un acquisto, perché il trasferimento non coincide sempre con uno spostamento definitivo di un bene produttivo di ricchezza³³⁸. In definitiva, nel contratto con effetti traslativi l'effetto giuridico non è rappresentato dall'acquisto che invece si configura come conseguenza naturale, ma esso è dato unicamente dall'atto di trasferimento. In questo senso ben si spiega l'esistenza di fattispecie nelle quali l'atto di trasferimento non si conclude necessariamente con

³³⁵ V. *Ibidem*.

³³⁶ Sul punto rimandiamo a Pellicanò, *op. loc. cit.*, p. 54; inoltre La Porta, *op. loc. cit.*, p. 66 ss.

³³⁷ Cfr. La Porta, *op. ult. cit.*

³³⁸ Cfr. *Ibidem*.

l'acquisto, che evidentemente rappresenta solo un'ipotesi eventuale del trasferimento. Da tale ricostruzione emerge un dato certo che, ai fini della nostra ricerca, è necessario acquisire: vale a dire la scissione tra trasferimento e acquisto, dunque, la scissione tra il piano giuridico e quello meramente economico.

La dottrina italiana è giunta efficacemente ad individuare la natura strumentale del contratto di trasferimento rispetto alla situazione soggettiva che ne costituisce l'oggetto e che impone, quindi, di considerare i due piani del fenomeno circolatorio come distinti separati³³⁹.

³³⁹ Sul punto rimandiamo a Ferri, *Causa e tipo*, cit., p. 232 ss; inoltre, è in questo senso anche la ricostruzione fatta da La Porta, *op. loc. cit.*, p. 69 ss.

3.2. Causa dell'obbligazione e trasferimento.

Il nostro codice civile del 1942 non effettua una ricostruzione sistematica dell'obbligazione, infatti soltanto l'art. 2932 c.c. rievoca l'obbligazione di trasferire la proprietà quando fa riferimento all'obbligo di concludere un contratto, in modo del tutto improprio³⁴⁰.

La novità introdotta dal codice del 1942 consiste nell'inserire, tra gli elementi essenziali del contratto, la causa e senza alcun riferimento all'obbligazione.

Con riferimento al fenomeno traslativo, occorre precisare che la causa del trasferimento non è più la causa dell'obbligazione di trasferire, ma diventa la causa che ha lo scopo di giustificare tutta l'efficacia del contratto traslativo e ancora di giustificare il trasferimento che si sostanzia nel contratto stesso³⁴¹. Da qui ne deriva il carattere assolutamente unico della causa ed è alla luce di tutto ciò che ben si spiega il suo inserimento tra gli elementi essenziali del contratto.

In definitiva identificare la causa di un contratto con il trasferimento di un diritto, senza ulteriori specificazioni, è errato e per tale via è risultato necessario elaborare accanto alla nozione di causa "generica" la nozione di causa "specificata".

Il riferimento esplicito, contenuto nel nostro codice civile, alla "causa del contratto" esprime la chiara intenzione del legislatore di tenere in considerazione l'unicità del vincolo negoziale.

Alla luce di quanto sinora detto risulta chiaramente che l'art. 1376 c.c. serve ad affermare la dipendenza del trasferimento del diritto alla

³⁴⁰ Sul punto per maggiore chiarezza rimandiamo a Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ.*, 1961, p. 64 ss.

³⁴¹ Sul punto si veda La Porta, *op. ult. cit.*, p. 81 ss.

causa. È questa la ragione per cui la nozione di causa deve essere riferita necessariamente al contratto, ed invece non può essere riferita all'obbligazione³⁴².

La causa del contratto rappresenta, dunque, una sorta di base giuridica imprescindibile per il trasferimento, che rappresenta sempre il risultato di un negozio, non si presenta mai come un atto dovuto.

³⁴² Cfr. *Ibidem*.

3.3. In origine il contratto traslativo tra causa del negozio e causa dell'obbligazione.

Il trasferimento, per lungo tempo, è stato considerato troppo spesso alla dottrina “prigioniero” della causa di scambio in virtù del fatto che si è frequentemente pensato alla vicenda traslativa nell'ottica peculiare del contratto obbligatorio: questa analisi richiede un'attenta riflessione. L'art. 1104 c.c. abr., come l'art. 1108 *code civil* ancora vigente, inseriva tra i requisiti essenziali per la validità del contratto, “una causa lecita per obbligarsi” ed il capo 4 dello stesso III, intitolato “Della causa dei contratti”, all'art. 1119 espressamente prevedeva che: “L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita non può avere alcun effetto”.

Ecco perché alla identificazione degli elementi essenziali del contratto era richiamata la nozione di “causa dell'obbligazione”³⁴³.

La questione relativa al contratto era riferita essenzialmente all'obbligazione e ciò spingeva a sostenere che la presenza di tante cause quante fossero le obbligazioni dedotte in contratto³⁴⁴. Inoltre, era evidente che si ignorava completamente “la causa del contratto” intesa come nozione unitaria, distinta ed autonoma rispetto a quella di causa dell'obbligazione: ciò risentiva anche dell'ampiezza della nozione di oggetto del contratto.³⁴⁵ L'oggetto,

³⁴³ La Porta, *op. ult. cit.*, p. 71.

³⁴⁴ Dejana, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 1 ss.;

³⁴⁵ Tutto il processo di appiattimento della causa sulla prestazione principale dedotta in contratto è spiegato nei dettagli da De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 61 ss.

sovente, veniva fatto coincidere con lo scambio delle due prestazioni³⁴⁶.

Chiaro è che una simile concezione dell'oggetto del contratto finiva per vanificare quella di causa negoziale e anche quello di effetto del negozio, facendo virare l'attenzione della dottrina sulla causa dell'obbligazione. Sostanzialmente, la difficoltà di cogliere esattamente il rapporto tra oggetto del contratto e causa è dovuta alla mancata consapevolezza dell'appartenenza degli effetti del negozio alla sfera del valore, appartenendo, al contrario, l'oggetto alla sfera del fatto e costituendo quest'ultimo più un referente esterno dell'attività negoziale che un elemento interno al negozio come valore.

Tutta questa continua sovrapposizione di piani condusse ad applicare al contratto traslativo categorie contrattuali tipiche dell'obbligazione e, tra queste, *in primis*, quella scissione tra titolo e modo dell'acquisto.

Se il contratto di trasferimento era modellato, e continua ad esserlo in altri ordinamenti, sullo schema dell'adempimento dell'obbligazione di dare, il trasferimento non costituiva tanto il suo effetto unitario ed inscindibile, quanto piuttosto l'oggetto di un'obbligazione, che doveva essere giustificata casualmente, nell'assenza delle forme solenni della donazione, da un'altra obbligazione corrispettiva.

Il trasferimento non discende ancora, direttamente ed in via immediata, dal consenso delle parti legittimamente manifestato,

³⁴⁶ A tal riguardo è opportuno riprendere una discussa affermazione di Pothier, contenuta nel *Traite des obligations*, 1761, chap. I, sect., I, sect. I, art. 5, n. 53 : «Les contractes ont pour objet, ou des choses que l'une des parties contractantes stipule qu'on lui donnera, et que l'autre partie promet de lui donner; ou quelque chose que l'une des parties contractantes stipule que l'on fera au qu'on ne fera pas, et que l'autre partie promet de fair au de ne pas faire »

come afferma oggi l'art. 1376 c.c. in cui manca qualsiasi riferimento alla tradizione della cosa ma costituisce pur sempre il risultato di un adempimento al cui compimento non occorre l'atto della consegna³⁴⁷.

Seguendo le ricostruzioni fatte dal *code civil* e dal codice del 1865 appare agevole ritenere che la meccanica traslativa tipica dell'obbligazione di dare non è mai superata e che il consensualismo si riduce a sua semplificazione procedimentale. E' necessario a questo punto sottolineare che un principio consensualistico inteso in simile chiave riduzionistica, che non esprime la necessità che al consenso segua l'effetto traslativo diretto e immediato ma si sostanzia nella semplificazione dell'esecuzione dell'obbligazione di dare, non impone la dipendenza immediata del trasferimento del consenso.

E' chiaro, dunque, che la lettura riduzionistica del principio consensualistico in campo traslativo non impone, anzi esclude, l'accoglimento della nozione di causa del contratto, la quale, quando non venga sovrapposta a quella di oggetto del contratto, diventa davvero utile per spiegare il trasferimento. Questo, invero, in quanto prestazione, esecutiva di un'obbligazione si atteggia in maniera esattamente corrispondente al pagamento, atto dovuto, i cui rilievi causali soltanto erroneamente vengono evocati dalla dottrina³⁴⁸.

Il rinvio è alla nozione di pagamento traslativo, ritenuto atto di attribuzione effettuato *solvendi causa* e quindi pur sempre

³⁴⁷ Sembra, tuttavia, molto condiviso in dottrina che questo sia il significato da attribuire al principio consensualistico; sul tema si rimanda a Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 1993, I, p. 720.

³⁴⁸ Giorgianni, *voce Causa*, op. cit. p. 573.

rispettoso del principio di causalità della attribuzioni. Tale ricostruzione finisce per annullare una discrasia tra pagamento e trasferimento causale che sta proprio nelle diverse modalità operative dell'acquisto e nella diversa disciplina degli aspetti patologici, fingendo di ignorare la natura dovuta dell'atto di adempimento e la sua inconciliabilità con una propria rilevanza causale autonoma. La causa del contratto deve necessariamente dar conto dell'effetto traslativo, che non può essere ricondotto ad un autonomo "atto dovuto", riflettendone gli aspetti sulla investitura dell'acquirente nel diritto³⁴⁹.

³⁴⁹ La Porta, *op. ult. cit.*, p. 79.

3.4. Considerazioni conclusive sull'atto di trasferimento

In seguito a questa analisi, seppur breve e di certo non esaustiva, la prima conclusione alla quale si giunge è la seguente: l'istituto della causa è estremamente problematico ed enigmatico, pertanto si mostra impossibile un suo studio effettuato in maniera uniforme, nel senso che la causa, nel campo delle operazioni negoziali di diritto privato non riveste sempre la stessa rilevanza.

Senza dubbio la causa rappresenta una fattispecie rilevante ed imprescindibile, giacché rientra in quelli che sono considerati, dall'art. 1325 c.c., elementi essenziali del contratto.

La causa incide sensibilmente nell'ambito dell'idoneità a produrre effetti, dunque nella rilevanza giuridica degli spostamenti patrimoniali e dell'efficacia dell'atto di disposizione, che dunque in mancanza della causa finirebbe per rendere irrilevante lo spostamento patrimoniale. Ciò, in altre parole, significa che la causa condiziona la validità del negozio come atto giuridico.

Considerata elemento essenziale la causa arriva anche in alcune circostanze a svolgere un ruolo di controllo della contrattazione privata.

Tuttavia, in riferimento all'atto negoziale "non contrattuale", la causa incide unicamente sul piano dell'autoregolamento degli interessi e, quindi, solo nella concreta esplicazione della efficacia del negozio.

CAPITOLO IV
GLI ATTI DI DESTINAZIONE PATRIMONIALE ART. 2645
TER C.C. E IL PATTO DI FAMIGLIA: PROFILI
CAUSALISTICI

4.1. La disciplina degli atti di destinazione patrimoniale nell'ordinamento giuridico italiano.

L'introduzione nel nostro Codice civile dell'art. 2645 *ter*³⁵⁰, è stato l'evolversi di un lungo e complesso *iter* parlamentare che, tramite nutrite rielaborazioni del dettato normativo, è pervenuto all'enunciazione di detta norma.

La previsione legislativa³⁵¹ per la qualificazione strutturale e sistematica della figura da essa introdotta e disciplinata la qualifica di "atto". Il riferimento è alla figura più generale delle iniziative giuridiche del soggetto. La scelta terminologica adottata dal legislatore non è casuale, ma esprime una precisa presa di posizione in favore di una più estesa libertà di valutazione da parte del destinante.

³⁵⁰ Articolo inserito dall'art. 39 novies d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv., con modif., in l. 23 febbraio 2006, n. 51. L'art. 2645-ter, titolato "Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche", enuncia "Gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c. possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915, co. 1, c.c., solo per debiti contratti per tale scopo". L'articolo, per la prima volta nel nostro ordinamento giuridico, standardizza il negozio di destinazione quale schema generale, prescrivendo in tal modo, una risolutiva rimeditazione dogmatica della stessa causa, della struttura e dell'efficacia del negozio fiduciario, perfino per quel che attiene il tema dell'ammissibilità o meno della presunta proprietà fiduciaria. Questa norma fu molto criticata in dottrina, atteso che, lo stesso Petrelli, in *La trascrizione degli atti di destinazione*, in Riv. dir. civ., 2006, II, p. 162, descrive il processo di formazione come un chiaro esempio del "progressivo decadimento della tecnica legislativa".

³⁵¹ Falzea, *Riflessioni preliminari, La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, L'art. 2645-ter del codice civile* (a cura di Mirzia Bianca), 2007, Milano, p. 5.

4.2. Nozione ed utilizzazione del negozio fiduciario

Per la più autorevole dottrina³⁵², il negozio fiduciario è caratterizzato da un'eccedenza o sproporzione del mezzo prescelto dalle parti rispetto all'intento pratico che le stesse perseguono; è perciò definito come il negozio con il quale un soggetto (detto fiduciario), viene investito da un altro (detto fiduciante) di una posizione reale (avente efficacia *erga omnes*), comunque delimitata nei rapporti interni dall'assunzione di un'obbligazione del fiduciario verso quest'ultimo (cosiddetto *pactum fiduciae*).

Più semplicemente, il fiduciante trasferisce al fiduciario uno o più beni non al fine di conseguire il peculiare effetto traslativo, piuttosto per far sì che il fiduciario possa in tal modo amministrare il bene in base alle sue disposizioni: ossia, il fiduciario deve ritrasferire il bene allo stesso fiduciante a fronte di una sua semplice richiesta oppure, deve trasferirlo ad un terzo previamente indicato, realizzandosi in quest'ultimo caso, la fattispecie della c.d. interposizione reale di persona.

Di conseguenza, attraverso l'atto di destinazione, il soggetto³⁵³ può rimuovere uno o più beni immobili o beni mobili, iscritti in pubblici registri, facenti parte del proprio patrimonio, dalla garanzia patrimoniale di cui all'*ex art. 2740 c.c.*, trasmettendo sugli stessi un vincolo di destinazione funzionale all'esecuzione di interessi meritevoli di tutela attinenti a taluni intestatari definiti, per i quali sia tali beni e sia i frutti da essi derivanti devono soggiacere.

³⁵² Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 1997, Napoli, p. 179.

³⁵³ Definito conferente, anche se vi è chi sostiene che sia preferibile definirlo disponente, come suggerito da Lupoi in *Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e att. fiduc.*, 2006, 2, p. 169.

L'effetto reale, rilevante per i terzi, è limitato nei rapporti interni, da un patto obbligatorio che corregge il trasferimento di proprietà, rispetto al fine (non traslativo) in realtà perseguito. E' questa un'ipotesi di dissociazione tra proprietà formale dei beni, acquisita dal fiduciario, e proprietà sostanziale degli stessi che permane al fiduciante o spetta ad un terzo ³⁵⁴.

Si utilizza tale negozio allorché il fiduciante voglia “spogliarsi” solo formalmente di un bene al fine di evitare un sequestro o una confisca in periodi di persecuzioni razziali o politiche ³⁵⁵, allo scopo di eludere la normativa fiscale, allo scopo di fornire al creditore/fiduciario una garanzia per l'adempimento del debito che ha nei suoi confronti il debitore/fiduciante (patto lecito purché non integri un patto commissorio: 2744³⁵⁶) ovvero, ancora, qualora versi nell'impossibilità temporanea di amministrare un bene; all'interposizione reale di persona si ricorreva anche per eludere i tradizionali divieti di donazione *ex* articoli 780 e 781 codice civile ³⁵⁷.

L'apposizione di tale vincolo ha la conseguenza che le *res* destinate alla finalità meritevole di tutela ed i loro frutti, possono essere oggetto di esecuzione per i soli debiti contratti per tale scopo (con una unica eccezione, quella dettata dall'*ex* art. 2915, comma 1 c.c.) ³⁵⁸.

In sintesi, si può affermare che³⁵⁹ una peculiare combinazione di effetti reali e obbligatori caratterizza il negozio fiducia

³⁵⁴ Perlingieri, *Istituzioni di diritto civile*, *op. cit.*, p. 249.

³⁵⁵ Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, *op. cit.*, p. 918.

³⁵⁶ Perlingieri, *op. ult. cit.*, p. 249.

³⁵⁷ Bianca, *Il contratto*, 3, *op. cit.* p. 711.

³⁵⁸ Ciononostante, non vi è l'estromissione espressa dell'espropriabilità di beni differenti per le obbligazioni contratte al fine di destinazione.

³⁵⁹ Perlingieri, *op. ult. cit.*, p. 249.

4.3. Elementi della fattispecie giuridica

Nonostante la collocazione topografica all'interno del codice³⁶⁰, l'art. 2645 *ter* c.c., non attinente alla pubblicità, anzi, accoglie gli elementi di disciplina sostanziale quali: durata, riferimento a meritevolezza degli interessi perseguiti, forma, oggetto, azione a difesa della destinazione, contiene un "ministatuto dell'atto di destinazione"³⁶¹.

Per parte della dottrina³⁶² la considerevole portata innovativa, tuttavia, avrebbe meritato una puntuale, compiuta e più dettagliata disciplina sostanziale dell'istituto, che invece sembra essere stata dettata *en passant*, confondendola per altro in una norma ed in un contesto codicistico specifico concernenti la pubblicità.

L'art. 2645 *ter* c.c.³⁶³ non ha certamente la configurazione di una norma di fattispecie, circoscrive esclusivamente l'inserimento di una categoria giuridica.

Tale norma risulta lacunosa poiché opera unicamente o quasi nella prospettiva dei conflitti tra i creditori del conferente e dell'affidatario. Il vincolo previsto dall'art. 2645 *ter* c.c. è di destinazione atipico, ove i fini non sono preordinati dal legislatore ma condonati all'autonomia privata, sempre qualora superino il giudizio sulla meritevolezza degli interessi perseguiti.

³⁶⁰ La norma è collocata nel Libro VI Titolo I (della trascrizione), Capo I (della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili).

³⁶¹ De Nova, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, cit....

³⁶² Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 181 Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, in *Giust. civ.*, 2006, II, p.165 e ss.

³⁶³ Secondo la definizione di Palermo è un contenitore di carattere generale che porta al riconoscimento normativo dei negozi di affidamento fiduciario. Questa affermazione è stata espressa durante una lezione tenuta nell'ambito del corso di approfondimento professionale riservato ai notai avente ad oggetto "Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trusts", organizzato dall'Unità per la formazione continua della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Genova, tenutosi a Roma presso l'università Roma III nei mesi di ottobre e novembre 2006.

L'atto di destinazione si sostanzia nella funzionalizzazione di un bene, con apposizione del vincolo³⁶⁴ sul bene stesso, che comporta una limitazione del potere di godimento del bene, al fine di raggiungere un determinato scopo. il conferente - disponente ed i terzi interessati agire per la sua realizzazione.

Tutto quel che attiene a tale vincolo non è disciplinato compiutamente nell'art. 2645 *ter* c.c.

Il conferente che si limiti ad imporre il vincolo ai sensi dell'art. 2645 *ter* c.c., non può avere la certezza della realizzazione della finalità stabilita; per conseguire pienamente la finalità, lo stesso conferente deve inevitabilmente commissionare il perseguimento ad un terzo (o subito, o in seguito alla propria morte o incapacità) e disporre per quando il vincolo sarà cessato³⁶⁵.

Affinché il dettato normativo di cui all'art. 2645 *ter* c.c. possa avere qualche *chance* di applicazione, è imprescindibile che il fiduciario assuma obbligazioni in ordine alla realizzazione della finalità prestabilita.

Fulcro dell'atto di destinazione è il suo scopo, che deve perseguire interessi meritevoli di tutela ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c.c.

Lo scopo deve essere indicato nell'atto, in quanto attinente alla causa negoziale³⁶⁶.

³⁶⁴ Ogni vincolo ha un profilo statico ed un profilo dinamico, il primo in quanto esclude i beni vincolati dal principio della responsabilità patrimoniale generica ex art. 2740 c.c., e li rende aggredibili solo per debiti contratti per la finalità; il secondo, perché obbliga uno o più soggetti a perseguire la finalità.

³⁶⁵ Decreto del Giudice tavolare presso il Tribunale di Trieste in data 7 aprile 2006 cit. e G. De Nova, *Esegesi dell'art. 2645 ter cod. civ., cit.* Per tale motivo il vincolo di destinazione così come delineato dal nostro codice civile viene nella pratica scarsamente utilizzato.

³⁶⁶ Sostenuta da Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter, in Giust. civ., cit., p. 165 e ss. e in www.judicium.it*. Secondo questa impostazione, la locuzione persone disabili e il riferimento alla Pubblica Amministrazione fa assumere alla norma una connotazione solidaristica assolutamente imprescindibile in sede di individuazione degli interessi meritevoli. Si veda anche Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta, in Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Quaderni*.

Vi è chi³⁶⁷ individua nello scopo il risultato che il destinante si prefigge di raggiungere con l'atto di destinazione dei beni. Per tale autorevole voce, esso costituisce il fattore che l'art. 1343 c.c. assegna alla causa del contratto. Solo che, mentre il gioco della causa non illecita nel contratto è lineare e si traduce nella liceità dello scopo, nell'atto di destinazione deve avere una qualifica specifica, costituita dal requisito della meritevolezza.

Ora, il primo quesito da porre è³⁶⁸, se il requisito della meritevolezza coincida o meno con il giudizio di meritevolezza previsto dall'art. 1322 c.c. Se, cioè, la natura ed il contenuto del requisito di meritevolezza richiesto dal codice civile per il riconoscimento giuridico di nuovi tipi contrattuali rispetto a quelli previsti dalla legge o sia di natura diversa: una meritevolezza, cioè, qualificata da una maggiore intensità.

La soluzione preferibile, ritiene che tale requisito non sia diverso dal requisito richiesto per qualsiasi contratto atipico, difatti, l'ordinamento giuridico non esplicita nell'atto di destinazione una maggiore meritevolezza rispetto a quanto prescritto per i nuovi tipi contrattuali prospettati dalle parti.

Quindi, la meritevolezza degli interessi condiziona la separazione del patrimonio destinato; tale requisito, è stato valutato diversamente dalla dottrina che se ne è occupata:

³⁶⁷ Falzea, *Riflessioni preliminari, La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, L'art. 2645-ter del codice civile cit., p. 6.

³⁶⁸ Falzea, *op. ult. cit.*, p. 7.

- per alcuni³⁶⁹, il vincolo si giustifica solo se viene perseguito un fine di utilità sociale, a carattere superindividuale e socialmente utile, come per le fondazioni;

- per altri³⁷⁰, il requisito della meritevolezza è soddisfatto ogniqualvolta lo scopo perseguito sia lecito, ovvero non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Non occorre un particolare interesse del disponente rispetto a quello dei creditori e nemmeno il giudizio di meritevolezza implica alcuna valutazione rispetto all'utilità sociale dell'atto.

Pertanto, nel vaglio della meritevolezza occorre determinare gli interessi che vengono sacrificati, ossia quelli dei creditori del concedente e la finalità prefissa, attesa sia la continuità del vincolo e sia la qualità delle *res*.

Qualora gli interessi perseguiti nell'atto di destinazione sono carenti di meritevolezza ne consegue la nullità dell'atto per deficienza od inadeguatezza della causa.

Il nuovo articolo non pone limiti di sorta neppure alla scelta dei beni oggetto dell'atto di destinazione, non potendo riconoscersi

³⁶⁹ Il giudizio sulla meritevolezza è affidato in primis al notaio, che riceve l'atto pubblico di destinazione, salvo il successivo eventuale controllo del giudice. La declaratoria di nullità comporterebbe inoltre per il notaio l'applicazione della sanzione prevista per la violazione dell'art. 28 legge not. L'intensità della valutazione da parte del notaio degli interessi perseguiti dal disponente è definita nel modo più vario dalla dottrina, a seconda della Fondazione Nazionale per il Notariato, 2007, p. 121 e ss., secondo il quale in ciò si sostanzia la differenza tra l'art. 2645-ter c.c. e il trust, istituto al contrario volto a perseguire la realizzazione di qualunque interesse, anche speculativo, al di fuori delle ipotesi tipiche disciplinate dal Legislatore. Anche A. De Donato, Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Milano, 2007, p. 42 e ss. propone una casistica degli interessi meritevoli cui l'art. 2645-ter deve fare riferimento. In caso contrario si correrebbe il rischio della vanificazione della riserva di legge di cui all'art. 2740, comma 2, c.c., e di un uso fraudolento dell'istituto, come è già avvenuto per il fondo patrimoniale.

Gli interessi perseguiti pertanto devono ruotare intorno a principi etici di carattere solidaristico. Secondo questa ricostruzione, se non viene perseguito un fine di pubblica utilità l'atto è nullo e non può essere "salvato" dalla trascrizione, i cui effetti si producono solo se il titolo è valido.

³⁷⁰ Falzea, *Riflessioni preliminari*, in Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 7; Oppo, *ibidem*, p. 12; Patti, *Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, in *Vita not.*, 2006, III, p. 979.

conseguenze giuridiche restrittive alla prescrizione obbligata della forma pubblica per la stipula dell'atto di destinazione³⁷¹.

L'art. 2645 *ter* c.c. è soggetto ad una doppia finalità: la redazione in forma pubblica dell'atto di destinazione e la trascrizione. La richiesta di tali formalità prescinde dalla natura dell'oggetto.

A questo punto è evidente che, viene esplicitamente tralasciata sia la scrittura privata autenticata e sia la scrittura privata la cui sottoscrizione è stata accertata giudizialmente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2657 c.c. Pertanto parrebbe che il legislatore, disciplinando esclusivamente la possibilità di trascrivere solo gli atti di destinazione aventi forma pubblica, mirasse ad un fine ulteriore, non solamente quello diretto alla trascrivibilità³⁷² degli stessi, per il quale sarebbe stata sufficiente la forma della scrittura privata autenticata.

E' palesemente risaputo che, nel nostro ordinamento giuridico, la forma dell'atto pubblico è prescritta *ad substantiam* sia per la rilevanza degli effetti del negozio nei confronti dell'autore o di terzi (es. donazione, patto di famiglia, riconoscimento del figlio naturale, riabilitazione dell'indegno, convenzioni matrimoniali) e sia per il conseguimento della personalità giuridica e quindi in vista dell'entificazione di un soggetto (es. costituzione di società di capitali, di fondazioni). Nel caso che ci occupa, la prescrizione della forma pubblica non si basa su un giudizio di validità dell'atto ma di semplice opponibilità del vincolo nei confronti dei terzi.

³⁷¹ Falzea, *Riflessioni preliminari*, in M. Bianca (a cura di), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 6.

³⁷² Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., II, p. 163.

In difetto di idonei strumenti pubblicitari, vi è chi³⁷³ suggerisce di utilizzare quale criterio ultimo di riferimento per la risoluzione di conflitti il principio di buona fede e quello della colpa grave.

La separazione dei beni vincolati è effetto che può essere unicamente ottenuto ed opposto se l'atto di destinazione riveste la forma solenne dell'atto pubblico ed è trascritto. Si tratta di una previsione di forma pubblica "*ad transcriptionem*"³⁷⁴.

Pertanto, per tale voce illustre, la mancanza di forma non comporta la nullità dell'atto di destinazione, non essendo richiesta la forma *ad substantiam*, bensì la sua non trascrivibilità e conseguentemente l'inopponibilità della destinazione.

L'atto di destinazione resta comunque valido e produce in questo caso unicamente effetti obbligatori.

Dal momento che il disposto normativo disciplina esplicitamente gli atti in forma pubblica e, la sua collocazione sistematica è posta tra la norma avente ad oggetto la trascrizione di contratti preliminari e quella avente ad oggetto la trascrizione delle divisioni, si è indotti a pensare che, gli atti di destinazione possono avere soltanto natura *inter vivos* e non anche *mortis causa*. Difatti, non vi è alcun richiamo alla forma testamentaria, al contrario di ciò che si verifica per il fondo patrimoniale all'art. 167 c.c. ed, in effetti, l'art. 2648 c.c. in tema di trascrizione degli acquisti a causa di morte non menziona il nuovo art. 2645 *ter* c.c. Tuttavia pare esserci uniformità di pensiero nel mondo

³⁷³ Franco, *Il nuovo art. 2645 ter cod. civ.*, in *Notariato*, 2006, 3, p. 319.

³⁷⁴ De Donato, *Elementi dell'atto di destinazione*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 ter c.c.*, op. cit., p. 7.

accademico nel riconoscere cittadinanza, attraverso un'interpretazione sistematica delle norme, al negozio testamentario di destinazione³⁷⁵.

Anche se, per alcuni autori³⁷⁶, l'effetto dell'opponibilità del vincolo ai terzi potrà essere conseguito, semplicemente allorquando il testamento rivesta la forma dell'atto pubblico poiché: è necessario tutelare i terzi da possibili forme di utilizzo strumentale della separazione; solo l'intervento del notaio è in grado di salvaguardare la regolare stesura delle clausole impositive del vincolo di destinazione e permettere il perfezionamento del giudizio di meritevolezza richiesto dalla norma; l'attività di bilanciamento specifica della funzione notarile non può essere svolta dal verbale di pubblicazione del testamento olografo.

A tale ricostruzione si può opporre che, al fine di favorire l'autonomia testamentaria, il nostro ordinamento attribuisce piena equipollenza quanto agli effetti alle diverse forme di testamento³⁷⁷.

Nel silenzio della norma ci si chiede quale struttura debba avere il negozio istitutivo del vincolo di destinazione³⁷⁸.

Sembra che il legislatore abbia voluto configurare una categoria generale³⁷⁹ di negozio di destinazione da realizzare al di fuori di

³⁷⁵ De Donato, *op. ult. cit.*; La dottrina che si è occupata dell'argomento si è concentrata sul vincolo imposto dal conferente su beni propri e che restano anche successivamente nel suo patrimonio, restando quindi a carico dello stesso e, dopo la sua morte, dei suoi eredi l'attuazione della finalità.

³⁷⁶ Falzea, *Riflessioni preliminari a: La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*. L'art. 2645 ter del codice civile, cit., p. 5; De Nova, *Esegesi dell'art. 2645 ter c.c.*, cit.; Nuzzo, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, op. cit.; contra, Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter*, cit., p. 165 e ss., il quale ritiene doversi piuttosto adottare per il negozio di destinazione la struttura contrattuale, stante il principio di tipicità delle promesse unilaterali ex art. 1987 c.c.

³⁷⁷ Testamento olografo, pubblico e segreto. Inoltre, bisogna dare atto che la dottrina è concorde sulla possibilità di costituire una fondazione – tradizionale esempio di destinazione di un patrimonio ad uno scopo – per testamento olografo, considerando adempiuto il requisito di forma anche attraverso la pubblicazione con verbale notarile di tali disposizioni di ultima volontà.

³⁷⁸ Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, cit., p. 121 e ss.; Doria, *Relazione introduttiva a: Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, *Atti del Convegno*, Roma, 28-29 settembre 2006.

modelli predeterminati e che pertanto, anche da un punto di vista strutturale, essa possa essere unilaterale o bilaterale, *inter vivos* o *mortis causa*³⁸⁰.

Preferibilmente l'atto di destinazione viene qualificato come negozio giuridico unilaterale che può o meno accompagnarsi ad un negozio traslativo³⁸¹.

Il soggetto disponente può in primo luogo vincolare beni sui quali egli sia titolare di diritti reali³⁸² e assume su di sé le relative obbligazioni gestorie nei confronti dei beneficiari; appunto per questo non vi è trasferimento alcun diritto a terzi.

L'atto di destinazione in questa prima ricostruzione ha diversi punti di contatto con la dichiarazione di *trust*, fattispecie nella quale un soggetto si dichiara *trustee* rispetto ad un bene determinato (già proprio o che gli è stato trasferito senza alcun riferimento al *trust* già istituito o ancora da istituire), al fine di non confonderlo nel proprio patrimonio.

Il soggetto disponente può altresì trasferire, contestualmente o successivamente all'imposizione del vincolo, determinati beni a un terzo (fiduciario) che si assume l'obbligazione di realizzare la destinazione.

La norma infatti si riferisce al soggetto che impone il vincolo quale "conferente", termine che potrebbe far presupporre un trasferimento, ma soprattutto, prevede come ipotesi normale il fatto che il vincolo

³⁷⁹ Ex art. 817 c.c., il potere di destinazione spetta al proprietario ovvero al titolare di un diritto reale di godimento sul bene destinato, Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 163.

³⁸⁰ Tra tanti: La Porta, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 42 e ss.; Gambaro, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 609.

³⁸¹ Gazzoni, *Osservazioni sull'art. 2645 ter, op. cit.*

³⁸² Cass. 91/11025 citata; Cassazione 27-3-97, n. 2756 e Cassazione 15-5-98, n. 4911 relative all'interposizione reale di persona.

abbia durata superiore alla morte del disponente stesso, consentendo a terzi interessati di agire per la sua realizzazione anche dopo tale evento.

Anche questa fattispecie è già conosciuta dal nostro ordinamento: il caso più noto è il fondo patrimoniale costituito da soggetto diverso dai coniugi.

Il soggetto disponente conserva la titolarità dei beni, impone il vincolo e ne affida l'attuazione a terzi, attraverso un mandato gestorio.

Esempi tipici di questo modello, in cui c'è scissione tra proprietà e legittimazione, si possono rinvenire ad esempio nella cessione dei beni ai creditori e parzialmente nel fondo patrimoniale, quando uno dei coniugi si riserva la proprietà dei beni costituenti il fondo, mentre l'amministrazione è affidata *ex lege* ad entrambi i coniugi secondo le norme della comunione legale.

Per l'attuazione dello scopo negoziale, può agire sia il *disponente* e sia qualunque altro soggetto che ne abbia interesse.

Secondo una pronuncia del Giudice tavolare di Trieste ³⁸³ la norma introduce nel nostro ordinamento l'effetto negoziale di destinazione e non una nuova figura negoziale *la cui causa è quella finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela*, anche se, vi è chi sostiene che ³⁸⁴ l'art. 2645 *ter* c.c. ha

³⁸³ Decreto 7 aprile 2006, annotato da Bianca, Il nuovo art. 2645 *ter*. Notazioni a margine di un provvedimento del Giudice tavolare di Trieste, in Giust. civ., 2006, II, p. 190 e ss. Quivi, il Giudice citato, argomentando il diniego di intavolazione di un atto di trasferimento di un bene in trust (in quanto dalla domanda non era possibile individuare la causa del trasferimento stesso e il programma negoziale delle parti), si esprime in via incidentale anche sull'art. 2645-*ter* e afferma che tale norma ...omissis viene ad introdurre nell'ordinamento solo un particolare tipo di effetto negoziale, quello di destinazione... omissis, accessorio rispetto agli altri effetti di un negozio tipico o atipico cui può accompagnarsi.

³⁸⁴ Bianca, *L'atto di destinazione: problemi applicativi*, in Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c., Milano, 19 giugno 2006; Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., II, p. 181 e ss. Per primo Palermo ha elaborato la teoria dell'atto negoziale di destinazione (si veda ad esempio il contributo *Ammissibilità e disciplina del negozio di*

trasposto nel nostro sistema giuridico il negozio di destinazione, ma non più come fattispecie specifica, bensì come schema generale ed astratto che saranno poi le parti a curarsi di riempire, seppure all'interno di determinati confini.

Stante la novità introdotta dall'art. 2645 *ter* c.c., non possiamo non porci alcuni quesiti, come ad esempio, la causa del negozio fiduciario viene riscontrata in una chimerica fiducia od il *pactum fiduciae*, in sé, o è in grado di comprovare causalmente il trasferimento dal fiduciario al fiduciante (nell'ipotesi di fiducia dinamica)? La dottrina più accreditata³⁸⁵ ha fermamente prediletto il parere negativo ai quesiti posti, adducendo che la causa *fiduciae* si appaleserebbe in un'irregolare e non accondiscesa ipotesi settoriale dalla causa del negozio tipico.

In particolare, vi è chi ha sottolineato³⁸⁶ come la causa fiduciaria importi un trasferimento provvisorio della proprietà, in contrasto con il carattere perpetuo della stessa.

L'efficienza della causa tipica del negozio utilizzato è circoscritta e ridimensionata dall'intento pratico che le parti perseguono nel caso concreto, che con la causa stessa risulta incompatibile (le parti non vogliono che lo scambio si realizzi compiutamente).

Il rilievo dell'intento ulteriore delle parti, alla stregua di quel che sopravviene come per il negozio indiretto, è relegato nell'alveo dei motivi soggettivi, ininfluenti fino al momento in cui non inficiano la validità del negozio per l'illiceità degli stessi³⁸⁷.

destinazione, in *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche di innovative*, Atti del Convegno, Roma, 2003, p. 243 e ss.

³⁸⁵ Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, *op. cit.*, p. 180.

³⁸⁶ Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Diritto civile. Saggi*, p. 201 ss.

³⁸⁷ Classico esempio è quello dell'alienazione in garanzia al fiduciario potrebbe eludere il divieto del patto commissorio.

La causa del negozio fiduciario è inquadrata, a secondo del caso, o nella causa del mandato (*fiducia cum amico*) oppure in quella di garanzia (*fiducia cum creditore*). Comunque, per ciò che concerne la fiducia dinamica, può sussistere un quesito di causa in riferimento al *pactum fiduciae* e non anche al negozio fiduciario di trasferimento, atteso che, quest'ultimo avrà la sua autonoma causa tipica, anche se limitata.

Altra dottrina³⁸⁸ e parte della giurisprudenza³⁸⁹ si spinge ad individuare nel nostro sistema un'autonoma *causa fiduciae*, capace di dimostrare non unicamente il *pactum fiduciae*, bensì anche l'evento negoziale in tutto il suo complesso, annoverando anche l'eventuale trasferimento del diritto in capo al fiduciario.

Poi vi è chi³⁹⁰ individua nell'art. 2645 *ter* c.c. due metodologie:

- la fattispecie primaria³⁹¹ produttiva di effetti obbligatori, inidonea a rendere opponibile a terzi la destinazione;
- la fattispecie secondaria³⁹², quale risultato della trascrizione e dell'esistenza di un interesse meritevole di tutela.

In questo caso, la carenza di meritevolezza non scaturirebbe nella patologia della nullità dell'atto, bensì si verificherebbe la mancata produzione della separazione patrimoniale, con la conseguenziale inopponibilità del vincolo ai creditori del concedente, intanto che la finalità sopravviverebbe a titolo obbligatorio.

³⁸⁸ Grassetti, *Del negozio fiduciario, e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Rivista diritto commerciale*, 1936, I, p. 345; Carnevali, *Negozio fiduciario*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XX, p. 4-5.

³⁸⁹ Cassazione 91/11025 citata; Cassazione 27-3-97, n. 2756 e Cassazione 15-5-98, n. 4911 relative all'interposizione reale di persona.

³⁹⁰ Nuzzo, *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio*, in *Atti del Convegno su Atti notarili di destinazione dei beni: art. 2645 *ter* c.c., op. cit.*, p. 68.

³⁹¹ Ossia l'atto di destinazione.

³⁹² Ovvero l'opponibilità della separazione.

La traslazione del bene ad un “attuatore” in funzione della destinazione finalizzata dal disponente pone l’incognita della causa del trasferimento, e in particolare all’idoneità della *causa fiduciae* a giustificare tale trasferimento.

Parte della dottrina³⁹³ ha risolto già da tempo affermativamente tale questione.

Oggi è forse possibile affermare che l’introduzione dell’art. 2645-ter c.c. segna un importante punto a favore all’ammissibilità del negozio fiduciario, anche se ancora occorre superare i rigidi schemi concettuali della giurisprudenza su questo tema (distinzione tra simulazione e fiducia; meccanismo del collegamento negoziale tra negozio attributivo e negozio obbligatorio; necessità della forma scritta *ad substantiam* per il *pactum fiduciae* con il quale l’acquirente di un bene immobile si obbliga a trasferirne la proprietà al fiduciante o ad un terzo; tentativo di ricondurre il negozio fiduciario alla fattispecie tipica del mandato senza rappresentanza) e di compiere un salto qualitativo, ricostruendo su nuove basi la categoria dogmatica della “proprietà fiduciaria”, quale proprietà conformata e funzionalizzata al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.

Non mancano anche oggi le voci accademiche contrarie a tale ricostruzione, voci di cui comunque il professionista deve tenere conto, e tra i professionisti in special modo il notaio, considerando che è a tale figura demandato di raccogliere la sfida dell’utilizzo dei

³⁹³ Secondo Petrelli, *op. ult. cit.*, p. 9, il parallelismo è probabilmente solo apparente, in quanto l’art. 167 c.c. è norma di fattispecie, di carattere sostanziale e quindi finalizzata a delimitare l’oggetto del fondo patrimoniale, mentre l’art. 2645-ter c.c., norma riferita alla trascrizione e ai suoi effetti, con alcuni profili di disciplina sostanziale, può verosimilmente essere applicata anche a beni diversi da quelli in essa contemplati, purché sia garantita idonea pubblicità, conformemente alla loro legge di circolazione.

negozi di destinazione *ex art. 2645-ter c.c.* in assenza di disciplina legislativa, prassi, e giurisprudenza in materia.

Taluni asseriscono che³⁹⁴, in un contesto circolatorio, il vincolo di destinazione può solo accedere a una donazione quale onere della stessa o sotto forma di donazione remuneratoria o di vendita con destinazione a favore di un terzo. In questo modo viene disconosciuta l' idoneità della *causa fiduciae* a porre in essere l'atto di destinazione con trasferimento *ex art. 2645 ter c.c.*

Con l'introduzione di tale norma, sicuramente nel disegno legislativo italiano non vi era l'intento di introdurre un nuovo tipo di atto innominato ad effetti reali, il che avrebbe dato adito all'entrata del negozio traslativo atipico. Quindi, il legislatore non intendeva giustificare un nuovo negozio avente la causa finalistica della destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela. Non è presente alcuna circostanza che faccia desumere la creazione di una nuova figura negoziale.

Per ciò che concerne l'oggetto, il dettato normativo, che rievoca la norma sostanziale dell'art. 167 c.c. in materia di fondo patrimoniale, fa espresso richiamo ai beni immobili ed ai mobili registrati³⁹⁵.

Il limite oggettivo è sorto al fine del prodursi dell'effetto separativo dell'atto di destinazione.

Difatti, esclusivamente per i beni ove è riscontrabile un idoneo impianto pubblicitario si genera simile risultato separativo ed è altresì lecito obiettare il vincolo ai terzi.

³⁹⁴ Cfr. Gazzoni, op. ult. cit..

³⁹⁵ Tra i beni mobili registrati *ex art. 2645 ter c.c.* è possono essere ricomprese con tutta probabilità le quote di partecipazione in società a responsabilità limitata, in analogia con la disciplina delle norme in tema di fondo patrimoniale. La *ratio* dell'esclusione degli altri beni mobili è da riscontrarsi principalmente nella collocazione della norma stessa nel Libro sesto del Codice civile in materia di trascrizione.

Poi, non si deve obliare il fatto che la prosperità di beni mobili occupa una funzione rilevante nella nostra collettività e che apparirebbe superato estromettere aprioristicamente l'opportunità di assoggettare siffatti beni per fini meritevoli di tutela. Ciò nonostante è necessario tutelare i terzi a cui deve essere opposto il vincolo³⁹⁶.

Quanto alla durata, la norma stabilisce che il vincolo di destinazione non può esulare alternativamente i novant'anni o la durata della vita della persona beneficiaria³⁹⁷.

La previsione di un termine di superiore a quello stabilito prevede la subentro di diritto della clausola dissimile con il limite di legge stabilito.

Sempre inerente alla durata, in dottrina ci si è chiesto se sia o meno plausibile l'indicazione quali beneficiari di persone fisiche non ancora venute alla luce al momento della prescrizione del vincolo di destinazione.

I fautori della soluzione favorevole³⁹⁸ costruiscono le fondamenta del loro costrutto sull'attuazione analogica degli artt. 462, comma 3, e 784, comma 1, c.c., avvalorando la tesi dell'eguaglianza di *ratio* tra il beneficiario degli effetti dell'atto di destinazione e il donatario, l'erede o il legatario. Però, vagliata la riserva di legge sancita dall'art. 1 del

³⁹⁶ Nel nostro ordinamento sono presenti alcune ipotesi nelle quali la separazione patrimoniale relativa a beni mobili si avvale di strumenti pubblicitari ritenuti idonei allo scopo, come ad es. la disciplina in tema di cartolarizzazione dei crediti, di fondi pensione, di dematerializzazione di titoli di credito, di patrimoni destinati ad uno specifico affare.

³⁹⁷ Si tratta di norma di ordine pubblico economico interno infatti, il nostro ordinamento valutazione sfavorevolmente i vincoli tendenzialmente perpetui che svuotano di contenuto il diritto di proprietà, con conseguente nocimento per le esigenze del mercato e della produttività.

³⁹⁸ Petrelli, *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., II, p. 11. Gli artt. 462 e 784 c.c. riconoscono rispettivamente la capacità di ricevere per testamento e la capacità di ricevere per donazione, ai nascituri concepiti e a quelli non concepiti, purché figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore.

c.c.³⁹⁹ e nel silenzio dell'art. 2645 *ter* c.c. sembrerebbe confacente attribuirsi un contegno ponderato.

Per quanto concerne i beneficiari, è necessario che siano rilevati nell'atto di destinazione o per lo meno che siano definibili in seguito sia da parte del disponente stesso, sia da parte di terzi, nell'ambito di una specifica tipologia.

Altro quesito che può sorgere è se lo stesso disponente possa o meno ricoprire la posizione di beneficiario. A tal fine, la sola interpretazione letterale parrebbe estromettere il disponente, eppure questa estromissione non ha fondamento logico.

Le conseguenze della trascrizione dell'atto di destinazione sono due:

- la *separazione patrimoniale*, e pertanto unicamente i creditori che hanno pretese relazionate ai beni vincolati possono aggredire i beni stessi e i loro frutti;
- l'*opponibilità del vincolo* ai terzi.

La stessa norma precisa che gli interessi da perseguire devono essere riferibili a persone.

È altresì certo che unicamente i creditori che hanno pretese relazionate ai beni vincolati hanno la facoltà di aggredire i beni medesimi ed i frutti degli stessi, ciò nonostante gli stessi dispongono della facoltà di agire anche sul rimanente patrimonio del titolare dei beni destinati, anche se in maniera sussidiaria.

L'art. 2645 *ter* c.c. non rievoca il requisito della soggettiva conoscenza da parte dei creditori della destinazione del debito allo scopo.

³⁹⁹ Che subordina l'attribuzione di diritti ai concepiti ad un'espressa previsione legislativa.

Quindi, contrariamente alla disciplina del fondo patrimoniale, è soddisfacente l'oggettiva destinazione del debito allo scopo senza che venga in considerazione la buona o la mala fede del creditore.

Comunque soventemente l'apposizione del vincolo non implica un indiscusso ed incondizionato impedimento di sistemazione del bene che ne è oggetto.

Ivi non si può esigere dal terzo il riscontro e la valutazione che l'atto dispositivo sia o no adeguato od indispensabile al perseguimento dello scopo, perciò il terzo stesso acquisterà senza alcun pregiudizio del proprio acquisto.

4.4. L'art. 2645 ter del Codice Civile e il trust: differenze

Non si può non concludere asserendo che i vincoli di destinazione introdotti con l'art. 2645 *ter* c.c. non rappresentano i *trusts* italiani.

Difatti, elemento fondamentale del *trust* è il programma, vale a dire l'attività imprescindibile per conseguire lo scopo: ovvero ciò che rappresenta il profilo dinamico ed attivo della destinazione. Mentre nell'atto di destinazione l'elemento fondamentale è la funzionalizzazione del bene allo scopo, l'imposizione del vincolo: il profilo statico e passivo della destinazione⁴⁰⁰.

Inoltre, il *trust* comporta un isolamento nel patrimonio del *trustee*, al contrario, con l'atto di destinazione trascritto *ex art. 2645 ter* si assicura una scorporazione unicamente unilaterale.

Il riscontro pratico del vincolo di destinazione delineato dall'art. 2645 *ter* c.c. è estremamente raro; infatti, può essere adoperato nell'ipotesi in cui non vi sia un programma destinatorio attivo e dinamico da realizzare e può essere impiegato, grazie alla trascrizione per soccorrere istituti già esistenti (ad es. il mandato senza rappresentanza ad acquistare beni immobili).

Attraverso l'art. 2645 *ter* c.c. il mandante può, senza indugiare sull'inadempimento, ove esigenze di tutela non lo esulino, trascrivere il vincolo di destinazione dei beni, derivante dal mandato, a suo favore.

⁴⁰⁰ Secondo Lupoi, "*destinazione*" indica l'impiego delle utilità traibili dai beni affidati; la loro gestione, trasformazione, sostituzione; il loro trasferimento nel corso o al termine dell'affidamento fiduciario. La destinazione sotto il profilo oggettivo può essere statica o dinamica, passiva o attiva. È statica quando il programma non preveda il mutamento dei beni affidati. È dinamica quando il programma preveda il mutamento o l'incremento dei beni affidati, per opera dell'affidante o di terzi. È passiva quando il programma consista fondamentalmente nel consentire o nel versare o nel trasferire. È attiva quando il programma consista fondamentalmente nel compiere operazioni sui beni affidati". Cfr. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e dei negozi di affidamento fiduciario*, in corso di pubblicazione, Padova, 2008, p. 203.

Vale quanto sopra anche per il mandato senza rappresentanza atto ad alienare beni immobili.

Da quanto enunciato è ipotizzabile che, grazie all'art. 2645 *ter* c.c. il mandante possa eludere l'abuso del mandatario puntualizzando nell'atto di trasferimento del bene al mandatario stesso il vincolo di destinazione alla successiva alienazione, trascrivendo sia l'atto traslativo e sia il vincolo.

In sintesi, l'atto di destinazione non è agonistico rispetto al *trust*. Ma ciò non esclude che possa divenirlo qualora la destinazione diventa il nucleo di un negozio dissimile, quale quello di affidamento fiduciario⁴⁰¹, nel quale prevale la realizzazione del fine rispetto alla costituzione del vincolo. Occorre per questa ragione che la *causa fiduciae* sia definitivamente ritenuta causa idonea e che tale tipo contrattuale si affermi nella prassi.

⁴⁰¹ Secondo la definizione di Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e dei negozi di affidamento fiduciario*, *op. cit.* p. 201, per mezzo del contratto di affidamento fiduciario l'affidante e l'affidatario fiduciario individuano le posizioni soggettive affidate e la loro destinazione a vantaggio di uno o più soggetti (beneficiari) in forza di un programma, la cui realizzazione è rimessa all'affidatario, che a tanto si obbliga.

4.5. La causa e la disciplina del patto di famiglia

La legge n. 55 del 14 febbraio 2006⁴⁰² recante “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia⁴⁰³”, entrata in vigore dal 16 marzo 2006, con una tecnica normativa già brevettata, il legislatore ha inserito nel codice civile, nel libro II, titolo IV, il nuovo Capo V-bis, in cui sbocciano le nuove disposizioni normative: artt. 768/2 – 768/8, (si legga, 768 bis – 768 octies). Si tratta, dunque, di sette nuove disposizioni, inserite tra quelle relative all’annullamento e alla rescissione della divisione ereditaria (capo V, titolo IV) e quelle dettate in materia di donazioni di cui al titolo V del libro II, concernenti la sistemazione dell’assetto patrimoniale dell’imprenditore attraverso, uno strumento, il patto di famiglia, per l’appunto, che consente per optare per alcune e ben delineate scelte⁴⁰⁴.

⁴⁰² La disciplina introdotta con questa legge, tuttavia, non rappresenta una novità. Sull’aspetto specifico e per l’inquadramento della problematica s.v., AA. VV., *La trasmissione familiare della ricchezza*, Padova, 1995. Da tempo era avvertita la necessità di procedere ad una regolamentazione della successione nei beni produttivi che riuscisse a sormontare le rigide limitazioni poste nel nostro codice civile, raccogliendo così anche le sollecitazioni formulate dalla Commissione Europea. Inoltre, l’esigenza di avviare una fase di revisione del sistema successorio almeno per quanto riguardava il fenomeno impresa era stata messa in evidenza da Schlensinger, *Interessi dell’impresa e interessi familiari*, in *La trasmissione familiare della ricchezza*, op. cit..

⁴⁰³ Il patto di famiglia, è, quindi, per espressa definizione legislativa, un contratto, ancorché venga denominato patto; sul punto si rimanda a Rescigno, Consenso, accordo, convenzione, patto, *La terminologia legislativa nella materia dei contratti*, in *Contratto*, I, In generale, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Milano, 1988, p. 9-10. Il patto di famiglia non è una convenzione, nonostante quest’ultimo sia il termine più utilizzato nell’ambito del diritto di famiglia e delle successioni; Cfr. Patti, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 285 ss. L’art. 458 recita ancora, dopo la Novella n.55/2006, “E’ nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione”. Basti pensare alle convenzioni coniugali ed ai patti successori che l’art. 458 definisce “convenzioni”. Un contratto che sfugge, in quanto tale, alle regole successorie delle attribuzioni effettuate ai legittimari inter vivos (collazione e riduzione delle donazioni) ma anche alla disciplina generale dei contratti. Non è prevista, infatti, l’applicabilità delle regole sulla risoluzione del contratto, sulla rescissione, sulla simulazione, ma ne è concessa (art.768-quater) solo l’impugnativa, ai fini dell’annullabilità del patto per vizi della volontà, ai sensi dell’art.1427 c.c. e seguenti. L’esclusione dei rimedi della risoluzione e della rescissione potrebbe giustificarsi alla luce della natura del patto di famiglia, contrattuale sì, come sancisce il legislatore, ma pur sempre convenzionale, come recita l’art. 458 c.c.

⁴⁰⁴Si rimanda sul punto a Bauco-Capozzi, *Il patto di famiglia, profili civilistici e fiscali*, Milano, 1997, p. 3.

Questo nuovo contratto del nostro sistema giuridico rappresenta innanzitutto un'eccezione, ovvero una deroga, al divieto di patti successori, enunciato dall'art. 458 c.c., al cui testo è stato premesso l'inciso "Fatto salvo quanto disposto dagli artt.768-bis e seguenti". Ci troviamo di fronte ad una normativa eccezionale e non speciale, in quanto deroga norme generali quali l'art.458 citato e gli artt. 553 ss. (azione di riduzione) e 737 ss. (collazione), con tutte le relative conseguenze in tema di interpretazione analogica. Il patto di famiglia viene definito dal legislatore, all'art.768-bis, come il "contratto" con cui l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda ed il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote ad uno o più discendenti. Ne risulta quindi escluso il professionista, che intenda lasciare il proprio studio al figlio o al nipote *ex filio* che segue le sue orme. L'elemento soggettivo dell'esercizio dell'attività di impresa, soggetta alla doppia valutazione formale di proprietà reale o di *governance*, di patrimonio statico o di patrimonio dinamico, requisito richiesto nel soggetto che trasferisce l'azienda o le partecipazioni societarie, che denominerò trasferente, porta ad escludere che con questo nuovo contratto si possano trasferire partecipazioni sociali di investimento o di godimento. La parte dell'art.768-bis in cui si narra che "l'imprenditore trasferisce in tutto o in parte", ribadito sia per l'azienda e sia per le partecipazioni societarie, conferma che ad uno o più discendenti "con capacità manageriali ed attuarie" sarà trasferita la gestione dell'impresa di famiglia e agli altri legittimari potranno essere attribuite (mediante cessioni, che beneficeranno anche della neutralità fiscale) le quote o le azioni che non compromettono la *governance*. Fornendo, in questo modo, una sistematica spiegazione ad un'altra previsione normativa di

difficile interpretazione, quella della facoltà di rinuncia alla liquidazione (art. 768-quater, comma 2) che, in caso contrario, troverebbe applicazione concreta solo nel caso del coniuge dell'imprenditore che sia anche il genitore dei legittimari. Ai fini dell'identificazione della natura del patto di famiglia, *in primis*, appurare se si tratti di atto *mortis causa*⁴⁰⁵ o *inter vivos*. La soluzione preferibile è chiaramente la seconda, poiché nel dettato normativo dell'art. 768-bis c.c. manca qualsivoglia riferimento ad una disposizione per il tempo futuro⁴⁰⁶. L'art. 768-bis c.c. stabilisce che il patto di famiglia consente all'imprenditore di trasferire l'azienda o le proprie quote, facendo intendere che l'effetto traslativo avviene nell'immediatezza e contestualmente al patto, senza l'eventualità di ipotizzare che si producano effetti relativi ad un momento futuro rispetto a quello della sua conclusione. Al contrario, l'art. 587 c.c.⁴⁰⁷ riguardante il testamento sancisce che la disposizione del testatore sarà efficace "per il tempo in cui avrà cessato di vivere". Inoltre, in materia di patto di famiglia non è contemplata la facoltà di revoca da parte del disponente, al contrario prevista dalle disposizioni testamentarie⁴⁰⁸, artt. 679 e ss. c.c..

⁴⁰⁵ Sulla netta separazione tra atto *inter vivos* e atto *mortis causa*, s.v. Giampiccolo, *Atto mortis causa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1952, p. 232.

⁴⁰⁶ Cfr. Bauco-Capozzi, *op. ult. cit.*, p. 18.

⁴⁰⁷ Il testamento è un atto revocabile (c.c.679 e seguenti) con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse (artt. c.c. 978, 1920, 2821). Le disposizioni di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento (artt. c.c. 254, 256, 338, 348, 355, 424-3, 466), hanno efficacia, se contenute in un atto che ha la forma del testamento (art. 601 e seguenti), anche se manchino disposizioni di carattere patrimoniale.

⁴⁰⁸ Il trasferimento dei diritti della persona defunta ad altri soggetti, disciplinato dal nostro Legislatore nel Codice civile, ha dato vita ad un corposo complesso di norme costituenti il diritto ereditario o successorio. Un soggetto o più soggetti (successori, aventi causa, eredi) subentrano in tutti i rapporti giuridici, attivi e passivi, di cui era titolare il *de cuius*, esclusi i crediti e debiti con carattere strettamente personale; in pratica, un soggetto vivente subentra ad un altro deceduto nella titolarità di uno o più diritti. Cfr. Schlessinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009. Nelle successioni possiamo riscontrare la presenza necessaria di due soggetti: il *de cuius*, cioè colui della cui eredità si tratta, e i successori, cioè coloro che subentrano nel patrimonio del *de*

Secondo una voce autorevole, è opportuno sottolineare che un atto non può essere qualificato *mortis causa* quando da esso conseguono effettive relazioni giuridiche fra disponente e terzi⁴⁰⁹.

Ci sono pareri contrasti circa l'individuazione delle parti del contratto: secondo alcuni, infatti, il patto di famiglia è un contratto bilaterale, per altri è plurilaterale e per altri ancora è un contratto essenzialmente trilaterale. Tuttavia, per il nostro legislatore il patto di famiglia si presenta come un contratto bilaterale nel quale le parti sono il

cuius. Per quel che attiene ai diritti di tutti i potenziali soggetti interessati alla successione dell'imprenditore o del titolare dell'azienda è opportuno precisare che questi incontra vincoli normativi che ne limitano decisamente le potenziali scelte circa l'individuazione del suo successore al "timone" dell'impresa. Si tratta di un momento delicato per la sopravvivenza stessa dell'azienda laddove si consideri che, in carenza di esplicite manifestazioni di volontà *inter vivos* o *mortis causa*, l'intero patrimonio del de cuius si trasferisce agli eredi, ivi compresa l'azienda, nel rispetto delle quote di legittima. Alla titolarità unica dell'imprenditore, rischiano di sostituirsi tutti gli eredi, ciascuno contitolare dei medesimi poteri di gestione dell'azienda. Si mette così a repentaglio la capacità stessa dell'azienda di "sopravvivere" alla uscita di scena del soggetto-proprietario unico che, nella maggior parte dei casi, coincide anche con la figura del fondatore.

Diviene quindi fondamentale pianificare in tempo utile il passaggio generazionale: l'utilizzo degli istituti della successione e della donazione incontrano come limite principale quello dell'obbligo di rispettare la quota di legittima spettante agli eredi. In particolare, sino all'introduzione dei patti di famiglia, la possibilità di effettuare validamente il trasferimento del complesso aziendale, dopo la morte del de cuius, era essenzialmente garantito dalla successione testamentaria: il divieto di patti successori di cui all'art. 458, Codice civile, escludeva difatti la facoltà per un soggetto di disporre, in tutto o in parte, con atti diversi dal testamento del proprio patrimonio. Il testamento, al contrario, in quanto atto unilaterale revocabile in qualsiasi momento sino al decesso dell'imprenditore, permetteva di distribuire e dividere il patrimonio senza appositi accordi contrattuali, garantendo con il rispetto della legittima l'unitarietà del complesso aziendale.

La successione testamentaria comporta tuttavia una serie di ulteriori problematiche: contrasta difatti con la stabilità dell'assetto patrimoniale, che si intenderebbe perseguire, il diritto del testatore di procedere, ai sensi dell'art. 679 e ss., Codice civile, alla revoca del testamento in qualsiasi momento. Analogamente, si consideri che la revoca del testamento è prevista ex lege in caso di sopravvenienza di figli. Peraltro, gli effetti delle disposizioni testamentarie si realizzano solamente in un momento successivo alla morte del de cuius: diviene quindi difficile in molti casi verificare la corretta attuazione delle volontà testamentarie, a meno che non si proceda con la nomina di un esecutore testamentario a norma degli artt. 700 c.c. e ss.. Infine, il mancato rispetto delle quote di legittima rende comunque nulla la ripartizione dei beni facenti parte del patrimonio con necessità di procedere ad una nuova divisione, eventualmente ridistribuendo l'azienda passata in successione per volontà del testatore ad un unico erede. La regolazione della successione testamentaria deve quindi rimanere entro le parti disponibili del patrimonio, altrimenti deve essere completata con compensazioni economiche a favore dei legittimari. Cfr. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984; Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, in *Tratt. di dir. civ.* Torino, 1993; Torrente, Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997.

⁴⁰⁹ Bigliuzzi-Geri, *Caratteri e requisiti del testamento*, in *Successioni*, in Trattato Rescigno, Torino, 2005, p. 24 ss.

disponente e gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie.

4.5.1. Segue. Le caratteristiche del contratto *de quo*

Come già precisato, la normativa sul patto di famiglia stabilisce che l'imprenditore "trasferisce" in tutto o in parte l'azienda o le quote ad uno o più discendenti. Attraverso una prima lettura interpretativa si potrebbe identificare in un contratto ad effetti traslativi immediati⁴¹⁰ e collegare al tipo legale della donazione modale⁴¹¹. Questa lettura non appare convincente⁴¹². Anche se c'è chi⁴¹³ ritiene che il patto possa essere qualificato come un esempio di donazione modale ex art. 793 c.c. e che il *modus*, posto a carico dell'assegnatario e a favore dei legittimari esclusi, sia rappresentato dalla liquidazione della somma corrispondente al valore della quota di legittima che sarebbe loro, eventualmente, spettata al momento dell'apertura della successione dell'imprenditore.

Ai sensi dell'art. 769 c.c. la donazione è il contratto col quale una parte, il donante, intenzionalmente arricchisce l'altra parte, il donatario, disponendo di un proprio diritto - o obbligandosi a disporne - senza conseguire un corrispettivo. La donazione è un contratto e infatti, per il suo perfezionamento, serve l'incontro delle dichiarazioni di entrambe le parti. Da un lato troviamo la manifestazione di volontà del donante di arricchire l'altra parte senza corrispettivo, dall'altro lato troviamo la volontà del donatario di accettare siffatto arricchimento;

⁴¹⁰ Ovvero un atto tra vivi e immediatamente produttivo di effetti, s.v. anche Zoppini, *L'emersione della categoria della successione anticipata*, in *Patti di famiglia per l'impresa*, in studi in onore di Salis, 2000.

⁴¹¹ È possibile gravare la donazione con un *modus*: esso limiterà l'arricchimento del donatario imponendogli l'esecuzione di una prestazione a vantaggio del donante o di soggetti terzi (art. 794 c.c.). Il *modus* non può impoverire del tutto il vantaggio attribuito dalla donazione, altrimenti ne resterebbe travolta la stessa funzione del contratto qui in disamina; l'onere, infine, non è un corrispettivo dell'attribuzione.

⁴¹² Cfr. Bauco-Capozzi, *op. ult. cit.*, p. 20.

⁴¹³ A tal riguardo s.v. Merlo, *Il patto di famiglia*, in *CNN Notizie*, 14 febbraio 2006, 4.

trova qui, infatti, piena applicazione la regola secondo cui *invito beneficium non datur*, in origine posta a presidio di una assoluta intangibilità della sfera giuridica di ogni individuo, ed ora - nell'attuale ordinamento - rilevante solo nei limiti in cui il beneficio non rechi oneri o obblighi con sé (si pensi alla donazione di un edificio e agli oneri di manutenzione ad esso connessi)⁴¹⁴.

Appare alquanto condivisibile la non corrispondenza del patto di famiglia alla donazione: il legislatore utilizzando il termine "trasferire" nella formulazione della nozione del patto di famiglia avesse voluto distinguerlo dalla donazione in maniera netta e a rigor di logica il "trasferimento di parte della ricchezza" da una generazione all'altra si realizza non necessariamente per spirito di liberalità.

Il patto di famiglia è dunque un contratto o meglio ancora un tipico esempio di negozio giuridico in cui sono contenuti più atti: donazioni, atti solutori, rinunzie ai diritti di legittima⁴¹⁵. Per quanto è attinente alla causa, questa non è rappresentata solo o necessariamente dallo spirito di liberalità.

Si potrebbe per di più individuare una causa mista dal momento che, accanto alla causa di liberalità che potrebbe contraddistinguere il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni a favore dei discendenti assegnatari, convivrebbe una causa solutoria relativa alla liquidazione anticipata dei diritti spettanti al coniuge e ai legittimari

⁴¹⁴ Pur essendo la donazione un contratto, secondo alcune tesi, sarebbe inammissibile un preliminare di donazione, vista la necessaria spontaneità della stessa, la quale spontaneità sarebbe esclusa da un contratto volto a creare l'obbligo di concludere una donazione. A ciò si è obiettato che la spontaneità dell'attribuzione verrebbe solo anticipata dal contratto preliminare, ma non per questo elisa, sì che la sequenza preliminare di donazione/atto definitivo di attribuzione continuerebbe a soddisfare i requisiti di cui all'art. 769 c.c. Eguale contrasto accompagna, infine la sorte della promessa di donazione. Inoltre, non rientra nella categoria delle "donazioni" il negozio di dotazione delle fondazioni, costituito per atto *inter vivos*.

⁴¹⁵ Lupetti, *Patti di famiglia*: note a prima lettura, in *CNN Notizie*, 14 febbraio, 2006, 3.

che partecipano al contratto ancorché non destinatari del trasferimento e dunque si potrebbe trattare di un *negotium mixtum cum donatione*⁴¹⁶. Nel *negotium mixtum cum donatione*, la causa del contratto⁴¹⁷ ha natura onerosa, ma il negozio stipulato ha lo scopo di raggiungere, per via indiretta, attraverso la sproporzione tra le prestazioni corrispettive, l'ulteriore e diversa finalità, rispetto a quella di scambio, consistente nell'arricchimento, per puro spirito di liberalità, di quello dei contraenti che riceve la prestazione di maggior valore, così realizzando il negozio posto in essere una fattispecie di donazione indiretta, con la conseguenza che, per la validità di tale negozio, non è necessaria la forma dell'atto pubblico richiesta per la donazione diretta, essendo invece sufficiente la forma dello schema negoziale adottato.

Inoltre, partendo dalle considerazioni legate alla individuazione della causa del contratto come funzione economico-individuale, ovvero intendendola come ragione dell'affare o funzione pratica che le parti hanno attribuito al contratto, non può non essere rilevata la circostanza secondo cui il patto di famiglia è posto in essere per assicurare il transito generazionale dell'impresa o delle partecipazioni societarie e, pertanto, per realizzare una sorta di successione anticipata. E' proprio in questa funzione pratica che si potrebbe ravvisare la causa del nuovo tipo contrattuale patto di famiglia⁴¹⁸.

⁴¹⁶ E' il contratto con il quale volutamente le parti stabiliscono un corrispettivo di gran lunga inferiore a quello che sarebbe dovuto, con l'intento l'una di arricchire l'altra. Elementi del *negotium mixtum cum donatione* sono la sproporzione tra le due prestazioni e la intenzionalità nello stabilirla, altrimenti il negozio sarebbe rescindibile.

⁴¹⁷ Cass. Civile, sez. II, sentenza 30.01.2007, n. 1955.

⁴¹⁸ Sul tema si rimanda a Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 249; Bianca, *Diritto civile*, 3, Milano, 2000, p. 453 e inoltre, sulla causa del contratto intesa dal punto di vista della funzione economico-individuale si veda La Porta, *Il patto di famiglia. Struttura e profili causali del nuovo istituto tra trasmissione dei beni di impresa e determinazione anticipata della successione*, in *Il patto di famiglia*, Torino, 2006, p. 9.

BIBLIOGRAFIA

- Alpa G., *Definizione codicistica di contratto e vinculum juris*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, 1990.
- Alpa G., *L'uso giurisprudenziale della causa contratto*, in *Nuova Giur. Civ. commentata*, 1995, II.
- Alpa G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, V. I, Torino, 1999.
- Alpa G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, V. I, Torino, 1999.
- Alpa, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, Rescigno e Gabrielli (a cura di), I, Torino, 2006.
- Albaladejo, *Derecho civil*, V. I, Barcellona, 1989.
- Archi, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contaldo Ferrini*, pubblicati dalla R. Università di Pavia, Milano, 1946.
- Astuti, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, parte generale, I, Milano, 1952.
- Astuti, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, estr. da *Ann. st. dir.*, 1957.
- Azzone, *Lectura in Cod. 4, 64, 3, De rerum perm.*, l. *ex placito*; Accursio, gl. *rerum natura* in *Inst. 2, I, II, de rer. Div. Singulorum*; Id., gl. *rerum natura*, *ibid.* p. 37, in *pecundum*; Id. gl. *quod natura* in *Dig. I, I, I, 3, de iust. et iure*, l. *iuri operam, ius naturale*. S.v. anche Guazzalini, *Natura, idest Deus*, in *Studia Gratiana*, III, Bologna, 1955, p. 412 ss..
- Barassi, in *Enciclopedia giuridica italiana*, 1900.
- Barcellona P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973.
- Benedetti G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.
- Benedetti G., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991.
- Bergfeld, *Franciscus Connanus, Nanz, Die Entstehung*,
- Bessone M. e Roppo E., in *Il controllo sociale delle attività private*, a cura di G. Amato, S. Cassese, S. Rodotà, Genova, 1972.
- Bessone M., *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. Trim. dir. E proc. Civile*, 1979, 1098.
- Bessone-D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enc. del diritto*, 1998.
- Betti, *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, 1991 (a cura di Crifò).

Betti, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giur.*, 99-100, 1928.

Betti, *Diritto romano*, parte generale, Padova, 1935.

Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Camerino-Napoli, 1994.

Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Vassalli, XV, 2, 2° ed., Torino, 1950.

Bianca C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000.

Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile, Fatti e atti giuridici*, Torino, 1987, rist. 1989.

Biondi B, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972.

Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1972.

Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955.

Birocchi, *Causa e categoria generale del contratto*, Torino, 1997.

Birocchi, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, in *Causa e contratto*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997.

Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942.

Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, (già in *Riv. Dir. comm.*, 1908), in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921.

Brasiello, *Obligatio re contracta*, Studi Bonfante, 2, 451, segg..

Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2202.

Burdese, *Considerazioni preliminari allo studio del diritto romano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956,

Calabrò G.P., *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale*, Torino 2003.

Calabrò G.P., Helzel P.B., *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino, 2007.

Calabrò G.P., *Valori supremi e legalità costituzionale*, Torino 2001.

Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, Milano, 1951.

Calasso, *Il negozio giuridico, Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano, 1959.

Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano, 1967.

Capobianco E., *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003.

Cariota Ferrara L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1969.

Carresi F., *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, XXI, 1, Milano, 1987.

Cataudella, *I contratti, parte generale*, Milano, 2009.

Caterini E., *Il negozio giuridico di ricerca*, Napoli, 2000.

Cautadella A., *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962.

Chiappetta G., Caterini E. (a cura di), *L'autonomia negoziale ed il concetto di parte nella dottrina e nella giurisprudenza*, in Quaderni del Dipartimento di Organizzazione Aziendale e Amministrazione Pubblica, Napoli, 2003.

Cicu A., *Gli automi nel diritto privato*, in *Scritti minori*, II Milano, 1965.

Conh, *Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte*, in *Arch. Civ. Prax.* CXXXV, 1932.

Connan, *Commentariorum juris civilis*, lib. I, cap. VI, Basileae, apud. Nic., Episcop. Iunioem, 1557.

Corradini, *Garantismo e statalismo*, Giuffrè, Milano 1984.

Cortese, *Causa* (voce), *Diritto intermedio*, in *Enc. del dir.*, 1999, VI, Milano.

Cortese, *Il Diritto nella Storia Medioevale*, I, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995.

Costanza, *Contratto atipico*, Milano, 1982.

Criscuolo F., *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003.

Criscuolo F., *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*. Napoli, 2000.

D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazioni di un concetto nella giurisprudenza classica*. Padova, 2004.

De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, V. I, Napoli, 1921.

Demolombe, *Corso del codice civile*, Trad. It., XII, Napoli, Marghieri, 1871, n. 344.

Di Majo, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1996.

Di Majo, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.* Treccani.

Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003.

Donisi, *Il contratto con se stesso*, Camerino- Napoli, 1992.

Donisi, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

Eichenhofer E., *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 43, 1997.

Fadda, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1909.

Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997.

Fercia, *Quia Vendidit, dare promisit*, Cagliari, 2009.

Ferrante, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e Impresa*, Padova, 2009.

Ferrara, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902.

Ferrari V., *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001.

Ferri G.B., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in G.B. Ferri, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983.

Ferri G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

Ferri G.B., *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, 5° ed., Rimini, 1995.

Ferri G.B., *La nozione di contratto*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. dei contr.* Rescigno, Torino, 1999.

Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. Ferri – C. Angelici, *studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997.

Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, 1997.

Ferrigno, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Contratto e Impresa*, Padova, 1985.

Franceschetti, *La causa del contratto, ovvero i vestiti nuovi dell'imperatore*, in *Altalex*, II, 2007.

Franceschetti, *Il contratto in generale*, Santarcangelo di Romagna, 2007.

Galgano, *Dizionario enciclopedico del diritto*, volume I, Padova, 1996.

Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, II, 1, Milano, 1988.

Galgano, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Manuale di dir. civ. e comm.*, I vol., 2000.

Galgano, *Il rovescio del diritto*, Milano, 1991.

Gazzoni F., *Contatto reale e contatto fisico (ovvero sia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in www.iudicum.it.

Georgesco, *Essai sur le mot causa dans le latin juridique. Etude de philologie juridique*. Bucarest, Imprimerie nationale, 1936.

Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1925.

Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1925.

Giorgianni, voce *Causa* (dir. priv.), in *Enc. del diritto*, 2000.
 Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1955.
 Gorla, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1967.
 Gorla, *La causa nel pensiero dei giuristi di common law*, Milano, 1955.
 Gorla, *Il contratto*, I, Milano, 1954.
 Gorla, *Il contratto, Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, V. I, *Lineamenti generali*, e II, *Casistica e problemi*, Milano, 1955.
 Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Milano, 1982.
 Grosso, voce *Causa* (diritto romano), in *Enc. del diritto*, 1999.
 Guzman Brito, *Causa del contrato y causa de la obligacion en la dogmatica de los juristas romanos, medievales, y modernos y en la codificacion europea y americana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001.
 Helzel P.B., *Il diritto ad avere diritti*, Padova 2005.
 Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.
 Irti N., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991.
 Irti N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1998.
 Irti N., Severino E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
 Irti, *La regola e l'eccezione* (resoconto sulla dottrina italiana del diritto privato nel secolo ventesimo), in *Dir. e società*, 1996.
 Klinke U., *Causa und genetisches Synallagma. Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Berlin, 1983.
La cause naturelle; "la forme donne à l'acte son existence, mais non sa validité, qui depend d'une cause naturelle": Cfr. Chevrier, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations. Droit savant du Moyen-Age – Droit savant français*, Paris, 1929.
 La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000.
 La Porta, *Il problema della causa del contratto. La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino 2002.
 Lener R., *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul neoformalismo negoziale)* in *Sillogie in onore di Giorgio Oppo*, II, Padova, 1992.
 Lubtow, *Betrachtungen zum gäianish. Obligationschema*, in *Atti Congr. Verona*, 3, 239, segg; Kaser, *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS*, 70 (1935).
 Macario, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce: *Vendita*, XXXII, Roma, 1994.

Macario, *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in *Studi in onore di Rescigno*, II, t. 2, Milano, 1998.

Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996.

Maisto, *Il diritto intertemporale, la ragionevolezza dei criteri per la risoluzione dei conflitti tra norme diacroniche*, Napoli, 2007.

Mazeud H. L. – Mazeud J., *Lecons de droit civil*, T. XII, V. I, Paris, 1965.

Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. di dir. Civ. e comm.* Cicu e Messineo, XXI, 1, Milano, 1973.

Milone, *La causa nei negozi giuridici*, in Filangeri, 1898.

Moccia, *Promessa e Contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, I.

Moccia, *Promessa e contratto (Spunti storico-comparativi)*, in *dir. civ.*, I, 1994.

Monateri P. e Sacco R., *Contratto in diritto comparato* in *Dig. it.*, IV, *Disc. Priv.*, vol. IV, Torino, 1989,

Monateri, *L'accordo nudo*, in *Scintillae juris, Studi in memoria di Gino Gorla*, III, Milano, 1994.

Monateri, *La sineddoche*, Milano, 1984.

Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, Munchen, Schweitzer, 1985.

Navarretta E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

Navarretta E., *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, III, Milano, 2006.

Navarretta E., *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in AA. VV., *Tradizione Civilistica e complessità del sistema, valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006.

Navarretta, *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in AA. VV., *Tradizione Civilistica e complessità del sistema, valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006.

Nazzaro A.C., *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000.

Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, Padova, 1955.

Nicolini, *La proprietà, il principe, e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952.

Oppo G., *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1998, I.

Osilia, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Rivista trim.*, 1949

Paladin L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

Paul. Dig. 12, 5, I; *Paul. Dig.* 12, 5, 9 pr.

Perlingieri P., *Profili istituzionali del diritto civile*, Camerino, 1975.

Perlingieri P., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2007.

Perlingieri G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, Napoli, 2003.

Perlingieri P. e Di Raimo R., *Strumenti dell'autonomia negoziale: profilo dinamico*, in Perlingieri P., *Manuale di Diritto civile*, Napoli, 2000.

Perlingieri P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992.

Perlingieri P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2008.

Perlingieri P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984.

Perlingieri P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003.

Perozzi, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi di Schupfer*, 1, 163 segg.; *Istituzioni*, 2, 29.

Perozzi, *Intorno alla donazione*, ora in *Scritti giuridici*, II Milano, 1948.

Perozzi, *Istituzioni*, 2, 26 n.1, Rabel, Grundzuge.

Picardi, *La causa e il tipo*, in *Tratt. Dir. Priv. Europeo*, a cura di Lipari, V. III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003.

Pierre de Belleperche, *Repetitio*, in *Cod.* 4, 64, 3, *de rerum perm.*, l. ex placito.

Pizzorni, R., *Il diritto naturale dalle sue origini a S. Tommaso D'Aquino*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 2000.

Pugliatti, *Gli istituti del diritto civile*, I, Milano, 1943.

Pugliatti, *Scritti giuridici*, Milano, 2008.

Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978,

Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile: introduzione, diritto delle persone, teoria dei fatti giuridici*, Milano, 1933.

Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici*, Messina, Tip. La Sicilia, 1934.

Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*.

Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici, in Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951.

Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951.

Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg, 1977 trad. it., M. Graziadei, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990.

Rodotà S., *Note intorno all'art. 544 del "Code civil"*, in *scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969.

Rolli R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.

Roppo V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.

Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2006.

Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, I, in *Tratt. di dir. civ.* Torino, 1993.

Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. dei contr.* Rescigno, Torino, 1999.

Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957.

Santoro Passarelli F., *Il codice e il mantenimento dei valori essenziali*, in *Ordinamento e diritto civile. Ultimi saggi*, Napoli, 1988.

Schlesinger P., *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.* 1964.

Schmidlin V., *Die römischen Rechtsregeln*, Köln – Wien, 1970.

Scialoja, *Negozi Giuridici*, (corso di diritto romano dell'anno accademico 1892-1893), Roma, 1893 (ristampa, 1938).

Scognamiglio R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.

Segrè, s.v. *Scritti giuridici*, IV, Roma, 1939.

Stein P., *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966.

Stolfi G.G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947.

Talamanca, *Elementi di diritto privato romano*, Milano, 2001.

Talamanca, *Conventio e Stipulatio*, Milano, 1999.

Terrè-Simpler-Lequette, *Droit civil – Les obligationis*, Paris, 2005.

Toriello F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

Torrente A., Schlesinger P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997.

Torrente, *La donazione*, Milano, 1956.

Tosi E., *I problemi giuridici di internet*, Milano, 1999.

Trabucchi A., *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Padova, 1992.

Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009

Vacca L., *Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica*, Torino, 1997.

Valentino D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999.

Venezian, *La causa dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, Vol. II, Roma, 1918.

Venezian, *La causa dei contratti*, Roma, 1892, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919.

Vettori G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000.

Visentini G., *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972.

Visentini, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Padova, 2008.

Vitucci P., *I profili della conclusione del contratti*, Milano 1968

Voci, *Iusta causa traditionis e iusta causa usucapionis*, in *Stud. Doc. Hist. Iur.*, 1949, p. 140. ss..

Cass. 21 ottobre 1955, n. 3406; Cass. 15 gennaio 1947, n. 32, in *Monit. Trib.*, 1947, 35; Cass. 28 febbraio 1946, n. 217, in *Foro it.*, 1947, I, 32; identificano la causa del negozio con il motivo tipico, immediato o prossimo, che viene equiparato alla funzione economico-sociale: Cass. 14 ottobre 1958, n. 3251, in *Giust. Civ.*, 1959, 75; Cass. 28 agosto 1952, n. 2781; Cass. 24 aprile 1952, n. 1139; Cass. 2 aprile 1951, n. 858; distinguono la causa del negozio intesa quale funzione economico-sociale della causa dell'obbligazione che consiste nella prestazione dell'altra parte: Cass. 29 aprile 1952, n. 1190; Cass. 23 aprile 1948, n. 577, in *Giur. It.*, 1947, I, I, 446; confondono la *causa obligandi* con la funzione del negozio: Cass. 16 febbraio 1949, n. 255, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, II, 340; Cass. 28 gennaio 1943, in *Giur. It.*, 1943, I, I, 196.