

Fabrizio Piraino

*Riflessioni su dogmatica e autonomia privata:  
il concetto di causa del contratto*

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamne causa,  
elegantèr Aristo Celso respondit esse obligationem  
(D. 2,14,7,2, Ulp. 4 AD ED.)

## 1. La sfiducia nei confronti dell'attuale praticabilità del metodo dogmatico

Un'idea si sta diffondendo tra pratici e finanche tra teorici del diritto: che non sia più tempo di dogmatica. La convinzione, ridotta alla sua essenza, può essere sintetizzata nei seguenti passaggi. Il diritto oggi rappresenta fette più ampie della società, affrancandosi dal riduzionismo borghese del diritto ottocentesco e della prima metà del '900, soprattutto a seguito delle Costituzioni del "dopo Auschwitz"<sup>1</sup>, le quali hanno modificato il paradigma formalistico del giuspositivismo. Si è rotto così il binomio liceità-validità grazie dell'assoggettamento anche del legislatore ai criteri di legittimità rappresentati dai principi costituzionali che enunciano i valori e i fini ultimi della comunità nazionale, la cui applicazione, nonostante la loro positivizzazione, non si sottrae, però, a ragionamenti fondati su argomenti di natura morale. Le carte costituzionali hanno anche allargato il perimetro dei settori della società riconosciuti dall'ordinamento, mediante l'enunciazione di principi e di libertà che, nelle loro realizzazioni storiche, si pongono in conflitto (lavoro ed impresa, iniziativa individuale ed utilità sociale, proprietà e funzione sociale etc.). L'irruzione del conflitto sociale nella rappresentazione borghese della società come

1 La letteratura sul carattere epocale della Shoah è vastissima e investe diverse aree del pensiero e delle scienze sociali: il genocidio degli ebrei rappresenta un'esperienza sociale, politica ed umana che funge da spartiacque tra un prima e un dopo. In ambito filosofico, e in particolare con riguardo alla coscienza religiosa, cfr., anche alla luce dell'esperienza umana dell'autore, H. Jonas, *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica*, Genova, 1990, *passim*, il quale confronta, peraltro, la Shoah con il terremoto di Lisbona del 1755 che avevano scosso la coscienza di pensatori come Kant, Voltaire, Rousseau e perviene alla conclusione dell'impossibilità per il futuro di una teodicea, per lo meno nel senso tradizionale. In ambito etico e teologico cfr. AA.VV., *Il bene e il male dopo Auschwitz*, a cura di E. Baccarini-L. Thorson, Milano, 1998, *passim*. In diritto, hanno riflettuto a vario titolo sulla cesura prodotta dall'orrore dello sterminio nella riflessione sul fondamento del diritto G. Zagrebelsky, *Il diritto muto. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 89; L. Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale, in Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano, 1996, 115 ss.

comunità uniforme, omogenea e pacificata ha portato alla ribalta la molteplicità dei modelli di organizzazione e dei linguaggi<sup>2</sup>, facendo emergere il volto di una la società pluralistica e poi anche multiculturale. Dal punto di vista filosofico, a questa oggettiva complessità sociale si abbina la rinuncia postmoderna alla spiegazione del reale tramite principi e criteri unitari e l'adozione della pluralità di vedute propria del pensiero molteplice, col rifiuto di ricondurre la realtà ad un orizzonte di senso comune riconoscendone l'irriducibile molteplicità e il costante mutamento<sup>3</sup>. Il quadro si sfrangia ancora di più con il dilagare della "post-ragione" caratterizzata dalla dipendenza dell'uomo dagli apparati tecnologici, che lo esonerano dalla fatica del pensare e finanche del "moderno" calcolare<sup>4</sup>, condizionandone bisogni e comportamenti<sup>5</sup>.

Sul versante più squisitamente giuridico, il codice civile va sempre più perdendo la sua centralità normativa<sup>6</sup> sotto l'incalzare della legislazione di settore, ossia di blocchi normativi ricalcati su quelle specificità di massima che la società pluralistica esprime e che, a causa della loro natura eccentrica, esigono una regolazione apposita, rivelandosi non riducibili ad unità<sup>7</sup>. La stessa predicibilità del diritto, tra-

2 Cfr., di recente, L. Nivarra, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 24-25.

3 Sul punto cfr. G. Fornero, *Postmoderno e filosofia*, in *Storia della filosofia*, fondata da N. Abbagnano, IV, *La filosofia contemporanea*, t. 2, Torino, 1994, 389 ss.; B. Romano, *Relazione e diritto tra moderno e postmoderno*, Roma, 1987, *passim*; D. Harvey, *The Condition of Postmodernity. An Enquiry into the Origins of Cultural Change*, Cambridge, 1990, trad. it. di M. Viezzi, *La crisi della modernità. Riflessioni sull'origine del presente*, Milano, 2002, *passim*; G. Minda, *Post-modern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York-London, 1995, trad. it. di C. Colli, *Teorie postmoderne del diritto*, a cura di M. Barberis, Bologna, 2001, *passim*; N. Lipari, *Diritto sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 409 ss.; E. Gliozzi, *Postmodernismo giuridico e giuspositivismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 801 ss. Nell'ambito del diritto privato, ha dedicato una riflessione particolarmente approfondita al paradigma postmoderno e ne ha tratto le maggiori conseguenze di tipo applicativo Vincenzo Scalisi sia nell'ambito della riflessione sulle fonti e sulla teoria della norma giuridica Id., *Fonti - teoria - metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, *passim*, in part. 307 ss. sia nell'ambito della teoria del contratto, specie sul versante delle invalidità, Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, *passim*, 138, 196-197, 202-203.

4 Cfr. l'editoriale del presente numero della *Rivista*.

5 Cfr. M. Farisco, *Uomo - natura - tecnica. Il modello postumanistico*, Roma-Teramo-Senigaglia, 2008, 78.

6 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*<sup>2</sup>, Göttingen, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno. Con particolare riguardo alla Germania*, con presentazione di U. Santarelli, I, Milano 1980, 493 ss., in part. 495 spiega che l'idea di Codice, come fonte del diritto *par excellence*, racchiude il messaggio politico dell'effettiva unitarietà e concentrazione del potere di governo nelle "mani" del sovrano e «l'intuizione progettuale di una società migliore da promuovere per il futuro». Sul punto è imprescindibile anche il rinvio a G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, Cap. 9.

7 Cfr. R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 187, il quale segnala che nell'esperienza giuridica l'unità, tutta e soltanto aprioristicamente supposta, non esiste.

dizionale postulato indiscusso del giuspositivismo, legato alla dimensioni *a priori* della proposizione normativa, deve in parte cedere il passo all'elaborazione casistica della regola, tipica del giudizio secondo equità, privilegiando la valutazione *a posteriori* ricalcata sul fatto da decidere. E ciò non soltanto a seguito della valorizzazione delle clausole generali e della presa di coscienza del particolare giudizio che esse istituiscono<sup>8</sup>, ossia l'integrazione valutativa; ma anche a causa della rilettura delle disposizioni ad impianto analitico nei termini di un'indeterminatezza che non è loro propria, così da sottoporle alla forma di giudizio tipica delle proposizioni normative vaghe<sup>9</sup> (il caso emblematico è rappresentato dall'art. 2043 c.c. ma, in effetti, è disputato e disputabile se tale enunciato integri una clausola generale<sup>10</sup>;

8 Nella letteratura civilistica sono oramai autentici capisaldi della presa di coscienza della specificità delle clausole generali e dell'apertura al loro uso, in controtendenza rispetto alla chiusura manifestata dalla dottrina tradizionale all'indomani dell'entrata in vigore del codice civile: S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83 ss., poi confluita nella monografia Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. integrata, Milano, 2004, 112 ss.; ma v. anche la produzione saggistica successiva Id., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss.; Id., *Le clausole generali*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da W. Bigiavi, *I contratti in generale. I. I fenomeni negoziali*, a cura di G. Alpa-M. Bessone, Torino, 1991, 398 ss.; A. di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539 ss.; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, 1986, 5 ss.; C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, *ivi*, 1986, 21 ss. e poi A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 1 ss.; A. Belvedere, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 642 ss. Sono assai rilevanti anche la monografia di F. Roselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, *passim* e di E. Fabiani, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss., di cui ora v. anche Id., *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Ann. V, Milano, 2012, 183 ss. e i recenti saggi di S. Mazzamuto, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, 1697 ss.; G. D'Amico, *Clausole generali e controllo del giudice*, *ivi*, 1704 ss.; M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.; F. Denozza, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, *ivi*, 2011, 379 ss.; S. Patti, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 263 ss.; F. Forcellini-A. Iuliani, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 395 ss. Nella riflessione giusfilosofica cfr. L. Lombardi Vallauri, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 1998, 155 ss.; C. Luzzati, *La «normalizzazione» delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 163 ss. e il volume di V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, *passim*, in part. 26 ss.

9 A questo fenomeno si riferisce N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss., in part. 16 ss., nonché Id., *«Calcolabilità» weberiana e crisi della fattispecie*, *ivi*, 2014, 987 ss.; Id., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 36 ss., nel segnalare la progressiva rinuncia alla forma giuridica della fattispecie a favore di una tecnica di applicazione del diritto fondata su valori. Dissente A. Cataudella, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.

10 Al riguardo è centrale la contrapposizione tra la concezione dell'«ingiustizia del danno» come clausola generale di S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, *passim*, in part. 79, 127 e la concezione dell'«ingiustizia del danno» come norma generale di C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 141 ss. e ora Id., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, 451 ss. Cfr. la ricostruzione e il tentativo di attenuare l'entità della contrapposizione tra la tesi di Rodotà e quella di Castronovo offerte da C. Scognamiglio, *Ingiustizia del danno*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, Agg., 1996, 2.2, 8-9; Id.,

ma un tale fenomeno si registra anche al cospetto di proposizioni normative chiaramente ad impianto analitico come gli artt. 1173<sup>11</sup> e 1418, comma 1, c.c.<sup>12</sup>).

*L'ingiustizia del danno (art. 2043)*, in C. Scognamiglio-A. Figone-C. Cossu-G. Giacobbe-P.G. Monateri, *Illecito e responsabilità civile*, I, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, X, Torino, 2005, 23 s. e la recente rilettura di S. Mazzamuto, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 351 ss. Dalla qualificazione dell'«ingiustizia del danno» come clausola generale ha tratto spunto un'ulteriore corrente di pensiero, per nulla necessariamente implicata da una tale qualificazione, secondo cui il dispositivo dell'ingiustizia autorizza il giudice a compiere un bilanciamento di interessi: cfr. M. Libertini, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, cit., 395 ss.; Id., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust*, cit., 937; Id., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, cit., 355, 370-371, in part. 372 nt. 43, e E. Navarretta, *L'evoluzione storica dell'ingiustizia del danno*, in *Diritto civile* diretto da N. Lipari-P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *L'attuazione dei diritti*, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 157. La prima rappresentazione del giudizio di ingiustizia come una valutazione comparativa (o bilanciamento) dell'interesse del danneggiato e di quello del danneggiante è di P. Trimarchi, *Illecito*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss., in part. 98 ss. e questo modello ha raccolto grande successo in letteratura, essendo adottato, per quanto sulla base di premesse teoriche non coincidenti, da G. Alpa, *Il problema della atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, 245 ss.; V. Scalisi, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 29 ss.; C. Salvi, *La responsabilità civile<sup>2</sup>*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano 2005, 85 e 86; D. Messinetti, *Pluralismo dei modelli risarcitori. Il criterio di ingiustizia «tradito»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 555 ss.; M. Franzoni, *L'illecito<sup>2</sup>*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da M. Franzoni, I, Milano, 2010, 891 ss., 1185 ss.; M. Fortino, *I danni ingiusti alla persona*, in *Tratt. teorico-pratico dir. priv.*, diretto da G. Alpa-S. Patti, Padova, 2009, 37 ss., in part. 61. Una posizione a parte va riconosciuta all'interno del filone che concepisce il giudizio di ingiustizia come comparazione tra la sfera interferita e quella interferente a M. Barcellona, *Strutture della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 401 ss., in part. 444 ss. e ora Id., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 165 ss. Per una critica dell'applicazione della forma di giudizio del bilanciamento alla responsabilità aquiliana cfr. F. Piraino, *«Ingiustizia del danno» e anti-giuridicità*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 703 ss., in part. 725 ss., e poi Id., *Il divieto di abuso del diritto*, *ivi*, 2013, 171-172 e nt. 254 dove si replica alle critiche di tautologia o di riesumazione della tesi carneluttiana dell'obbligo implicito nelle attribuzioni esclusive mossa da Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, cit., 123 nt. 40, e di recente N. Rizzo, *Giudizi di valore e «giudizio di ingiustizia»*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 295 ss.

11 Per una lettura estensiva dell'elencazione delle fonti delle obbligazioni di cui all'art. 1173 c.c. e, in particolare, del riferimento ad «ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico» cfr. A. di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 234 ss.; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 1991, 108 ss.

12 Si allude alla controversa figura della nullità c.d. virtuale riscontrabile quando il contratto viola una norma imperativa che non prescriba l'effetto invalidatorio come conseguenza della sua trasgressione: la peculiarità di tale figura consiste nella discrezionalità riconosciuta al giudice di comminare la nullità o, in alternativa, un altro rimedio reputato più opportuno (ossia, per lo più, il risarcimento del danno): cfr. G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 440, 446, 453, cui si deve il battesimo della formula e la prima teorizzazione nei termini in cui oggi se ne discute, mediante la proposizione del criterio del «minimo mezzo»; V. Roppo, *Il contratto<sup>2</sup>*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2011, 696, 700-703, il quale recepisce la categoria della c.d. nullità virtuale ma ne sottolinea i contorni sfumati e le aree di sovrapposizione con le nullità testuali e con quelle strutturali. Per un'analisi assai approfondita cfr. G. D'Amico, *Nullità non testuali*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 798

In un quadro del genere, la forma di pensiero designata “dogmatica”<sup>13</sup> parrebbe a molti osservatori avere perduto le proprie condizioni di praticabilità a causa dell’affermarsi della molteplicità e dell’oltrepassamento del paradigma unitario, nonché a causa, per così dire, della perdita di un centro e di un orizzonte comune. In chiave più squisitamente epistemologica, sarebbero venute meno le condizioni sotto le quali sia possibile elaborare concetti dotati di un sufficiente grado di generalità per effetto della polverizzazione dei punti di riferimento soggettivi<sup>14</sup>: non più il *civis* bensì qualificazioni sociali più circoscritte ed eterogenee che non si prestano ad una riconduzione ad unità, anche perché, a loro volta, neppure tutte dotate di una connotazione sufficientemente definitiva e di un tasso di uniformità tale da presentarsi come classi sociali (professionista, consumatore, intermediario finanziario, lavoratore subordinato, donna, immigrato etc.). Anche dal punto di vista dell’assetto ordinamentale, sarebbero venute meno le condizioni sotto le quali sia possibile elaborare concetti credibili a causa della perdita non soltanto di un centro – il codice civile e il concetto di sovranità statale su cui tale figura è stata edificata – ma finanche dell’unità, come conseguenza della complicazione del sistema delle fonti, alcune delle quali provenienti da ordinamenti sovranazionali (su tutte le fonti dell’Unione europea che danno vita al c.d. diritto privato europeo)<sup>15</sup>. Il fenomeno è poi acuito dal più generale decentramento dello Stato, frutto del moltiplicarsi dei centri decisionali, taluni dei quali dotati di un’autorità fattuale che esula dai meccanismi istituzionalizzati dei processi democratici (fondi di investimento, agenzie di *rating* etc.). La complicazione e la stratificazione che ne sono derivate hanno prodotto un’eterogeneità di linguaggi e di concetti, non di rado appiattita sulla nuda materia da regolare. Non può, dunque, stupire se civilisti educati al metodo dogmatico, e ancora impegnati a praticarlo nella quotidianità della loro attività scientifica, condividano l’idea secondo cui il diritto contemporaneo ha smarrito il senso del sistema. E non soltanto a causa del proliferare delle normative speciali, ma soprattutto alla luce della loro inedita significatività, che dipende dalla circostanza che tali segmenti normativi si insediano in zone nevralgiche del diritto civile «senza che la manovra classica, quella della espunzione da queste ultime del corpo estraneo, potesse venir ripetuta, se non in termini

ss.; mentre per un’adesione convinta alla figura cfr. C. Miriello, *La nullità virtuale*, Padova, 2010, *passim*. Critici nei confronti della figura C. Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale dir. priv. eur.*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 345; A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 96 ss.

13 L. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica*, cit., 27 ci informa che il termine “dogmatica”, nel significato di metodo orientato all’ideale di *calculus ratiocinator* descritto da Leibniz, compare soltanto nella seconda metà del secolo XVIII nelle opere di giuristi tedeschi formati alla scuola di Christian Wolff, volgarizzatore della logica di Leibniz.

14 Dal punto di vista filosofico cfr. G. Vattimo, *Filosofia al presente*, Milano, 1990, 10 ss.

15 Sul punto cfr. la riconsiderazione del sistema delle fonti proposta da N. Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*, in part. 139 ss., ove L. esamina le fonti non formali: non soltanto la tradizionale consuetudine, ma anche giurisprudenza, dottrina, le autorità indipendenti, l’autonomia dei privati. Per un tentativo di razionalizzazione del quadro composito delle fonti cfr. G. Pino, *Interpretazione e “crisi” delle fonti*, Modena, 2014, *passim*.

semplicemente rituali»<sup>16</sup>. La conseguenza che se ne trae consiste nella convinzione dell'impossibilità di riprodurre lo schema binario diritto comune-diritto speciale, a causa della prevalenza, per non dire dell'esclusività, della logica speciale, la quale spinge, quindi, il diritto comune al rango di normativa residuale<sup>17</sup>. Si tratta, tuttavia, di una precipitazione che, pur cogliendo effettive linee di tendenza, le esaspera. Più in generale, la rinuncia alla «*Anstrengung des Begriffs*», alla "fatica del concetto", propria della dogmatica impoverisce il diritto e la funzione del giurista.

## 2. L'emersione e lo sviluppo della dogmatica

Non si può negare che, dal punto di vista storico, la tradizione di pensiero dogmatico del '800 e del '900 abbia poggiato sull'unità del soggetto giuridico, il cittadino per l'appunto, e sull'unitarietà del complesso normativo di riferimento dotato di autorità: dapprima il diritto romano confluito e consolidato nel *Corpus iuris civilis* giustiniano (528-533 d.C.) e poi le grandi codificazioni, espressione massima della sovranità dello Stato. E, d'altronde, autorità e dogmatica sono concetti indissolubilmente legati sin dalle prime elaborazioni del pensiero poi designato per l'appunto "dogmatica", le quali risalgono alla scolastica medievale e ricalcano il modello della teologica cattolica, per la quale il dogma costituisce una verità rivelata da Dio tramite le sacre scritture e definita come oggetto di fede dal magistero della Chiesa<sup>18</sup>. Nel XII sec., la riscoperta del diritto romano, grazie alla Scuola bolognese<sup>19</sup>, comportò un atteggiamento sacrale nei confronti del *Corpus iuris civilis*, in quanto concepito come una rivelazione, fissata per iscritto (*ratio scripta*<sup>20</sup>), del diritto naturale quale diritto eterno conforme alla natura dell'uomo conformata da Dio<sup>21</sup>. L'attribuzione di un valore "metafisico" determinò che, nonostante non rivestisse la forma di legge positiva e, quindi, non fosse proiezione di una forza efficiente, il Digesto acquistò un'enorme autorità e, dunque, le soluzioni adottate dai giureconsulti romani, i loro insegnamenti, le dottrine, le categorie da loro ado-

16 L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, *passim*, in part. 48-49.

17 Nivarra, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 52., per il quale, nell'epoca attuale, la produzione normativa speciale è divenuta l'unica produzione normativa, nonostante la pluralità delle *rationes* immediate, persegue un unico obiettivo finale che coincide con la disciplina giuridica del mercato concorrenziale (*ibidem*, 36). Per un contrappunto cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*<sup>2</sup>, Torino, 2015, 268 ss.

18 Cfr. Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 27.

19 Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, cit., 55 ss.

20 Sul concetto di *ratio scripta* cfr. D. Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano 1956, 177 ss.

21 Wieacker, *Storia del diritto privato moderno*, I, cit., 68-69, il quale osserva che «Ed anche la convinzione propria dei giuristi medievali – che nel *Corpus Juris* la ragione stessa si sia fatta parola diventando così *raptio scripta* – non può più essere condivisa dalla nostra coscienza di uomini moderni. [...] tutta l'autorità, di cui il diritto romano ha goduto fino alle soglie dello storicismo moderno e del positivismo moderno, s'è fondata proprio sulla fede nella *raptio scripta*».

perate vennero acquisite come verità assolute, sovratemporali, non suscettibili di confutazione né di superamento. Il giurista doveva limitarsi a svilupparle in forma assiomatica-deduttiva, in ossequio ai dettami della logica aristotelica, in quanto depositarie della «legalità del pensiero giuridico»<sup>22</sup>. Il giusnaturalismo laico dei secoli XVII e XVIII sec., fedele alla regola secondo cui la legge di natura si dà «etsi daremus non esse Deum»<sup>23</sup>, abbandona il fondamento teologico e vi sostituisce la ragione ritenuta capace di conoscere *a priori* le verità prime del diritto, al di fuori, quindi, della realtà empirica e con l'evidenza degli assiomi della geometria euclidea. Il pensiero filosofico che sorregge il giusnaturalismo moderno attribuisce, infatti, una funzione universale al metodo analitico della matematica ed è proprio su tale metodologia che Grozio istituisce la dogmatica come scienza dei principi di diritto naturale e dei concetti di cui essi sono intessuti o che ne derivano. Il ricorso a una struttura concettuale dogmatica assicurava alla decisione del singolo caso un fondamento etico, che consisteva nella corrispondenza al diritto naturale dedotto dalla razionalità umana. Nonostante l'obiezione kantiana dell'incongruenza del concetto di dogma con le proposizioni matematiche o geometriche<sup>24</sup>, sul piano dell'evoluzione storica delle idee, va rilevato che, dal Rinascimento sino a Wolff, venivano dette *doctrinae* o *regulae dogmaticae* le proposizioni generali suscettibili di verifica e di falsificazione e, dunque, in primo luogo, le proposizioni della matematica e della geometria, ma anche le *regulae iuris* quali metadiscorso, ossia quali enunciati generali sulle proposizioni normative<sup>25</sup>.

La riflessione pandettistica del XIX sec. è improntata al metodo dogmatico ma fa segnare un mutamento di paradigma: se per il giusnaturalismo laico del XVII e XVIII sec. l'elaborazione dei concetti era funzionale ad assicurare il fondamento etico del diritto positivo e, dunque, fungeva essenzialmente da limite di quest'ultimo, nel discorso pandettistico la dogmatica diventa essa stessa positiva, auspici una pluralità di fattori: il positivismo giuridico – che trova nel positivismo etico kantiano una delle sue matrici ma che, infine, lo supera accantonando la figura dell'imperativo categorico<sup>26</sup> a causa della sua natura di soggettivismo pratico socialmente incontrollabile – lo scientismo e la riduzione del concetto di scienza al modello delle scienze naturali. Il positivismo giuridico determina il radicalizzarsi della secolarizzazione del diritto, il cui fondamento non viene più rintracciato in una dimensione so-

22 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 28.

23 Grotio, *Prolegomena*, XI, *De jure belli ac pacis*, ed. di Amsterdam 1646, ed. anastatica nella collana *Classics of international Law*, New York-London, 1964. Sul punto cfr. M. Villey, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1986, 521 ss., il quale sottolinea che la celebre formula «etsi daremus non esse Deum» si ritrova testualmente in diversi maestri della scolastica: Gabriel Biel, Gregorio da Rimini, Suarez, Gabriel Vazquez. Peraltro Villey ricorda che il diritto naturale è sin dalle sue origini profano, almeno a partire da Aristotele, e quindi «È molto strano che sia ancora diffuso il pregiudizio contrario».

24 I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, trad. it., Bari, 1969, 566.

25 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 29.

26 Sulla dottrina del diritto di Kant e sui suoi rapporti col positivismo cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, prefazione di L. Ferrajoli, Roma-Bari, 2011, 70-73, il quale segnala che la teoria kantiana è una concezione del diritto come forma.

vraordinata di natura ora religiosa ora filosofica, ma nella sua stessa positività. L'assunto principale della pandettistica va ravvisato, infatti, nell'assunzione del diritto romano come diritto positivo e, infatti, al diritto romano attuale è dedicata l'opera sistematica di Friedrich Carl von Savigny<sup>27</sup>, il quale incentra la prefazione del primo volume, del 1840, proprio sul valore del diritto romano nel tempo presente. Savigny ne afferma l'autorità anche nei paesi nei quali si è proceduto all'elaborazione di un codice civile o si è formato comunque un diritto territoriale e gli ritaglia il ruolo cruciale di strumento di perfezionamento dello stato del diritto vigente anche quando esso appare distante dalla tradizione del diritto comune<sup>28</sup>. Anton Friedrich Justus Thibaut, dal canto suo, afferma che «il diritto romano è il nostro codice»<sup>29</sup> e nel riconoscimento al *Corpus iuris civilis*, in quanto sintesi di storicità e di razionalità, dello statuto di diritto positivo svolge un ruolo decisivo il concetto di *Volksrecht*, il quale trova nel diritto romano le proprie radici teoretico-concettuali<sup>30</sup>.

I dogmi perdono la loro passata valenza assoluta e sovratemporale: sono ricavati per astrazione generalizzatrice dal diritto positivo e del diritto positivo condividono la natura, riproducendone la medesima normatività e presentandosi assiologicamente neutrali<sup>31</sup>. Il diritto positivo fornisce il materiale per l'elaborazione dei concetti e, in tal modo, autofonda sé medesimo. Il metodo dogmatico pandettistico muove,

27 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, voll. I-VIII, Berlin, 1840-1849, trad. di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886-1898.

28 von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cit., 15-16 secondo cui lo studio teorico e l'organizzazione sistematica del diritto romano trovano «la loro più immediata applicazione nei paesi dove il diritto romano forma ancora la base del diritto pratico, tuttavia esse sono, anche applicabili là, dove nuovi codici sono stati sostituiti al diritto romano. Infatti i vizi delle condizioni attuali del diritto qui come là sono in fondo identici, e perciò i bisogni ed i mezzi per rimediarvi sono meno differenti di quel che si potrebbe credere. Così anche ne' paesi retti da codici nazionali, col metodo qui esposto per trar profitto dal diritto romano, la teoria sarà in parte nuovamente vivificata, in parte messa al sicuro dagli errori affatto soggettivi ed arbitrari, e sopra tutto poi riavvicinata alla pratica, il che è il punto essenziale. Più difficile incero è qui tale rigenerazione, che nei paesi di diritto comune; ma non è impossibile. Ce lo mostra specialmente l'esempio dei più moderni giuristi francesi, che spesso illustrano e completano il loro codice in modo assai ben inteso col diritto romano». Segue la proclamazione di superiorità dei giuristi germanici rispetto ai colleghi tedeschi nell'applicazione del diritto romano, ma Savigny riconosce che questi ultimi posso imparare dal modo in cui i primi traggono profitto dal diritto romano nell'applicazione delle loro leggi. Savigny prosegue osservando che «Senza dubbio questa applicazione è più difficile nella nostra patria, la Prussia, che presso di loro: perché nel nostro diritto territoriale, in parte per la forma speciale della sua redazione, in parte per la sua minuziosa prolissità, spesso è occultato l'intimo legame, che realmente esiste, col diritto anteriore. Essa è dunque più difficile, ma non per questo impossibile: e, se la si restaurasse, si rimedierebbe pure ad un vizio essenziale derivato dalla promulgazione del diritto territoriale. Siffatto vizio consiste nella completa separazione di questo dalla elaborazione scientifica del diritto comune, per cui la nostra pratica fu privata finora di uno dei mezzi più importanti di perfezionamento, cioè la viva relazione col pensiero giuridico dei tempi passati e delle altre nazioni».

29 A.F.J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts*, Altona, 1806, 34.

30 B. Montanari, *Ragionare per decidere. Dalla scientia juris alla Governance*, § 2 (la lettura in anteprima si deve alla cortesia dell'A.), il quale, peraltro, segnala la centralità, nelle concettualizzazioni della Scuola storica, della sequenza: *Ragione-Corpus Juris-Volksrecht-Giuristi*.

31 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 31.

infatti, dal presupposto che ogni regola particolare (la norma data) sia riconducibile ad una regola universale, il concetto, che a sua volta della regola particolare costituisce l'archetipo, che, dunque, giustifica la prima in forza della propria positività. Il segno più eclatante di tale positività si ricava dall'organizzazione dei concetti in sistema, il quale non mira esclusivamente a presentare in forma più perspicua il diritto dato, ma viene ritenuto idoneo «a prolungarsi, attraverso successivi nessi di deduzione dai concetti ordinatori, in un'attività conoscitiva (o produttiva) di nuove norme da valere per la decisione di casi non sussumibili nei concetti legali»<sup>32</sup>. Ciò suggella la preminenza del concetto e – per dirla con Rudolph Sohm – la scomparsa formale della positività del diritto<sup>33</sup>. Com'è noto, la Scuola storica non è stato un movimento culturale unitario, ma si è diviso in una componente legata alla tradizione “romanistica” e in una di matrice “germanista”<sup>34</sup> e non sono neppure mancate, in contrapposizione, aspirazioni alla codificazione, sostituendo alla coscienza giuridica del popolo l'idea illuministica della legge come fonte unica del diritto<sup>35</sup>.

La pandettistica, successiva a Savigny<sup>36</sup>, ha accentuato la propria componente positivista rispetto all'altra anima romantico-storicistica e, soprattutto sulla base dell'influenza dell'idealismo di Schelling, essa ha applicato il concetto di organismo, elevato a categoria generale e non solo biologica, al sistema logico delle norme del diritto positivo. Il sistema non è più la mera emersione del complesso dei nessi logici impliciti nel materiale normativo funzionale alla sua organizzazione ordinata, ma diviene un meccanismo autoproduttivo che genera nuove regole mediante operazioni logico deduttive, presentate, però, come mere attività cognitive di norme precedentemente ignote, disvelate mediante le connessioni logiche tra i concetti ricavati dalle norme positive<sup>37</sup>. Al centro di tutto si pongono, dunque, i concetti, che affrancano i casi risolti dai giureconsulti romani, rielaborandoli in chiave teoretica, e da ciò la denominazione di *Begriffsjurisprudenz*<sup>38</sup>. I concetti sistematici vengono a loro volta accreditati di una forza produttiva di nuove regole per il tramite di operazioni logico deduttive. Questa *vis* nomogenetica era il portato non tanto della loro positività, tratta dalla derivazione per induzione dai concetti di cui era intessuto il diritto dato – che, peraltro, era per lo più il diritto romano, sorretto dalla sua secolare autorità – quanto piuttosto del postulato dell'e-

32 Mengoni, *ibidem*, 33.

33 R. Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*<sup>6</sup>, Leipzig, 1896, 21.

34 Sul punto, anche per cogliere le implicazioni politiche dei due indirizzi, cfr. B. Montanari, *Arbitrio normativo e sapere giuridico. ... a partire da G.F.Puchta*, Milano 1984, *passim*.

35 Si allude alla polemica tra Savigny e Thibaut: A.F.J. Thibaut-F.C. von Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cura e con saggio introduttivo di G. Marini, Napoli 1982, *passim*.

36 Sulla metodologia di Savigny cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, 5-16.

37 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 34-35.

38 Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., 19 ss. La formula venne inaugurata, in chiave polemica, da R. von Jhering, *Wieder auf Erden. Wie soll es besser werden?*, poi pubblicato nella raccolta *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe f. d. juristische Publikum*, Leipzig, 1884, 337. Larenz, *ibidem*, 66 ascrive invece a Philipp Heck la denominazione della metodologia di Puchta, del primo Jhering e di Windscheid come “giurisprudenza dei concetti”.

semplarietà del metodo logico-deduttivo delle scienze naturali proprio del positivismo ottocentesco<sup>39</sup>. I concetti giusnaturalistici (quali: l'autonomia della volontà individuale, la proprietà privata, l'autonomia privata, la libertà di concorrenza, la fondazione della responsabilità sulla colpa) vengono spogliati della loro valenza etico-materiale, della loro originaria natura di fini ultimi della società borghese, e vengono assunti dalla pandettistica come costrutti formali, ossia come concetti scientifici desunti dal diritto vigente in applicazione del metodo scientifico, fondato sull'osservazione dei fatti e dei loro rapporti di causa ad effetto<sup>40</sup>. Da ciò l'idea del diritto come sistema chiuso e autoproduttivo, che non consente l'ingresso di punti di vista diversi da quelli consacrati nei suoi costrutti teorici: edificio, questo, che è al contempo espressione e garanzia di una società uniforme, omogenea e stabile, fondata su strutture relativamente semplici e a destinata a progredire senza strappi, in ossequio all'idea del progresso come sviluppo organico<sup>41</sup>.

È altrettanto noto – e qui non si può fare altro che accennarne – che la razionalità e la metodologia della Scuola storica e della Pandettistica si sono scontrate con la critica serratissima del secondo Jhering, il quale, a cavallo tra la prima e la seconda metà del XIX sec., irride al concettualismo delle principali correnti giuridiche tedesche, criticando l'autoproduzione di concetti tramite concetti, l'astoricità di questi ultimi, reputata un'idea infantile, e il conseguente distacco dalla realtà della materia da regolare, senza che una tale confutazione comporti, però, anche la rinuncia alla centralità epistemologica dell'idea di sistema<sup>42</sup>. Ne *Lo scopo del diritto* Jhering affina il suo programma per una giurisprudenza pragmatica e individua nel "motivo pratico" il fondamento da sostituire al concetto dogmatico: «L'idea fondamentale della presente opera consiste in ciò, che lo scopo degli artefici di tutto il diritto è che non ci sia lacuna massima giuridica, che non debba la sua origine ad uno scopo, cioè ad un motivo pratico»<sup>43</sup>. Il problema dello scopo rimanda a quello del suo soggetto<sup>44</sup> e Jhering lo identifica nell'individuo, nella società e nello Stato<sup>45</sup>. La svolta di Jhering ha dato l'avvio alla *Interessenjurisprudenz*, i cui

39 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 38.

40 Mengoni, *ibidem*.

41 Su questa pagina della scienza giuridica cfr. il classico Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., *passim*, in part. 17 ss.

42 R. von Jhering, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954, *passim*, in part. 366 ss., la cui pubblicazione risale al 1884, ma i prodromi risalgono alla prima delle lettere di uno «sconosciuto» sulla giurisprudenza contemporanea pubblicata sulla *Preußischen Gerichtszeitung* nel 1861. Al riguardo, Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., 59 esprime il seguente giudizio: «Il merito storico di Jhering è quello di avere scoperto, molto prima che la maggior parte dei suoi colleghi, l'insufficienza della pandettistica dell'epoca e di averla richiamata al suo compito attuale. Il suo limite consistette nel fatto di essere rimasto alla critica, all'aspetto negativo e di aver innalzato il nuovo fondamento della teoria del diritto, che egli cercò di costruire, su un terreno incapace di sostenerlo, il terreno del positivismo sociologico». Sulla crisi del costruttivismo in Jhering cfr. F. Viola, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, 33 ss.

43 R. von Jhering, *Lo scopo del diritto*, (1877), trad. di M.G. Losano, I, Torino, 1972, VIII.

44 Jhering, *ibidem*, 300.

45 Jhering, *ibidem*, 327.

principali rappresentanti sono – com'è noto – Heck<sup>46</sup>, Stoll<sup>47</sup> e Müller-Erzbach<sup>48</sup>. In particolare in Heck il nocciolo della disputa sul metodo viene ravvisata nell'influenza del diritto sulla vita, la quale si attua mediante le decisioni giudiziali, che appagano i bisogni della vita, i desideri e le tendenze appetitive che si agitano nella comunità, di natura tanto materiale quanto ideale<sup>49</sup>. La *Interessenjurisprudenz* individua l'essenza del diritto nella tutela degli interessi: nel senso che l'interesse non è soltanto l'oggetto della delimitazione compiuta dai comandi legislativi, ma anche il movente, il "fattore causale", di questi ultimi<sup>50</sup>.

La *Interessenjurisprudenz* ha contribuito a cogliere gli elementi di debolezza metodologica della *Begriffsjurisprudenz*, la quale è entrata in crisi alla fine del XIX sec.<sup>51</sup> a causa del concomitante convergere di più fattori: sul piano economico, l'avvento della società industriale della produzione di massa, caratterizzata dal forte progresso scientifico e tecnologico, che mette in discussione l'ideale dello sviluppo organico e dello spontaneo riequilibrio delle strutture sociali; sul piano dell'assetto della società, l'affermarsi di gruppi di interesse organizzati, portatori di ideologie diverse e di esigenze contrapposte, che ha reso la società pluralistica, nonché il passaggio dallo Stato liberale al contemporaneo Stato sociale; sul piano epistemologico, il ripudio dell'aspirazione delle scienze dello spirito a strutturarsi come le scienze naturali e la presa di coscienza della fondabilità conoscitiva dei valori; e, infine, sul piano più squisitamente giuridico, il declino del positivismo legalistico e la comparsa delle Costituzioni<sup>52</sup>. Queste ultime pongono limiti al po-

46 P. Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in 122 *Archiv für die civilistische Praxis*, 1914, 1 ss.

47 H. Stoll, *Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz*, in *Festgabe für Philipp Heck - Max Rümelin - Arthur Benno Schmidt*, supplemento a 133 *Archiv für die civilistische Praxis*, 1931, 60 ss.

48 R. Müller-Erzbach, *Reichsgericht und Interessenjurisprudenz*, in *Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, II, Berlin, 1929, 161 ss.

49 Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., 67-68 dissente dalla connotazione soltanto pratica della scienza del diritto in Heck, osservando che «È esatto, che la maggior parte delle ricerche di dogmatica giuridica sono intraprese allo scopo di offrire al giudice utili soluzioni per la decisione dei casi dubbi o che, secondo i ricercatori, sono stati finora decisivi in maniera erronea. Questo è uno scopo senza dubbio legittimo di ogni lavoro scientifico nel campo del diritto. Ma è altrettanto sicuro, che anche molte ricerche di dogmatica giuridica sono state avviate ed ancora oggi sono avviate innanzi tutto per arrivare ad una visione più chiara dei nessi giuridici logico-strutturali [...]. Qui risultati praticamente utili possono essere un completamento molto gradito, ma lo scopo principale, che viene in prima linea, è l'arricchimento della conoscenza, quindi uno scopo puramente "teorico"».

50 Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., 60, il quale individua il postulato metodologico fondamentale della "giurisprudenza degli interessi" nel «riconoscere in maniera storicamente esatta gli interessi reali, che hanno provocato la legge, e di prendere in considerazione gli interessi riconosciuti nella decisione del caso concreto». Sulla dipendenza, forse inconsapevole, della "giurisprudenza degli interessi" di Heck dal positivismo filosofico v. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit. 70.

51 Mentre in Italia soltanto negli anni '50 del XX sec.

52 Sul mutamento di paradigma civilistico determinato dall'entrata in vigore della Costituzione cfr. ora C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 24 ss.

tere legislativo, assoggettando il *ius positum* a un controllo alla stregua di principi e di valori, che, per quanto a loro volta positivizzati, esprimono istanze etiche e impongono l'istituzione di ragionamenti anche nel campo dei giudizi di valore, il che determina l'abbandono del mito del diritto che si autofonda a favore di fondazione dello stesso su basi etico-materiali<sup>53</sup>. Sullo sfondo si staglia il mutamento del rapporto tra Diritto e Ragione, col passaggio dalla razionalità fondativa a quella funzionale, di cui si è reso lucido interprete Max Weber<sup>54</sup>. Egli ha messo in luce l'abbandono della concezione ontologica propria del razionalismo filosofico, per la quale la ragione è un'essenza che soggiace alla realtà umana e sociale, e l'approdo alla concezione funzionale della positività sociologica, ossia ad un forma di razionalità di scopo<sup>55</sup> che mira a «produrre una libera accettazione del potere come autorità di governo. L'«ordine» in senso ontologico, che costituiva la chiave epistemologica del razionalismo filosofico della modernità tra '600 e '800, si trasforma ora, all'inizio del '900, nella «credenza», come *dato di fatto* che costituisce il cemento per il quale un ambiente umano arriva a quella unità, rilevabile in termini empirici, che consente di definirlo «società»<sup>56</sup>.

Il mutamento del contesto storico, politico, culturale e teorico generale non ha determinato, però, il tramonto del metodo dogmatico, ma soltanto la sua trasformazione e il suo connubio con l'ermeneutica. A me pare che, nonostante le ulteriori evoluzioni del quadro economico-sociale-politico e dei modelli filosofici e scientifici, ci si trovi, per lo meno con riguardo alla scienza del diritto, ancora sostanzialmente nella medesima fase, apertasi tra la fine del XIX e l'inizio del XX sec. Tale fase è caratterizzata dall'assunzione della dogmatica come metadiscorso, in quanto metodo di concettualizzazione e di sistemazione che si attua tramite operazioni razionali di carattere analitico-inferenziale, applicate alle norme e ai suoi costrutti elementari, che, a loro volta, sono ricavate dall'interpretazione dei testi normativi, degli orientamenti giurisprudenziali, specie di quelli costanti, e delle costruzioni concettuali dei giuristi teorici, intesi come atti posti da soggetti istituzionali a ciò legittimati. Resta, però, da verificare la portata e l'incidenza epistemologiche della metodologia «pragmatistica» profilatasi all'esordio del XXI sec. e designata col termine «*governance*»<sup>57</sup>.

53 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 39.

54 M. Weber, *Economia e società*, vol. 1, *Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, 1961, 210-211.

55 Sulla distinzione tra razionalità sostanziale e razionalità funzionale cfr. K. Mannheim, *Uomo e società in un'età di ricostruzione*, Roma, 1972, 59.

56 Montanari, *Ragionare per decidere. Dalla scientia juris alla Governance*, cit., § 1.

57 M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010, *passim*; A. Andronico, *Governance*, in *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, a cura di B. Montanari, Torino, 2012<sup>2</sup>, 313 ss.; B. Montanari, *Dall'ordinamento alla governance. Uno slittamento di piani*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 397 ss.

### 3. La funzione dell'approccio dogmatico e la sua validità

Nel corso del XX sec. si produce quella che appare come una frattura epistemologica<sup>58</sup>, ossia il passaggio dall'*Ordnung des Rechts* al *Rechtsordnung*, e il diritto si riscopre come scienza ermeneutica, in un quadro teorico, però, profondamente rinnovato in cui l'interpretazione non affronta più soltanto la questione epistemologica delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle scienze dello spirito, individuando le regole tecniche grazie alle quali giungere all'esatta comprensione delle espressioni contenute nei segni comunicativi. L'ermeneutica si carica di un compito nuovo e gravoso, ponendosi anche il problema ontologico<sup>59</sup> delle condizioni *a priori* di possibilità del comprendere, ossia delle strutture trascendentali del comprendere<sup>60</sup>. Si tratta di un processo sin troppo noto, tanto da non dover essere qui neppure ricapitolato<sup>61</sup>, nel quale assume centralità il concetto heideggeriano di "precomprensione"<sup>62</sup>, che rende necessario ridefinire il circolo ermeneutico includendovi anche il soggetto interpretante. La comprensione non viene più intesa come il ripensare il già pensato, ossia come un atto riproduttivo di un originario atto produttivo, ma assume la veste di un'attività inventiva che si pone anche il problema dell'adattamento del diritto positivo ai mutamenti sociali. La centralità assunta dall'ermeneutica non determina, però, l'esilio della dogmatica, ma ha imposto di riflettere sui rispettivi campi. Entrambe rappresentano un modo di conoscenza discorsiva – vale a dire per concetti – del diritto, ma diversi sono i punti di riferimento di tale conoscenza e le funzioni. L'ermeneutica punta alle proposizioni normative per ricavarne i concetti ai quali verranno confrontate quelle rappresentazioni dei fatti che si presentano conformi alla previsione normativa. La dogmatica non si riferisce in via diretta agli enunciati normativi, ma sottopone a una riflessione logico-analitica «le strutture di senso elaborate dall'interpretazione e, comparandole, mira

58 Montanari, *ibidem*, § 3, il quale osserva che «l'identificazione del diritto con la normatività posta dallo Stato (o, più in generale, dall' "autorità competente") comporta una radicale modificazione dell'"oggetto"; e ciò è estremamente rilevante sul piano epistemologico. Si passa da un concetto di Diritto costruito a partire da un paradigma di razionalità che è di tipo *teoretico*, quale è quello della Ragione "moderna", ad uno che coincide esclusivamente con l'attività di posizione normativa, quale che ne sia la "fonte" prima, immediatamente legislativa o socio-politica». Ciò comporta il prevalere di una visione "pubblicistica" nella quale gli istituti del diritto privato cessano di esprimere un ordine giuridico originario ma divengono una variabile dipendente dagli atti di posizione compiuti da un determinato ordinamento giuridico.

59 Il rinnovamento dell'ermeneutica si deve in particolare ad Hans Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, vol. 1, Tübingen, 1960, trad. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, 2010.

60 Sul ruolo della riflessione gadameriana nella scienza giuridica e, in particolare, di quella civilistica cfr. G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*. Studi su ermeneutica e diritto, Torino, 2014, 142 ss.

61 Per un'efficace sintesi cfr. B. Montanari, *Filosofia, metodo, diritto. Linee di una storia "quasi" contemporanea*, Napoli, 2005, 133 ss.

62 Cfr. J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice, Napoli, 1983, *passim*, in part. 129 ss.

a scoprirne l'elemento sistematico, ossia la connessione secondo un principio», così da organizzare il sapere ermeneutico in unità razionale e riformularlo nei termini di un sapere sistematico che risponde a fini teoretici<sup>63</sup>. Il presupposto teorico consiste nella circostanza che la scienza giuridica riveste natura sistematica, in quanto la sistematicità costituisce una qualità intrinseca al suo stesso oggetto<sup>64</sup>.

La prima funzione della dogmatica consiste, dunque, nella riduzione della molteplicità e dell'episodicità della materia giuridica tratta dal diritto positivo a una forma unitaria, «grazie alla quale viene partecipato non un sapere rapsodico, memorizzato da repertori di massime o da cataloghi di *topoi*, bensì un sapere sistematico, qualificato dalla “padronanza logica della materia mediante concetti”»<sup>65</sup>. In questo impiego, la dogmatica ordina il sapere ermeneutico, rendendone più completi e perspicui i contenuti e consentendone una conoscenza in forma sintetica secondo il modello del “sistema estrinseco”<sup>66</sup>. La seconda funzione consiste, invece, nella ricerca di nuovi modelli di decisione, assolvendo, dunque, anche a una funzione conoscitiva, che implica, però, l'abbandono dell'alveo dei procedimenti logico-analitici e l'approdo alla dimensione normativo-pratica<sup>67</sup>.

Per quanto concerne la prima funzione, va segnato che il rapporto tra ermeneutica e dogmatica non si svolge, però, secondo una linearità che vede la seconda elaborare i contenuti forniti dalla prima, ma si atteggia piuttosto in forma circolare. L'interazione è ben più complessa e vede la dogmatica non solo sottoporre a procedimenti logico-analitici il sapere ermeneutico, rielaborandolo sulla base di procedimenti di generalizzazione astrattizzante, ma, già prima, guidare la comprensione del testo grazie alle categorie che esprime, poiché «allarga l'orizzonte ermeneutico

63 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 45.

64 La scientificità del diritto non è più affidata al criterio della verità, legato alla possibilità di cogliere il reale nella sua oggettività, ma a criteri logico-funzionali, sostanzialmente riconducibili al concetto di validità, che si concentrano sugli aspetti linguistici e formali, i quali offrono un sostrato sufficientemente stabile ad un contenuto soggettivo e mutevole, legato com'è alla contingenza degli atti di posizione del legislatore storico. Per questa metodologia cfr. soprattutto N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1950, 342 ss. e ora R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2011, 8-9, il quale riconduce finanche l'“interpretazione dei fatti” all'interpretazione dei testi normativi, giudicando infelice l'espressione, giacché “interpretare un fatto” significa includere quel fatto entro una classe di fatti, ovvero sommare quel fatto sotto una norma che lo disciplina.

65 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 47: l'ultima citazione M. l'ha tratta da P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, 1911-1914, IX.

66 Distingue, invece, la dogmatica dalla sistematica A. Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 288 ss., per il quale la distinzione si registra sul piano tanto dell'attività scientifica quanto del prodotto scientifico. Sul primo versante, la diversità è netta e si riallaccia, per lo meno tendenzialmente, alla distinzione operata dai filosofi tra interpretazione e sistematizzazione, intendendo la prima però nella versione superiore di interpretazione dogmatica. Sul secondo versante, la dogmatica racchiude l'insieme dei dogmi, ossia dei principi tanto generali quanto fondamentali, mentre la sistematica si sostanzia nell'insieme dei concetti categoriali che ordinano la conoscenza del sistema reale del diritto.

67 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 47-48.

e fornisce un punto di attacco per la comprensione più esatta della norma mediante congrue integrazioni o limitazioni o estensione di senso»<sup>68</sup>. In quest'impiego la dogmatica stabilisce una "distanza critica" dal materiale positivo, che consente un controllo da parte del giurista, «al di là della sua immediata datità»<sup>69</sup>. E, ancora più a monte, ossia sul piano delle condizioni ontologiche dell'interpretazione, i costrutti teorici e le formule tecniche della dogmatica offrono il terreno della precomprensione del giurista, suggerendo punti di vista da cui muovere nel processo di attribuzione di senso al testo, che, però, non assumono l'assolutezza degli assiomi, in quanto dogmi sottratti per via di autorità al dubbio scientifico, ma anzi rivestono il ruolo di formule saggiatorie<sup>70</sup>. In altri termini, il punto di vista offerto dalle categorie dogmatiche gode di una particolare carica persuasiva, che gli deriva dal carattere consolidato impressogli dalla tradizione di pensiero alla base del sapere dogmatico e dal prestigio legato alla formulazione come principi logici; ma non per questo, in ossequio alla riscoperta del pensiero topico<sup>71</sup>, il punto di vista offerto dalla dogmatica è sottratto alla critica, svolta col metodo del confronto dialettico con altri punti di vista che veicolano informazioni nuove ed esigenze inedite e che possono essere ricavati anche da istanze esterne al sistema giuridico<sup>72</sup>. Nonostante la loro attitudine alla falsificazione<sup>73</sup>, i concetti teorici e le formulazioni tecniche «possono, non del tutto impropriamente, continuare a chiamarsi dogmi in quanto assolvono un compito di (relativa) stabilizzazione di giudizi di valore (le valutazioni assunte dall'ordinamento giuridico in un determinato momento storico) mediante la trasformazione di essi in concetti conoscitivi che forniscono punti fermi di riferimento per la comprensione del caso da decidere»<sup>74</sup>. In questa imprescindibile funzione euristica, la dogmatica offre gli strumenti per affrontare le condizioni di oggettiva e ineliminabile incertezza nelle quali il giudice assume la decisione e supe-

68 Mengoni, *ibidem*, 49.

69 N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, trad. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, 45 ed è grazie a tale "distanza critica" che è possibile non subire la decisione come pura fattualità del potere.

70 J. Esser, *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen*. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1974, 519 ss., in part. 521 nt. 8.

71 Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., 150 chiarisce che il pensiero giuridico "topico" consiste nell'argomentare con punti di vista "ragionevoli" e il pensiero corre all'opera di T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953, *passim*. E. segnala che il grande tramite della topica *ars inveniendi (et iudicandi)* all'età moderna è stato l'umanista R. Agricola colla l'opera del 1479 *De inventione dialectica*, riunendo la topica teoretica a quella pratico-scientifica. Un ruolo importante nella rivitalizzazione della topica come metodo euristico è svolto dal tardo Wittgenstein.

72 Esser, *ibidem*, 151 spiega che la circostanza che i risultati dogmatici vadano di volta in volta verificati o falsificati «non significa che questo pensiero sistematico non sia razionale, ma soltanto che questo sistema non può dare più di quanto è stato ammesso nelle sue premesse dogmatizzate».

73 Sullo statuto stipulativo dei concetti come i punti di partenza assunti come retoricamente *non-negabili* cfr. Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., 43.

74 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 53.

rarle mediante la necessità di integrare quest'ultima nel sistema, universalizzandola. La razionalità della decisione dipende, infatti, non dalle deduzioni logiche proprie della *Begriffsjurisprudenz* ma dalla «possibilità del consenso con la comprensione già esistente dell'ambiente, o almeno della produzione di un nuovo consenso»<sup>75</sup> e una condizione essenziale di tale razionalità risiede nell'idoneità della decisione a stabilizzarsi in vista dell'applicazione a casi futuri<sup>76</sup>: i programmi finalizzati ad uno scopo propri del pensiero problematico sono riformulati dalla dogmatica e resi operativi nella forma di “programmi condizionali”, i quali sono affrancati dalle valutazioni di natura teleologica, staccandoli con cura dalla sfera irriflessa dell'esperienza vissuta del valore, e ancorati esclusivamente al connettivo logico «se..., allora»<sup>77</sup>. Come ha chiarito Niklas Luhmann, la dogmatica «definisce le condizioni del possibile giuridico, e precisamente le possibilità di costruzione giuridica dei casi giuridici»<sup>78</sup> e tale costruzione consiste nell'integrabilità della soluzione del caso nel sistema, così da saggiarne la compatibilità con la razionalità complessiva di quest'ultimo<sup>79</sup>, presentandola come plausibile dal punto di vista della coerenza logica<sup>80</sup>.

#### 4. L'analisi dogmatica dell'autonomia privata: le vicende dalla causa del negozio giuridico

Nell'ambito del dibattito sulla perdurante validità del metodo dogmatico, o, per lo meno, sull'attualità di talune categorie tradizionali, la causa è stata annoverata da una voce autorevole tra i costrutti destinati allo svuotamento piuttosto che ad una conservazione che però esige la ridefinizione non più come entità *a priori* ma come traguardi da perseguire<sup>81</sup>. Il giudizio è stato però capovolto da un'opinione altrettanto autorevole<sup>82</sup>, che, riallacciandosi ad una recente difesa della categoria

75 Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., 150.

76 Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 54.

77 Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., 162: «Il giudice deve dare solo giudizi di valore “condizionali” in quanto di regola deve “valutare” i beni che sono in concorrenza, solo in relazione ad una determinata situazione di pericolo, ad un determinato grado di minaccia, ad una determinata base legale di protezione di beni nelle leggi penali e civili. La tecnica regolare della valutazione giuridica è soltanto di tipo corrispettivo e condizionale: nel momento in cui è preferito un valore, è giustificato un modo di agire che corrisponde a questa preferenza, un modo di agire che lo contraddice, diventa un torto».

78 Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., 19.

79 Tale verifica – insegna Mengoni, *Dogmatica giuridica*, cit., 62 – «risponde all'esigenza, fondamentale della giustizia, di trattamento uguale di casi oggettivamente uguali». In linea con Luhmann, M. ritiene che l'«argomentazione ermeneutica è legata al problema posto dal caso concreto per il quale occorre trovare la regola di diritto da applicare. Ma l'applicazione del diritto è concretizzazione di un universale, e questa qualità della decisione è assicurata dalla dogmatica nella funzione di “controllo di coerenza in vista della decisione di altri casi».

80 Luhmann, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., 56-57.

81 N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 166 ss.

82 F.D. Busnelli, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5-6;

in questione<sup>83</sup> nei confronti delle correnti anticausaliste<sup>84</sup>, attecchite anche nel processo di formazione di un diritto privato comune europeo<sup>85</sup>, ritiene la causa una figura ordinante ancora valida, specie nella rilettura offertane dalla giurisprudenza come causa in concreto<sup>86</sup>. La prospettiva della causa si rivela, dunque, particolar-

nello stesso senso già R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 145 ss.

83 U. Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 244, 265; nonché G.B. Ferri, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 897 ss.

84 Un'espressione convinta di tale tendenza è il saggio di M. Girolami, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, *passim*, in part. 209 ss.; ma la corrente di pensiero è assai più risalente, basti pensare alla tesi di A. Ernst, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions?*, in *Bibliothèque du jureconsulte et du publiciste*, 1826, I, 250 ss., accolta in Italia da G. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, III, *Fonti delle obbligazioni-Contratti*, Firenze, 1907, 606 ss.: secondo tale linea la causa non è in alcun modo distinguibile dal consenso, o dall'oggetto. Ne dà conto A. Motta, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929, 104 ss. Cfr. la replica che a Giorgi formula V. Scialoja, *Negozi giuridici*. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893 raccolto dai dottori Mapei e Nannini, con prefazione di S. Riccobono, 5° rist., Roma, 1950, 91-92 e incentrata sul rilievo che «il fatto che in questi tipi di negozi giuridici la causa si compenetra facilmente cogli altri elementi, significa che l'esistenza della causa è così certa che è quasi inutile andarla a ricavare: basta che esistano quegli altri elementi, perché siamo sicuri che esiste la causa. Così nella compra-vendita, siccome la causa dal punto di vista oggettivo è lo scambio di denaro con merce, dal punto di vista soggettivo è la volontà di scambiare denaro con merce: quando noi facciamo questo scambio, la causa è insita in questo stesso fatto che veniamo ad eseguire, ma questo non significa punto che la causa del venditore sia il pagamento del prezzo, la causa del compratore la pattuita consegna della merce; la causa è la volontà di fare lo scambio, e non va quindi confusa coll'oggetto del contratto, che è appunto questo scambio delle due prestazioni».

85 Sul punto cfr. C. Castronovo, *Un contratto per l'Europa*. Introduzione all'edizione italiana de *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. Castronovo, I e II, Milano, 2001, XXVI ss.; E. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, 979 ss., in part. 992 ss.; C. Scognamiglio, *La dottrina della causa nel diritto italiano*, in *Revista de Derecho XXVII*, 2006, 165 ss. Si soffermano su tale dibattito Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, cit., 123 ss. e Girolami, *L'artificio della causa contractus*, cit., 184 ss.

86 Il riferimento è alla nota Cass., 8.5.2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718 ss., con nota di F. Rolfi, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*; in *Contratti*, 2007, 621 ss., con commento di F. Rimoldi, *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*; in *Giust. civ.*, 2007, 1985 ss., con nota di B. Izzi, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*. Per una valutazione discorde del nuovo orientamento cfr. V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 988 ss., critico non tanto nei confronti della nozione di causa come funzione economico-individuale, ma sull'impiego fattone dalla giurisprudenza: ora superfluo, sebbene con l'esito di soluzioni giuste; ora effettivo, ma per dare vita a soluzioni sbagliate; ora mancato quando invece era necessario; e C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, *ivi*, 2014, 251 ss., invece favorevole a tale orientamento. In realtà la Suprema corte ha iniziato sostanzialmente a fare impiego della nozione di causa concreta quando ancora tributava omaggio alla definizione come funzione economico-sociale: cfr. Cass., 26.1.1995, n. 975, in *Foro it.*, 1995, I, 2502 ss.; Cass., 23.4.2001, n. 5966, in *Contratti*, 2001, 1126 ss., con commento di P. Perrotti, *Compravendita e mutuo di scopo: un'ipotesi di collegamento negoziale*; Cass., 18.7.2003, n. 11240, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Contratto in

mente felice, se non addirittura privilegiata, per verificare l'attualità del metodo dogmatico in un territorio, come quello dell'autonomia privata, percorso da interventi normativi e riflessioni teoriche che vengono letti come fattori di "frantumazione" della categoria del contratto<sup>87</sup>.

Proprio in un recente e assai significativo contributo<sup>88</sup>, la causa è stata sottoposta ad un'analisi in chiave dogmatica, ripercorrendone l'evoluzione dell'idea e le implicazioni applicative delle principali concezioni. Oltre che di estremo interesse, i risultati dell'indagine offrono una puntuale conferma dell'imprescindibilità dell'approccio dogmatico e, tra le diverse considerazioni che tale studio suscita, spicca il convincimento che il problema della causa offra la prospettiva migliore per indagare i rapporti tra libertà individuale in campo negoziale e ordine giuridico "legislativo". E per poter comprendere a fondo la portata di tale dialettica, le conseguenze applicative e gli svolgimenti non si può prescindere, per l'appunto, dalla dogmatica della causa, la quale dei due piani dell'ordinamento giuridico – l'autonomia privata e il diritto di origine autoritativa – rappresenta il punto di intersezione. La scelta terminologica di contrapporre l'autonomia privata al diritto "legislativo", ossia alle disposizioni di natura autoritativa, al posto della più tradizionale dicotomia tra autonomia privata e ordinamento giuridico nasce dall'esigenza di riservare a quest'ultimo il rango di complesso normativo alla cui costituzione concorrono tanto l'ordine giuridico dei privati quanto l'ordine giuridico che promana da istituzioni dotate del potere di nomogenesi<sup>89</sup>.

genere», nn. 244 e 265. Dopo la svolta del 2006, fanno espresso impiego della causa concreta come funzione economico-individuale Cass., 25.5.2007, n. 12235, in NGCC, 2007, I, 1177 ss., con commento di F. Azzari, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il revirement della Suprema Corte*, ma solo per incidens; Cass., 24.7.2007, n. 16315, *ivi*, 2008, 531 ss., con commento di S. Nardi, *Contratto di viaggio «tutto compreso» e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; Cass., 20.12.2007, n. 26958, in *Corriere giur.*, 2008, 921 ss., con nota di F. Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*; Cass., 12.11.2009, n. 23941, in NGCC, 2010, I, 448 ss., con commento di C. Di Leo, *Contratto di assicurazione e causa concreta*; Cass., sez. un., 18.3.2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, 2460 ss., con nota di F.S. Costantino, *Adempimento di debito altrui, fallimento del «solvens» e revocatoria al vaglio delle sezioni unite (con chiose su «causa concreta» e vantaggi compensativi nelle operazioni di gruppo)* su cui v. anche F. Piraino, *L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 339 ss.

87 Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit., 147 ss., in part. 166.

88 M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, *passim*.

89 Una prospettiva, questa, nel diritto privato sviluppata con pienezza da M. Grondona, *Diritto dispositivo contrattuale*. Funzioni, usi, problemi, Torino, 2011, 221 ss. e da V. Calderai, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 176, 249, adottando il modello epistemologico imperniato sulla categoria della totalità, che dà vita così ad un'integrazione assiologia continua e costante e che ricostruisce i rapporti tra individuo e Stato non in termini di una relazione univoca ed esclusiva ma biunivoca ed inclusiva. Da ultimo v. anche la riflessione di V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, 463 ss. sul contratto come istituto e come istituzione.

Un punto di partenza adeguato<sup>90</sup> per cogliere l'evoluzione del concetto di causa è offerto dalle trattazioni di Domat e di Pothier, che – com'è sin troppo noto – in questo come in quasi tutti gli altri ambiti del diritto privato hanno influenzato la riflessione successiva e la predisposizione del *Code civil*, cui si deve l'espressa inclusione della causa tra i requisiti da cui dipende la *substantia actus*. Dopo la svalutazione groziana della causa a favore del *nudum pactum*, sorretta dalla convinzione che la promessa sia vincolante per legge di natura, Jean Domat ne “Della natura delle convenzioni e delle maniere onde si formano”<sup>91</sup> del 1689 e Robert Joseph Pothier ne “Della mancanza di causa nel contratto”<sup>92</sup> del 1761 riaffermano l'insufficienza della sola volontà di impegnarsi e la necessità che essa poggi su di un *fondement*: individuato, nei contratti di scambio, nel corrispettivo dato o promesso a colui che si impegna e, nella donazione, in *quelque motif raisonnable et juste*. L'opinione da cui si sono prese le mosse<sup>93</sup> ha svelato l'infondatezza della convinzione ancora oggi diffusa, se non addirittura consolidata<sup>94</sup>, secondo cui la tradizione di pensiero ottocentesca sia stata segnata dalla nozione soggettiva della causa e che quest'ultima si riallacci alle costruzioni concettuali di Domat e di Pothier<sup>95</sup>, trovando espressione nel riferimento all'obbligazione piuttosto che al contratto compiuto dagli artt. 1108 e 1131<sup>96</sup> *Code civil*.<sup>97</sup> Si è, dunque, al cospetto di un fraintendimento del pensiero dei due maggiori esponenti del razionalismo giuridico francese, giacché nel pensiero di entrambi i giureconsulti, la causa figura – forse con maggiore puntualità in Domat – in una duplice accezione. Per un verso, essa designa le condizioni oggettive del riconoscimento giuridico dell'atto di autonomia, ossia del conferimento a quest'ultimo della coercizione garantita dall'ordinamento così da assicurare la vincolatività giuridica della volontà individuale. In tale accezione essa figura nella fattispecie della “mancanza di causa”. Per altro verso, la causa indica le condizioni soggettive, o meglio concrete, in presenza delle quali le parti hanno deciso di contrarre e, dunque, individua la ragione soggettiva dello spostamento di ricchezza realizzato dal contratto, vista, per l'appunto, dalla veduta delle parti, designando così l'attitudine del singolo atto di autonomia a realizzare lo schema astratto cui le parti hanno deciso di fare ricorso. In tale accezione essa figura, invece, nella fattispecie della “causa falsa”.

90 Per spunti sulle epoche precedenti cfr. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 981 ss.

91 J. Domat, *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine*, I, ed. it., Pavia, 1895, 241-243.

92 R.J. Pothier, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*, I, ed. it., Napoli, 1832, 29.

93 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 6 ss.

94 Cfr. R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*<sup>3</sup>, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, I, Torino, 2004, 779.

95 Così G. Deiana, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 1 ss. e 105 ss.; M. Giorgianni, *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss.

96 Al quale corrisponde l'art. 1119 c.c. 1865.

97 Cfr. il quadro fornito da A. D'Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, 177.

Questa duplice direzione del giudizio incentrato sulla causa, ossia il doppio livello di valutazione, viene colto dai commentatori più sensibili del *Code civil*<sup>98</sup>; mentre non si può dire altrettanto della dottrina italiana successiva al codice civile del 1865, la quale ha invece smarrito l'originaria duplicità del ruolo della causa, isolando soltanto la funzione di "ragione soggettiva" e collegandone il carattere unilaterale al suo riferimento all'obbligazione piuttosto che al contratto<sup>99</sup>. In questo panorama incline al riduzionismo, si distingue – come di consueto – Giacomo Venezian per il quale la causa si collega all'insufficienza del principio del *solus consensus obligat*, giacché è l'ordinamento a fissare le circostanze in presenza delle quali il diritto conferisce all'atto di volontà la forza vincolante, mediante il riconoscimento della coazione legale. In quest'orizzonte concettuale, la causa indica proprio tali condizioni ed esprime l'esigenza sopraindividuale di promuovere la cooperazione tra le economie individuali, sicché essa va identificata con la reciprocità dei sacrifici e, dunque, dei vantaggi<sup>100</sup>. Si è sottolineato che nel pensiero di Venezian causa oggettiva e causa soggettiva non costituiscono due distinte realtà ma sono racchiuse in un medesimo presupposto che, però, esprime due diversi punti di vista, quello dell'ordinamento e quello dei contraenti: «quel sacrificio del destinatario della promessa o della controparte negoziale, che rappresenta la ragione che induce l'ordinamento a conferire valore vincolante alla promessa e all'accordo e che lo porta a sacrificare la libertà individuale per assicurare la funzionalità della circolazione delle risorse (= c.d. causa oggettiva), costituisce né più né meno che l'altra faccia del vantaggio che tuttavia il promittente o l'altro contraente trae dal ritrovarsi vincolato all'impegno assunto e che, ai suoi occhi, giustifica l'obbligazione così contratta (= c.d. causa soggettiva)»<sup>101</sup>.

Alla luce dell'evoluzione del pensiero giuridico, dalla riflessione giusnaturalistica del XVII e del XVIII sino al tempo attuale, emergerebbe che la causa costituisca un *quid*, un elemento del contratto, deputato a esprimere una duplice veduta: l'esigenza ordinamentale di vagliare la razionalità/ragionevolezza dell'accordo nell'ottica delle oggettive esigenze della circolazione della ricchezza, così da contrastare gli estremi dell'individualismo riassunti nel groziano *solus consensus obligat*, negando la vincolatività del nudo patto (causa oggettiva); e l'esigenza individuale che soggiace all'accordo, ossia l'individuale scopo che induce a vincolarsi (causa soggettiva)<sup>102</sup>. L'esaltazione tanto di un profilo quanto dell'altro, che ha caratterizzato il dibattito teorico e pratico sul tema nel corso del '800 e del '900, pecca per difetto, perché mutila il giudizio causale di un aspetto che, sin dalle origini della speculazione sulla causa, sono parse inscindibili: la giustificazione oggettiva del negozio sotto il profilo della sua ragionevolezza economico-sociale alla luce dei modelli organizzativi diffusi nelle singole epoche; l'idoneità

98 C.B.M. Toullier, *Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice*, III, Napoli, 1859, 326.

99 G. Lomonaco, *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, 1, Napoli-Torino, 1912, 178.

100 G. Venezian, *Causa dei contratti*, in *Opere giuridiche di Giacomo Venezian*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, 347 ss.

101 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 26.

102 A. di Majo, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 3.

concreta del singolo atto a dare luogo a quel modello di organizzazione che, per lo meno in astratto, il negozio si candida a realizzare.

Secondo tale prospettiva, nella dialettica tra ordinamento giuridico, *rectius* ordine giuridico “legislativo”, e autonomia privata la volontà individuale obbliga in quanto il diritto ha prima deciso di assumerla a contenuto di un proprio comando, stabilendo che la circolazione delle risorse venga mediata dal libero scambio, del quale la volontà è la forma giuridica. La conseguenza è che la causa si insedia pienamente nel dominio dell’ordinamento, rispondendo all’istanza superindividuale che gli spostamenti di ricchezza avvengano secondo i principi di sistema dettati dall’ordinamento giuridico. Se il principio di sistema diviene quello del libero scambio, la funzione di limite dell’autonomia privata propria della causa rischia di andare smarrita o – come pure si dice in dottrina – di finire sottotraccia qualora l’accordo delle parti rispetti il principio della convenienza individuale. Ne discende che i casi di “mancanza della causa” finiscono per identificarsi con le ipotesi marginali degli scopi futili e capricciosi; mentre conserva rilievo l’altro problema, quello della “causa falsa”, ossia putativa, il quale emerge quando si constati l’assenza nel singolo negozio della ragione per la quale si è contratto<sup>103</sup>. La causa riacquista il suo valore di limite quando al principio della convenienza individuale si affianca l’esigenza che la circolazione della ricchezza si conformi alle finalità politico-economiche dello Stato<sup>104</sup>. Da ciò l’enfasi sulla causa come funzione economico-sociale, ma, a ben vedere, rispetto al passato quel che muta è soltanto il parametro di riferimento del controllo di razionalità.

## 5. Segue: l’emersione della lettura funzionalistica

Com’è noto, a cavallo tra la fine del XIX sec. e l’inizio del XX sec. si registra un mutamento nella concettualizzazione della causa che si snoda lungo due tappe: il passaggio dalla causa dell’obbligazione alla causa del contratto e la sua torsione in termini più spiccatamente oggettivi e funzionalistici. E, tuttavia, è parso che il segnalato passaggio non faccia segnare una soluzione di continuità col passato, ma abbia piuttosto dato luogo ad una delle cicliche eclissi (per usare un’immagine di recente portata alla ribalta del diritto civile, per altri fini, da Carlo Castronovo<sup>105</sup>) di una delle due anime che convivono all’interno del requisito della causa<sup>106</sup>.

La prima compiuta rappresentazione della causa in senso oggettivo e funzionalistico nel dibattito italiano viene attribuita dalla dottrina specialistica<sup>107</sup> a Roberto de Ruggiero, il quale ravvisa nella causa il fine economico-giuridico che rappresenta la ragion d’essere del negozio e la identifica nell’ultima rappresentazione psicologica che precede la dichiarazione di volontà: la volontà del singolo diviene

103 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 33-34.

104 Barcellona, *ibidem*, 35.

105 Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., *passim*.

106 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 27.

107 G.B. Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. Ferri-C. Angelici, *Studi sull’autonomia privata*, Torino, 1997, 98.

operativa e vincolante solo se posta al servizio di uno scopo economico e sociale riconosciuto e garantito dal diritto<sup>108</sup>. Nella lettura dell'allievo si intravede l'impronta del Maestro, Vittorio Scialoja, il quale, in termini davvero innovativi per l'epoca<sup>109</sup>, assegna alla causa una rilevanza oggettiva, la quale indica l'utilità sociale dello schema contrattuale, coniugandola poi con l'essenza squisitamente volontaria del negozio giuridico. Scialoja chiarisce, infatti, che, in ogni negozio concreto, la causa obiettiva deve trovare rappresentazione nell'animo delle parti: «questa considerazione che l'animo dell'agente fa della causa obbiettiva, questo motivo prossimo della volontà, costituisce la *causa subbiettiva*»<sup>110</sup>. Anche in questa prima posizione funzionale si è correttamente ritenuto di rintracciare l'originaria duplice valenza propria della causa in precedenza segnalata: riconoscimento da parte dell'ordinamento ed effettiva funzionalità dell'atto<sup>111</sup>, giacché v'è una gradualità nel passaggio dallo scopo che induce ciascun contraente ad obbligarsi (causa dell'obbligazione intesa in senso soggettivo) al motivo prossimo coincidente con la ragione economico-giuridico-sociale del negozio sino alla funzione economico-sociale, quale ragione economico-giuridica del contratto<sup>112</sup>.

Il rapporto tra causa e funzione appare assai complesso, ma deve registrarsi al riguardo un'insufficienza dell'analisi scientifica sin qui condotta. Di recente, si è tentato di sopperire, argomentando che le due categorie vanno accostate sulla base della comune natura di dispositivi di giustificazione dello spostamento di ricchezza, ma vanno distinte, invece, per il diverso grado di analiticità del vaglio cui, per il loro tramite, può essere sottoposto l'atto di autonomia. Il giudizio fondato sulla causa si limita a verificare la reciprocità delle attribuzioni di ricchezza; mentre il giudizio fondato sulla funzione si spinge anche a verificare la natura della prestazione e della controprestazione e la *ratio* del loro incrocio. L'inserimento del concetto di funzione nella semantica della causa ha determinato, quindi, un incremento del tasso di analiticità del relativo sindacato<sup>113</sup>. Quest'approfondimento ha permesso di introdurre anche una razionalità diversa da quella del mero perseguimento dell'utilità individuale, ponendo il problema ulteriore del "merito" dell'agire negoziale, sicché il giudizio causale si incarica di verificare che la ragione

108 R. de Ruggiero, *Istituzioni di diritto privato*, Messina-Milano, 1937, 95-96.

109 Si tratta di una posizione abbastanza isolata e lo riconosce lo stesso Scialoja, *Negozi giuridici*, cit., 91, ed è stata successivamente fatta propria da V. Simoncelli, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Pavia, 1900, 794; Id., *Istituzioni di diritto privato*, Roma, 1917, I, 294; G. Venzi, *Note alle Istituzioni di Pacifici-Mazzoni*, 4° ed., 1904, 419 ss.; e sostanzialmente P. Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 115 ss. Di ciò dà conto anche P.G. Monateri, *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, 66.

110 Scialoja, *Negozi giuridici*, cit., 89-91, il quale prosegue: «La causa, dunque, sotto questo punto di vista è quel prossimo motivo dell'agente per il quale nell'animo suo si presenta precisamente l'intenzione diretta a quello scopo che è la causa obiettiva: è in altri termini la causa obiettiva in quanto è concepita e voluta dall'agente». Per. S. i motivi sono, dunque, giuridicamente irrilevanti, tranne il motivo prossimo della volontà che integra la causa soggettiva.

111 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 28.

112 Barcellona, *ibidem*, 32 nt. 64.

113 Barcellona, *ibidem*, 44.

sottostante all'impegno contrattuale non si esaurisca nella ricerca dell'interesse individuale, ma si estenda anche al perseguimento dell'utilità sociale.

All'appuntamento delle due codificazioni (civile e commerciale) la causa giunge con un forte carico di ambiguità: dalla duplicità di compiti che sin dalle prime elaborazioni viene riconosciuta alla causa – ossia la valutazione della virtuale razionalità/ragionevolezza alla luce dei paradigmi circolatori accolti dall'ordinamento, da cui dipende il riconoscimento della giuridicità del contratto, e la valutazione della concreta attuabilità degli spostamenti patrimoniali programmati – discendono, per scissione, le due concezioni della causa che hanno condizionato il successivo dibattito: la nozione oggettiva e quella soggettiva. E, tuttavia, secondo una lettura autorevole, il ruolo della causa non sarebbe comunque mutato, nonostante la varietà delle sue rappresentazioni, e andrebbe individuato nella preclusione di atti che mirino a scambiare una prestazione priva di valore d'uso oppure dotata di valore d'uso ma non anche di scambio, qualora la comunità di mercato lo escluda<sup>114</sup>. Ad ogni modo, la vera rottura rispetto al passato registratasi in quel torno d'anni è provocata dall'innesto nel discorso sulla causa della categoria della funzione economico-sociale, la quale ha consentito l'assoggettamento della causa al criterio dirigitistico di intervento diretto dello Stato nell'economia<sup>115</sup>.

La riflessione sviluppatasi intorno alla nozione di causa tra le due codificazioni trova significativi riflessi anche nei lavori preparatori per la riforma del codice civile<sup>116</sup>, da cui emerge la preoccupazione da più parti manifestata che il requisito dell'idoneità della causa – introdotto nell'art. 183 del progetto preliminare<sup>117</sup> a seguito delle osservazioni critiche espresse da Emilio Betti<sup>118</sup> sull'art. 182, che menzionava invece soltanto la causa lecita – potesse comportare un'eccessiva invasività del controllo giudiziale in vista del perseguimento degli specifici obiettivi dell'economia nazionale<sup>119</sup>. Preso atto dell'irreversibilità della scelta di politica del diritto di legare l'esercizio dell'autonomia privata a un criterio di orientamento ordinamentale, subordinandola alle direttive di politica economica e sociale dello Stato, Gorla tenta allora di sottrarre l'attributo dell'idoneità della causa alla contingenza, suggerendo di

114 Barcellona, *ibidem*, 51-52.

115 Barcellona, *ibidem*, 55-56.

116 Per un quadro sui lavori preparatori per la riforma del codice civile cfr. U. Salanitro, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2005, 144 ss.

117 L'art. 183, comma 1, prevedeva che «La causa del contratto deve essere lecita e idonea» e al comma 3 precisava che «La causa è idonea quando il contratto è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo i principi della Carta del lavoro e dell'ordinamento giuridico dello Stato». Il successivo art. 241 decretava la nullità del contratto in presenza, tra le altre ragioni, di una causa illecita o inidonea.

118 *Ministero di Grazie e Giustizia, Lavori preparatori per la riforma del Codice Civile. Osservazioni e proposte sul progetto del libro quarto. Delle obbligazioni*, I, Roma, 1940, 217.

119 Cfr. le opinioni di Antonio Motta e di Luigi Cariota Ferrara in *Ministero di Grazie e Giustizia, Lavori preparatori per la riforma del Codice Civile. Osservazioni e proposte sul progetto del libro quarto. Delle obbligazioni*, II, Roma, 1941, 378-379 e 385. Per non parlare delle prese di posizione ampiamente critiche sull'utilità della causa di Francesco Ferrara jr. e di Gino Gorla: cfr. in *Ministero di Grazie e Giustizia, Lavori preparatori per la riforma del Codice Civile. Osservazioni e proposte sul progetto del libro quarto. Delle obbligazioni*, I, cit., 218 ss.

circoscrivere il riferimento alla causa lecita e idonea ai soli contratti atipici, giacché in quelli tipici, per opinione largamente diffusa, la causa è *in re ipsa*, e proponendo di omettere il riferimento alla Carta del lavoro, in quanto inclusa nei principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato<sup>120</sup>. Alla fine, l'attributo dell'idoneità della causa è stato sostituito – com'è noto – da quello di “meritevolezza” dell'interesse, che è stato inserito nell'art. 1322, comma 2, c.c., collegandolo esplicitamente al campo dei contratti atipici, ed è stato correlato ai principi dell'ordinamento giuridico. Secondo una lettura pienamente condivisibile, la “meritevolezza” rappresenta, dunque, la rielaborazione di diritto positivo della precedentemente segnalata componente oggettiva del requisito causale: quella finalizzata a verificare l'oggettiva e astratta razionalità/ragionevolezza dell'atto di autonomia<sup>121</sup>. Come si è anticipato, l'innesto nella disposizione sull'ammissibilità di contratti innominati non sembra esprimere l'intenzione di un ridimensionamento del perimetro di giudizio causale sulla razionalità/ragionevolezza del contratto, ma dipende dal convincimento, allora diffuso, che i contratti tipici una tale razionalità la esibiscano di per sé, ossia che la causa idonea sia *in re ipsa*. Se ne trae conferma da taluni passaggi della Relazione del Ministro Guardasigilli al Re, dai quali trapela che la codificazione presuppone la bivalenza della causa, istituendo, dunque, entrambe le tipologie di giudizio che sin dall'origine sono demandate a tale requisito: con riguardo ai contratti atipici, il vaglio preordinato al riconoscimento della giuridicità del vincolo contrattuale da parte dell'ordinamento; e, con riguardo ai contratti tipici, considerata la superfluità della precedente indagine, la valutazione della concreta attuabilità della razionalità astratta iscritta nello schema contrattuale previsto dalla legge. Nell'ambito del giudizio causale, che pare concepito come unitario, fa capolino lo schema binario causa in astratto-causa in concreto<sup>122</sup>, che tanto successo ha poi riscosso specie in giurisprudenza: la nozione di causa si presenta ancora unica ma dà luogo a due distinti giudizi<sup>123</sup>.

120 Traggio l'informazione da Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 66-67. Nello stesso senso di Gorla si esprime Gino De Gennaro. L'innalzamento delle dichiarazioni contenute nella Carta del lavoro del 1927 al rango di principi generali dell'ordinamento giuridico fascista è avvenuto con la legge 30.1.1941, n. 14 (abrogata poi all'ambito dell'operazione di defascistizzazione attuata con il d.lgs.lgt. 14.9.1944, n. 287) a seguito di un dibattito sulla positivizzazione dei principi generali, avviato dal Ministro guardasigilli Dino Grandi e culminato nel convegno sui principi generali svoltosi a Pisa nel 1940, i cui atti sono contenuti nel volume *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, a cura di G.B. Funaioli, Pisa, 1943. Per una valutazione del convegno pisano e del successivo convegno linceo sul medesimo tema del 1991 cfr. S. Bartole, *I principi generali tra due convegni (1940-1991)*, dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, num. speciale, 3 ss.

121 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 67.

122 Sulla distinzione e sulla sua fortuna cfr. R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, *passim*, in part. 139 ss.; E. La Rosa, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, 35 ss.

123 Barcellona, *op. cit.*, 72 ritiene che «Quel che sembra certo è, però, che la percezione che quel Legislatore aveva di questa questione (e che [...] era abbastanza corrente in quel tempo), era che *la causa fosse unica*, che essa consistesse negli effetti giuridico-economici fondamentali programmati dal contratto (e cioè negli spostamenti patrimoniali connessi all'attribuzione di poteri e obblighi operata dall'atto di autonomia) e che, però, essa dovesse essere fatta *oggetto di due distinti giudizi* intesi, rispettivamente, a verificare (una *virtuale ragionevolezza* che, però, ora veniva assorbita nella *virtuale compatibilità* con i principi e gli orientamenti positivi del governo pubblico dell'economia e la *concreta attuabilità* (concepita come originaria producibilità del

E, tuttavia, il dibattito tanto precedente<sup>124</sup> quanto immediatamente successivo<sup>125</sup> alla codificazione si è incentrato sulla concezione oggettiva e funzionale della causa, riconosciuta da più parti in quella fatta propria dalla codificazione, il che ha riservato l'intero proscenio alla componente oggettiva del giudizio causale, oscurando invece la componente della concreta attuabilità del negozio. Le ragioni sono di ordine ideologico-valoriale e per lo più mirano a criticare la subordinazione della libertà individuale all'ordinamento giuridico che la nozione funzionale della causa avrebbe prodotto, contrapponendovi la concezione soggettiva che identifica la causa con l'utilità che ciascuna parte si ripromette di ricavare dalla prestazione dell'altra<sup>126</sup> o con l'intento pratico che la parte si prefigge di conseguire<sup>127</sup>. Com'è noto, la disciplina codicistica dell'autonomia privata è stata fortemente influenzata dall'impostazione di Emilio Betti ed è proprio a quest'ultimo che si è soliti collegare la concezione della causa come funzione economico sociale, nonostante la sua genesi sia precedente e il lavoro intorno ad essa abbia coinvolto vari autori. Probabilmente ha influito la partecipazione di Betti ai lavori preparatori del codice civile (in particolare proprio all'elaborazione del Libro IV), sebbene Egli non sia certo stato l'unico studioso della causa a prendervi parte né su tale vicenda Betti espresse un giudizio lusinghiero, considerandola anzi un'esperienza abbastanza deludente<sup>128</sup>. Con ogni probabilità, hanno giocato in tal senso soprattutto la sua autorevolezza e la vastissima eco riscossa dalla sua *Teoria generale del negozio giuridico*, inserita nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Filippo Vassalli, Torino, nella quale alla causa è dedicato il Capitolo terzo, *Funzione del negozio giuridico*<sup>129</sup>. Se non si può sostenere che la disciplina del contratto contenuta nel codice ricalchi le idee bettiane sul rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico, è però sua la prima e più fortunata trattazione teorica del negozio giuridico alla luce del nuovo codice e, pertanto, talune sue concettualizzazioni si sono sovrapposte alla regolazione codicistica, indirizzandone l'interpretazione. Un recente e assai acuto riesame del pensiero di Betti sulla causa ha svelato che la sintesi tramandata nella discussione successiva non coglie l'essenza della sua posizione e, in alcuni casi, addirittura la deforma. La concezione della causa di Betti non può essere, infatti, compresa appieno se non si muove dal duplice assunto che ne caratterizza la visione dei rapporti

programma economico-giuridico concordato)».

124 Cfr. Deiana, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, cit., 1 ss., 105 ss.; Motta, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 118 ss.; 141-142; E. Battistoni, *La causa nei negozi giuridici. Dal diritto intermedio al codice civile italiano*, Padova, 1932, 28-29; S. Malvagna, *Il problema della causa nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 225.

125 S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947, 13 ss., ora in *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, 105 ss. da cui le successive citazioni.

126 Battistoni, *La causa nei negozi giuridici*, cit., 69.

127 Motta, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 141 ss.

128 Cfr. M. Brutti, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, 85 ss.

129 E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1943, rist. anastatica Napoli 2002, a cura di G. Crifò e con introduzione di G.B. Ferri, 169-207.

che legano individuo, società e ordinamento giuridico: a) l'idea dell'antecedenza dell'ordine sociale rispetto all'ordine giuridico; b) e l'idea della permanente apertura dell'ordine giuridico all'ordine sociale<sup>130</sup>. Da ciò discendono due concetti cruciali nel sistema di Betti: a) la tipicità sociale e b) la meritevolezza dell'interesse<sup>131</sup>.

La tipicità che pervade la nozione bettiana di causa non è affatto collegata ai tipi legali ma agli assetti sociali già istituiti e collaudati e gli stessi tipi legali non sono altro che un *posterius* che riproduce, e al limite arricchisce, modelli di operazioni già strutturate sul piano sociale<sup>132</sup>. Tanto i contratti tipici quanto quelli atipici devono corrispondere ad una funzione social-tipica: per quanto concerne i primi, l'intento pratico delle parti deve collimare con tale funzione, astenendosi dall'abusare del tipo legale, come invece accade quando le parti sviano lo schema legale dalla funzione sociale cui è naturalmente preordinato<sup>133</sup>; per quanto concerne i secondi, l'intento pratico delle parti deve tradursi in un negozio che riproduca un modello di organizzazione sociale della circolazione della ricchezza, rivelando così la propria preordinazione al perseguimento di una ragione socialmente plausibile<sup>134</sup>. Il giudizio di corrispondenza alla funzione social-tipica è affidato al criterio della meritevolezza e dall'esito positivo di una tale verifica dipende il rivestimento dell'atto di autonomia della giuridicità conferita dall'ordinamento giuridico<sup>135</sup>. Il che testimonia quella subordinazione dell'ordine giuridico all'ordine sociale di cui si accennava in precedenza.

A dispetto dell'opinione comune, anche autorevolmente sostenuta<sup>136</sup>, che proietta l'edificio bettiano nella dimensione "statualistica", il cuore della teoria del

130 Per una messa a frutto dell'idea bettiana dell'antecedenza dell'ordine sociale a quello giuridico cfr. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*<sup>2</sup>, Napoli, 1969, rist. Napoli, 2008, 80 ss.

131 Barcellona, *Della causa*. Il contratto e la circolazione della ricchezza, cit., 80 ss.

132 Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 399 ss.

133 Betti, *ibidem*, 176, 182, 191.

134 Betti, *ibidem*, 400.

135 Betti, *ibidem*, 190.

136 G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 115. In realtà F. si riferisce soprattutto al contaminazione del problema della causa con quello del tipo. Il giudizio di F. sullo "statualismo" di Betti è però molto più articolato e se ne può ricavare un saggio dalla *Introduzione* alla ristampa corretta della II edizione de *Teoria generale del negozio giuridico* curata da Giuliano Crifò, Napoli, 1994. F. afferma che «Certamente Emilio Betti aveva una visione etica, alta e forte, dello Stato, come fonte formale, privilegiata, anzi sostanzialmente esclusiva, della produzione giuridica. In questo senso, lo possiamo anche considerare un fautore delle teorie statualistiche; ma lo era come può esserlo uno storico che, partendo dalla sua esperienza di ricerca, non può non aver constatato che la storia del diritto che s'impone all'attenzione e alle riflessioni dello studioso, si è sempre, in prevalenza (se non esclusivamente) identificata con la storia del diritto di un ordinamento statuale. E, tuttavia, l'apertura che egli propone, nella sua teoria generale del negozio, al mondo dei traffici, a quella realtà sociale, in cui le regole che i privati assumono hanno una originaria (a prescindere, dunque, da ogni intervento statuale) valenza impegnativa, che trova il sigillo, nobilmente morale, nella *bona fides*; quel suo riferirsi a questa realtà sociale, in cui una delle sanzioni, che conseguono alla violazione dell'impegno, è la perdita della stima e della credibilità (che comporta, necessariamente, l'emarginazione, nell'ambito del gruppo sociale cui appartiene, di colui che l'impegno non ha rispettato); tutto ciò, a mio giudizio, consente più di un dubbio sulla collocazione del pensiero e dell'opera di Emilio Betti,

negozio giuridico di Betti va individuata nella convinzione che l'autonomia privata è data o riconosciuta dal diritto non al servizio dell'individuo e della sua sovrana libertà, ma per la funzione sociale ed economica che essa assolve<sup>137</sup>. Tale funzione coincide con il perseguimento dell'interesse sociale alla circolazione delle risorse cui il mutamento delle situazioni materiali e giuridiche è finalizzato. La circolazione di ricchezza si rivela, infatti, a sua volta, necessaria al ricambio e al progresso sociale. L'interesse alla cui realizzazione l'autonomia privata è, dunque, preordinata presenta una triplice connotazione: a) è oggettivo, poiché non individuale e preesistente alle volizioni e determinazioni del singolo; b) è sociale, poiché scaturisce dall'esigenza della comunità di riprodursi e svilupparsi; c) e infine è tipico, poiché corrisponde a esigenze consolidate e stabili. E, pertanto, la causa diviene la giustificazione dell'atto di autonomia sotto il profilo della sua virtuale proiezione a soddisfare un interesse oggettivo, sociale e tipico, indicando, pertanto, la riconducibilità del negozio a un ordine diffuso e tipizzato dell'agire sociale<sup>138</sup>.

Le linee portanti della teorizzazione di Betti, smarrite nel dibattito successivo o, comunque, non adeguatamente evidenziate per quella odiosa tendenza alla semplificazione che banalizza, erano invece chiare a Salvatore Pugliatti<sup>139</sup>, il quale contesta proprio l'idea centrale dell'antecedenza dell'ordine sociale su quello giuridico, tacchiando di *contaminatio* la tesi della funzione economico-sociale sulla base dell'assunto teorico che la giurificazione degli interessi sociali implica la perdita della loro originaria configurazione a favore della valutazione e della conformazione giuridiche<sup>140</sup>. Ed è allora nell'orizzonte delle valutazioni giuridiche che anche la causa va colta, concepandola come funzione giuridica, ossia come sintesi degli effetti giuridici essenziali dell'atto e ciò determina la coincidenza della causa con la funzione dei

in un'area ideologica di rigida ed esclusiva osservanza statualistica. Con quanto andiamo dicendo, vogliamo sottolineare come sia necessario, comunque, riconoscere ad Emilio Betti, sia pure all'interno di siffatte tendenze ed aree ideologiche, una posizione di forte autonomia di giudizio, che gli ha sempre consentito, se non altro, di respingere ogni interpretazione miope o ottusa. [...] E così, se si preferisce continuare a considerarlo un fautore delle teorie statualistiche, dobbiamo, per onestà, dire che si tratta, pur sempre, di un fautore, veramente anomalo, se non eccentrico».

137 Per Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 983 nell'impostazione del problema della causa dalla prospettiva dei rapporti tra ordinamento giuridico e autonomia privata si annida una forte componente ideologica che sottrae alla causa un ruolo pratico e di tutela delle parti. Com'è noto, la prima critica in tal senso è stata formulata da G. Gorla, *Il contratto*. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico, I, Lineamenti generali, Milano, 1954, 203, 224-225, il quale, più in particolare, ritiene che «la teoria della causa come funzione economico-sociale è il prodotto [...] di nebulose astrazioni e di equivoche generalizzazioni». Il giudizio è però ingeneroso, come si è tentato di dimostrare *supra* nel testo. Nel solco tracciato da Gorla si è inserito Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 777 ss., ma già Id., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, vol. VI, t. II, Torino, 1975, 574 ss. Il giudizio di ideologismo nei confronti della concezione della causa come funzione economico-sociale è tuttavia assai diffuso: cfr. anche Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 252; Roppo, *Il contratto*, cit., 345-346.

138 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 81-82.

139 Pugliatti, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., 105 ss.

140 Pugliatti, *ibidem*, 109.

tipi legali<sup>141</sup>. Questa conclusione è attenuata dalla rilevanza assegnata da Pugliatti all'intento pratico, che può sospendere il contratto concretamente concluso fuori dallo schema legale e nel dominio dei contratti atipici<sup>142</sup>. Nella costruzione di Pugliatti la causa rappresenta una limitazione dell'autonomia privata, ma per lo più in negativo, giacché impedisce alla libertà delle parti di tradursi in manifestazioni non vagliate o selezionate dall'ordinamento giuridico<sup>143</sup>. Il controllo svolto dalla causa si traduce, quindi, nell'accertamento della corrispondenza dell'intento pratico dei contraenti con la funzione giuridica dello schema legale prescelto e, in tal modo, la causa esprime – capovolgendo il modello esplicativo bettiano – la supremazia dell'ordine giuridico su quello sociale e sulle determinazioni individuali.

In dottrina si è tuttavia segnalata come limite intrinseco di tale teoria la sua difficoltà di conciliare la nozione di causa come funzione giuridica con l'area dei contratti atipici<sup>144</sup>. Ad ogni modo, nonostante tale ultima concezione sia sorta in antitesi alla tesi di Betti della funzione economico-sociale, è possibile rintracciare un elemento che accomuna le due nozioni funzionalistiche: tanto Pugliatti quanto Betti delineano un concetto astratto di causa, in quanto in entrambe le declinazioni quest'ultima risulta comunque tipica, il che costringe ambedue a ricorrere al dualismo tra causa e intento pratico. Tale coppia categoriale, troppo a lungo trascurata, si pone in linea di continuità con la tradizionale duplice valenza della causa, di cui si sono rintracciate conferme sin da Domat e Pothier<sup>145</sup>.

La perdita di consapevolezza del significato più profondo che la formula “funzione economico-sociale” ha espresso nella riflessione precedente alla codificazione e poi nel pensiero di Betti<sup>146</sup> ha determinato che la successiva fortuna arrisa a tale formula, tanto in giurisprudenza quanto nella manualistica, abbia rappresentato nulla più che un *iuris praeceptum*, una sorta di vuoto ritornello privo di conseguenze applicative di un qualche rilievo. E, tuttavia, già negli anni '50 e '60 una nuova generazione di civilisti dedicatasi all'approfondimento del tema rivaluta la portata operativa della causa, e, secondo una lettura, questa più giovane leva risulta accomunata «dal rifiuto di una visione della causa come mero orpello dogmatico, al servizio

141 Pugliatti, *ibidem*, 116-117.

142 Pugliatti, *ibidem*, 119-120.

143 Pugliatti, *ibidem*, 117, 120.

144 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 93: «questo intendimento della causa come funzione giuridica del contratto ed il compito negativo, cui essa sarebbe deputata, di reprimere lo sviamento ad opera delle manipolazioni dei contraenti appare costruito, essenzialmente, sull'ipotesi dei negozi nominati, sicché, in ogni caso, resta da capire come questo paradigma si regga e possa funzionare quando lo si riferisca ai contratti innominati o, più in generale, al principio di libertà contrattuale e al giudizio di meritevolezza cui, *ex art.* 1322, comma 2, essa soggiace».

145 Barcellona, *ibidem*, 96.

146 Osserva U. Breccia, *Causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, in G. Alpa-U. Breccia-A. Liserre, *Il contratto in generale. Causa, contenuto, forma*, t. III, Torino, 1999, 19-20 che la nozione di causa come “funzione economico-sociale” viene abbracciata dai giudici e difesa anche da molti dottori senza per questo condividere affatto i «manifesti» dei redattori del codice e dei loro ispiratori. Nello stesso senso Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 983.

di istanze ideologiche»<sup>147</sup>. Della fondatezza di un tale giudizio si può però dubitare e nel duplice senso che la precedente riflessione non è stata ipotecata da eccessi di dogmatismo e di ideologismo, per lo meno se il riferimento è al pensiero di Emilio Betti, e che la successiva riflessione non ripudia affatto il metodo dogmatico né è estranea alle influenze ideologiche, per lo meno con riguardo alla rifondazione compiuta da Giovanni Ferri. Lo sforzo di esaltare la dimensione pratico-operativa della causa ha suggerito a Gino Gorla di identificarla con la *cause suffisante* e di esaurirne il ruolo sul piano della garanzia della serietà del vincolo<sup>148</sup>. L'orizzonte è parso in dottrina, per un verso, restrittivo per il naturale riferimento della *cause suffisante* all'obbligazione o, al limite, alla *promise* e per la marchiatura della causa con l'impronta ineluttabile del sinallagma<sup>149</sup>; e, per altro verso, destinato a produrre un'indebita generalizzazione, giacché la *cause suffisante* era riferita da Pothier ai soli *contrats de bienfaisance*, e, soprattutto, a smarrire il senso più profondo della concezione della causa come funzione economico-sociale, la quale, al pari della figura della *cause suffisante*, mira ad esigere una giustificazione degli spostamenti di ricchezza<sup>150</sup>.

Nel decisivo contributo di Michele Giorgianni viene compiuto un mutamento di paradigma che condiziona il successivo dibattito sulla causa e influenzerà la nozione che, allo stato attuale, gode di maggiore consenso. Per Giorgianni le concezioni funzionalistiche hanno avuto l'indubbio merito di evidenziare che lo spostamento patrimoniale tra i privati trova la propria giustificazione causale nello stesso negozio che l'ordinamento ha preventivamente riconosciuto degno di tutela, ma la successiva identificazione della causa col "tipo" negoziale<sup>151</sup> ha relegato in secondo piano tale principale e tradizionale funzione, piegando la causa all'esclusivo fine di fissare i limiti dell'autonomia privata e di regolarne, quindi, i rapporti

147 Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 983-984, la quale si riferisce agli studi di Giorgianni, *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, cit., 547 ss.; Gorla, *Il contratto*, cit., 57 ss., 162, 199; Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*.

148 Gorla, *Il contratto*, cit., 199. Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 792 ci rammenta che tutte le opere di Gino Gorla del periodo 1950-1970 vertono sui problemi legati alla causa: cfr. Gorla, *Causa, consideration e forma nell'atto di alienazione inter vivos*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, I, 341 ss.; Id., *Il dogma del «consenso» o «accordo» e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, I, 923 ss.; Id., *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, 28 ss.; Id., *Contratto a favore di terzi e nudo patto*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 585 ss.; Id., *Quid dei pacta adiecta ex intervallo? – Spunti per una ricerca comparatistica*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, 263 ss. Id., *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, *ivi*, 1967, I, 1497 ss.

149 Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 984.

150 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 104-105, il quale riconosce che, certamente, la nozione di causa come funzione economico-sociale sembra esigere come giustificazione degli spostamenti di ricchezza più di quello che richiede il puntello della *cause suffisante*, specie nella riformulazione contemporanea, «ma questo di più potrebbe ben costituire una differenza non qualitativa ma meramente qualitativa, della quale potrebbe non essere impossibile dar conto sulla base di un diverso quadro normativo».

151 Giorgianni, *Causa del negozio giuridico (dir. priv.)*, cit., 573 ritiene che le concezioni funzionalistiche hanno riversato nel recipiente della causa, forte di una tradizione bimillennaria, un contenuto diverso da quello da sempre suo proprio: quello «non sappiamo se più modesto o più essenziale, di giustificare di fronte all'ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all'altro».

coll'ordinamento giuridico<sup>152</sup>. Se la causa così intesa continua in effetti a indicare anche la giustificazione degli spostamenti di ricchezza nei negozi giuridici che recano in sé la loro giustificazione causale, essa non è in grado di svolgere alcun ruolo nelle c.d. prestazioni isolate, ossia nelle dichiarazioni negoziali che non portano inscritta al loro interno la giustificazione causale (l'adempimento del debito, il trasferimento al mandante del bene acquistato dal mandatario per conto del primo ma in nome proprio etc.), nelle quali la "causa" assume una doppia significazione: una soggettiva coincidente con lo scopo dichiarato e una oggettiva consistente nell'effettiva esistenza del rapporto esterno cui la prestazione si riallaccia e che giustifica lo spostamento patrimoniale che essa realizza<sup>153</sup>.

## 6. Segue: l'emersione delle letture individualistiche e il ruolo ordinante dell'interesse

La più recente fase della riflessione scientifica sulla causa si è incentrata proprio sulla sovrapposizione tra causa e tipo. Tale coincidenza rappresenta un dato storico del dibattito ma la sua diffusione, specie con riguardo alla nozione bettiana di causa, è stata propiziata secondo Mario Barcellona dalla progressiva perdita di coscienza dell'orizzonte teorico nel quale questa concezione funzionalistica è sorta: la priorità dell'ordine sociale e la necessaria corrispondenza ad esso dell'atto di autonomia al fine del riconoscimento della sua giuridicità legale, nonché la dialettica tra causa e intento pratico<sup>154</sup>. In effetti, tipo e causa costituiscono delle figure in parte eccentriche: il tipo fornisce, senza alcun dubbio, anche indicazioni sulla virtualità razionalità/ragionevolezza del contratto<sup>155</sup>, ma le ulteriori informazioni che offre

152 Giorgianni, *ibidem*, 562-564.

153 Giorgianni, *ibidem*, 567. Per G. la causa va identificata nella "funzione" del negozio causale e, nei negozi che non recano una propria specifica causa, nello scopo dichiarato o nel rapporto fondamentale cui esso rinvia (*ibidem*, 575). La costruzione teorica di G. è sostanzialmente accolta da E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, *passim*, in part. 175 ss., la quale non condivide, però, l'individuazione del rimedio in caso di illiceità della causa nella ripetizione dell'indebito, preferendo accedere alla nullità parificando così le conseguenze del difetto di causa nelle prestazioni isolate e nei negozi causali.

154 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 110-111.

155 E si tratta, peraltro, di indicazioni di massima, per nulla decisive, o comunque non tali da esonerare l'interprete dal giudizio causale in concreto, come ci ricorda, con enfasi e in maniera efficace, Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 787 quando, criticando l'assioma della presenza, per definizione, di una causa lecita nei contratti tipici che la dottrina è solita ricavare dalla tesi della funzione economico-sociale, osserva che «Non si ha paura del ridicolo: se vendo droga, il contratto dovrebbe avere causa lecita, perché è una compravendita, e assolverebbe alla funzione di scambiare merce contro prezzo, funzione espressamente approvata dal legislatore con l'art. 1470». Per di più, S. sottolinea che «I due teoremi: «la causa è propria del tipo», e «la causa è approvata dal legislatore nell'atto in cui il legislatore approva il tipo» vengono a produrre un terzo teorema «il contratto atipico è sospetto». L'appartenenza al tipo diventa una specie di polizza di assicurazione contro il sospetto di illiceità».

non hanno nulla a che vedere col giudizio causale, soprattutto sotto il profilo della concreta realizzabilità dell'operazione in astratto progettata<sup>156</sup>.

La successiva piega assunta dagli studi sulla causa è nota al grande pubblico ed è segnata dalla riconduzione della causa al piano degli interessi concreti perseguiti dalle parti, sulla base di un movimento efficacemente designato come «irresistibile ascesa della concezione individual-soggettiva della causa»<sup>157</sup>. La strategia che anima questa corrente di pensiero è tutt'altro che priva di implicazioni ideologiche, per quanto condotto dai principali esponenti con estremo rigore concettuale, e si colloca a pieno titolo nell'alveo del pensiero liberale. L'obiettivo primo è di ridurre il margine di apprezzamento degli atti di autonomia da parte dell'ordinamento giuridico, riducendo il vaglio di meritevolezza, ossia quello preposto a verificare la socialità del negozio, al mero controllo di legalità.

Com'è noto, il merito di aver percorso fino in fondo la strada della distinzione della causa dal tipo, identificando la prima con la funzione economico-individuale, spetta a Giovanni Ferri<sup>158</sup>, il quale conduce una serrata critica alla natura "sociale" del contratto che muove dalla convinzione che già nella "realtà materiale", ossia nella dimensione pregiudiziale, il negozio si configura come l'atto di un individuo, mosso da un interesse unicamente suo proprio e caratterizzato soltanto da una razionalità orientata allo scopo<sup>159</sup>. La portata "sociale" del negozio non si coglie nel singolo atto, ma si riallaccia alla sua possibile reiterazione da parte di altri individui, generando così "tipi" di azione, che non sono altro che strutture incentrate su criteri di normalità sociale<sup>160</sup>. La caratterizzazione del negozio nella "realtà materiale" come atto individuale condiziona anche la rappresentazione giuridica da parte dell'ordinamento, che, dunque, si limita ad assumere il negozio secondo la sua naturale struttura individuale fondata sull'interesse<sup>161</sup>. La ricezione in diritto del negozio giuridico prescinde, dunque, da una verifica della sua struttura, ossia dello schema negoziale, e dell'eventuale atipicità che la connota; ma si concentra sull'apprezzamento dell'interesse perseguito, che non deve culminare in una va-

156 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 187-189.

157 Barcellona, *ibidem*, 115 ss., il quale designa il presupposto ideologico-concettuale di questa linea di pensiero come antropologia individualistica.

158 Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*, in part. 170 ss. Cfr. anche, nella produzione minore, Id., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. 1865 al cod. civ. 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1986, 127 ss.; Id., *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, cit., 897 ss.; Id., *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò*, *ivi*, 2007, 659 ss.; Id., *Operazioni negoziali «complesse» e la causa come funzione economico individuale del negozio giuridico*, in *Dir. giur.*, 2008, 317 ss.; Id., *Equivoci e verità sul negozio giuridico e sulla sua causa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2008, 171 ss.

159 Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 208 ss. A tale premessa teorico-ideologica Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 122 obietta che la rappresentazione della società come una moltitudine indistinta di individui irrelati, unicamente animati dal loro interesse particolare, non riproduce la reale fisionomia delle formazioni sociali, in tutt'al più corrisponde all'orizzonte di senso istituito dal diritto moderno (cfr. Id., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 65 ss., 79 ss.).

160 Ferri, *ibidem*, 217 ss., 225 ss.

161 Ferri, *ibidem*, 204 ss.

lutazione sociale positiva ma soffermarsi sulla sua meritevolezza<sup>162</sup>. A tale criterio è improntato, infatti, l'art. 1322 c.c., che è sottoposto però ad una lettura secondo cui, sebbene i tipi legali e sociali, nello standardizzare determinate operazioni economiche, individuino gli interessi umani generalmente perseguiti mediante tali strutture come meritevoli, ci si deve però guardare dal far coincidere l'interesse perseguito dal contratto con quello connaturato a tali tipi, poiché proprio l'art. 1322 c.c. decreta che il contratto possa «anche realizzare interessi nuovi e diversi, purché siano meritevoli di tutela; e la realizzazione di questi interessi nuovi e diversi si può attuare, sia attraverso l'attribuzione di una nuova funzione alle strutture già tipiche, sia attraverso la creazione di nuove strutture»<sup>163</sup>. Sotto il primo profilo, non è infrequente che le parti introducano nel negozio tipico elementi extratipici, in tal modo innestando profili di interesse sconosciuti alla selezione di massima compiuta dal tipo negoziale, che, pertanto, non è in grado di assicurare di per sé la meritevolezza degli interessi sottesi al negozio, i quali devono allora essere saggiati dall'ordinamento nella loro concreta consistenza<sup>164</sup>. La funzione del tipo è allora esclusivamente quella di approntare la disciplina applicabile al contratto concretamente concluso in ragione della sua riconducibilità allo schema astratto delineato dal legislatore<sup>165</sup>. È alla causa che compete invece la valutazione della meritevolezza dell'interesse<sup>166</sup>, anche ove rivestito della struttura del negozio tipico, ed essa, proprio alla luce della sua direzione all'interesse concretamente perseguito dagli individui, va identificata con la funzione economico-individuale<sup>167</sup>. In quest'orizzonte concettuale, la causa esprime l'idea di una relazione e si incarna nella tensione dell'elemento della volontà verso l'elemento dell'oggetto, vale a dire nell'interesse che muove i contraenti agli effetti del contratto<sup>168</sup>, esprimendo il valore e la portata complessiva della regolazione conferita dalle parti all'operazione economica, per cogliere i quali è necessario tenere conto anche degli elementi "marginali" o "irrelevanti" per l'individuazione del tipo di appartenenza<sup>169</sup>. Come si è anticipato, i parametri del sindacato di meritevolezza dell'interesse perseguito rimangono con-

162 Ferri, *ibidem*, 224.

163 Ferri, *ibidem*, 251.

164 Ferri, *ibidem*, 253.

165 Ferri, *ibidem*, 252.

166 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 123 segnala che la concezione della causa come funzione economico-individuale non si pone uno dei problemi tradizionalmente affidati al dominio della causa: la giustificazione degli spostamenti di ricchezza da un soggetto a un altro affidata alla necessità che la volontà individuale esibisca una sua riconoscibilità oggettiva, ossia un *vestmentum*, come condizione del riconoscimento della tutela da parte dell'ordinamento. B. prosegue evidenziando che la causa quale funzione economico-individuale del negozio non si colloca agli antipodi rispetto alle concezioni funzionalistiche della causa, giacché anche queste ultime conoscono un accertamento in concreto che si attua, nella costruzione di Betti, nella fattispecie dell'"abuso del tipo" e, in quella di Pugliatti, nella fattispecie della «distinzione tra nozione di causa ed accertamento in concreto della sua esistenza e liceità». Centrale a tali fini, in entrambe le teorie, è la nozione di intento pratico (*ibidem*, 124).

167 Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 254.

168 Ferri, *ibidem*, 370 ss.

169 Ferri, *ibidem*, 371.

finati per la dottrina in esame nell'area della liceità e vanno individuati nelle norme imperative, nell'ordine pubblico e nel buon costume di cui all'art. 1343 c.c.<sup>170</sup>. In definitiva, la causa indica l'elemento di collegamento della regola negoziale ai suoi autori e si indentifica con l'espressione oggettivata delle finalità soggettive di questi ultimi<sup>171</sup>, esprimendo la dimensione razionale e ragionevole (*Zweck* ed insieme *Grund*, se così si può dire) della particolare regola negoziale<sup>172</sup>.

I successivi sviluppi delle concezioni individualistiche, pur richiamandosi alla concezione della causa come funzione economico-individuale<sup>173</sup>, ne smarriscono in parte il senso nel passaggio in cui fanno coincidere tale ragionevolezza colla necessità che il contratto, in ultima analisi<sup>174</sup>, risponda a un interesse dei contraenti<sup>175</sup> oppure che sia volto a procurare un vantaggio, foss'anche di carattere empirico<sup>176</sup>. Più in particolare, la centralità dell'interesse è predicata sul presupposto che la causa consista nell'elemento che giustifica il sacrificio dell'uno e/o dell'altro contraente<sup>177</sup> e che, pertanto, il suo ambito di applicazione sia quello dei contratti interessanti<sup>178</sup>; mentre al di fuori di tale campo non sia possibile rintracciare una causa oggettiva, la quale è sostituita da una causa soggettiva, che però esige il puntello della forma o della consegna<sup>179</sup>. L'identificazione con l'interesse, o con il vantaggio, determina un sostanziale appassimento della causa ad elemento di natura squisitamente descrittiva, funzionale quasi esclusivamente allo svolgimento del giudizio

170 Ferri, *ibidem*, 406, il quale precisa inoltre che «ordine pubblico e buon costume non hanno la funzione di dare rilievo alle esigenze e alle esperienze della realtà sociale, non servono ad inserire nell'ordinamento l'apporto diretto e vitale della realtà sociale; essi hanno, come funzione, quella di rappresentare un criterio di valutazione della realtà. Essi sono *dalla parte* dell'ordinamento e non *dalla parte* della realtà; e appunto per questo, sono collocati, con un analogo ruolo, accanto alle norme imperative, accanto alle norme cioè che hanno carattere vincolante assoluto» (*ibidem*, 408).

171 G.B. Ferri, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in *Manuale dir. priv. eur.*, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 459.

172 G.B. Ferri, *La causa nelle teoria del contratto*, in G.B. Ferri-C. Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 100 e così anche C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 107.

173 Abbastanza apertamente Roppo, *Il contratto*, cit., 346; in maniera più sfumata Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 781, 787.

174 In ultima analisi perché Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 793 ss. ritiene che la causa sia un dato certo in presenza della reciprocità delle prestazioni, ma la causa sussiste anche quando il sacrificio grava su una sola parte: «in tal caso diremo [...] che opera una causa quando il soggetto del sacrificio abbia interesse alla conclusione del contratto, alla sua efficacia, o alla prestazione».

175 Sacco, *ibidem*, 795.

176 Roppo, *Il contratto*, cit., 350.

177 Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 792.

178 Sacco, *ibidem*, 796 sottolinea – e il passaggio mi pare cruciale – che «Qui, la parola “interesse” è ben fondata nell'uso linguistico, poiché si è parlato da sempre, in questo senso, di “promesse interessate”. Ma non bisogna, ora, adorare la parola. Chi stipula un contratto per la pubblicità di un prodotto deve adempiere al pattuito anche se il prodotto non esiste, o se appartiene al suo concorrente; l'interesse non deve essere valutato in concreto, e inoltre lo stipulante non ha l'onere di fare accertamenti [corsivo mio]».

179 Sacco, *ibidem*, 798-799.

di liceità e, al limite, a puntellare l'impegno espresso nella dichiarazione negoziale rendendolo vincolante. Se ne trae una conferma dal giudizio espresso da un'opinione assai autorevole con l'obiettivo – peraltro condivisibile – di respingere i ricorrenti tentativi delle tesi anticausalistiche di rinunciare alla causa. «L'identificazione della causa concreta nell'interesse che il contratto è diretto a realizzare rende improponibile la tesi che vorrebbe cancellarla. La causa non può essere cancellata in quanto è sempre riscontrabile un interesse alla cui realizzazione il contratto è finalizzato»<sup>180</sup>. Se coincide coll'interesse o col vantaggio, la causa finisce per risultare connaturata in qualunque atto di autonomia<sup>181</sup> e, soprattutto, rischia di esaurirsi nella sua componente soggettiva e il relativo giudizio nell'accertamento dalla falsità della causa o della sua illiceità. Viene però dispersa così la componente più apertamente oggettiva: quella che istituisce il problema della mancanza di causa, e che mira a rivestire il nudo accordo di un segno di riconoscimento sociale della razionalità/ragionevolezza del negozio. Ed è proprio a questa dimensione che va ascritta la conservazione nel concetto di causa del riferimento alla funzione, la quale richiama la veduta oggettiva sulle finalità della regola negoziale. Nonostante l'autorevole stroncatura secondo cui la «concezione della causa come funzione porta con sé quanto occorre per autodistruggersi»<sup>182</sup> in quanto per lo più essa finisce per duplicare il contenuto del contratto<sup>183</sup>, va invece riaffermata la centralità della nozione di funzione, legata alla sua idoneità a evocare la necessità giuridica di un riconoscimento sociale dell'atto di autonomia

L'ancoraggio della causa all'idea della funzione non implica per necessità logica l'idea del controllo pervasivo né matura in una rappresentazione dirigistica e paternalistica dell'autonomia privata<sup>184</sup>; ma, semplicemente, pone l'esigenza che quest'ultima si espliciti secondo forme che, quando innovative o addirittura inedite<sup>185</sup>, vengano allora congegnate in maniera tale da raccogliere il consenso sociale,

180 Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 267.

181 È davvero singolare che quella mossa *supra* nel testo corrisponda alla critica sollevata da Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 782, 785 alle tesi della causa come funzione.

182 Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 781.

183 Sacco, *ibidem*, 785-786 ritiene che sia «precisamente figlia di questa concezione della causa [quella funzionalistica: n.d.a.] l'idea per cui la donazione ha come causa il donare, l'alienazione ha come causa il trasferire, il patto di prelazione ha come causa il far nascere la prelazione, la procura ha come causa la costituzione del potere rappresentativo. Il giurista sembra qui procedere come l'ubriaco che vede doppio; egli vede il contenuto del negozio come causa di se stesso! E proprio questo esito invoglia a ricordare una volta di più che la funzione dell'atto, misurata nel momento della stipulazione, è soltanto ciò che le parti dichiarano di volere; e, misurata a negozio avvenuto, è soltanto l'effetto giuridico della fattispecie». Il discorso è ineccepibile, ma lo stesso S. sembra poi farsi irretire dall'irresistibile *vis attractiva* della funzione quando deve individuare la causa della promessa di fornire una garanzia o dell'atto di concessione della stessa da parte di un terzo, ovviamente in entrambi i casi senza previsione di un corrispettivo (*ibidem*, 797).

184 Così Roppo, *Il contratto*, cit., 346.

185 È troppo indulgente, o comunque troppo ottimista, Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 787 quando si sbilancia nell'affermare con una certa perentorietà che il «contratto atipico è concluso da chi realizza forme di cooperazione umana che il legislatore, perché torpido, non ha saputo concepire, e che la legge scritta, perché obsoleta, non ha registrato».

presentandosi, se non addirittura idonee a favorire la coesione della comunità, per lo meno utili perché tese ad offrire una migliore organizzazione dei rapporti tra soggetti. In altri termini, pur essendo plasmata dalle parti in quanto funzione individuale, la causa impone alle stesse di considerare anche i riflessi sociali della loro autodisciplina, sottraendo il contratto all'esclusiva prospettiva individualistica e richiamando la dignità, ma anche la responsabilità, di *cives* dei contraenti, i quali non possono, dunque, pensarsi e agire come individualità irrelate. In questa configurazione, la causa non si rivela uno strumento né di controllo sull'autonomia privata preordinato a negare la rilevanza giuridica ai contratti iniqui, perseguendo così l'obiettivo – peraltro assai controverso – della «giustizia contrattuale»<sup>186</sup>, né di rifiuto serio dei contratti animati da finalità futili. La causa si concentra, infatti, sull'obiettivo della condivisione sociale degli schemi regolativi della materia patrimoniale. Andrebbe, dunque, riconsiderata l'idea di utilità sociale, sotto la cui egida, peraltro, l'art. 41, comma 2, Cost. pone l'esplicazione dell'autonomia privata<sup>187</sup>, la quale non comporta – come in effetti è accaduto in passato<sup>188</sup> – la funzionalizzazione del contratto alle linee di politica economica dello Stato, autorizzando forme corpose di intervento pubblico finalizzate a conformare il contenuto del contratto; ma si limita a proiettare l'atto di autonomia nella dimensione della socialità: o nella versione minimale dell'attenzione per l'affidamento dei terzi o nella versione più sostanziosa della considerazione della desiderabilità sociale del regolamento privato<sup>189</sup>.

186 Il tema è variegato, anche per una certa oscillazione dei significati attribuiti alla formula «giustizia contrattuale». Per una prima ma essenziale informazione cfr. V. Scalisi, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 337 ss.; G. Vettori, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 53 s.; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, § 4 in corso di pubblicazione (la cui lettura mi è stata consentita dalla cortesia dell'a.); V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, 447 ss.; nonché F. Piraino, *La questione della «giustizia contrattuale»*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 233 ss. Sul rapporto tra la causa e l'obiettivo della «giustizia contrattuale» cfr. soprattutto E. Navarretta, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.

187 Lo ricorda ancora di recente – e in maniera efficace – Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 253; ma v. anche Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 97 ss.

188 Per quella fase dei rapporti tra autonomia privata e ordinamento dello Stato cfr., soprattutto, P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, *passim*, in part. 21 ss. e M. Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, rist. anastatica Napoli, 2011, *passim*, in part. 87 ss. Per una ricostruzione di quell'epoca cfr. F. Macario, *L'autonomia privata*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 138 ss.

189 Ecco perché si rivela troppo perentoria la conclusione di Roppo, *Il contratto*, cit., 346: «L'idea che il contratto privo di una positiva, specifica utilità sociale vada disapprovato e represso è un'idea illiberale, che corrisponde a una concezione dirigistica e paternalistica dell'autonomia privata, in definitiva negatrice dell'autonomia stessa. Deve preferirsi l'idea che i contratti socialmente dannosi vanno certamente disapprovati e che i contratti socialmente utili vanno certamente approvati e lodati; ma che fra gli uni e gli altri possano esistere contratti socialmente indifferenti (né utili, né dannosi) che, se non meritano di essere lodati, neppure meritano di essere repressi, ma certamente meritano di essere tollerati. L'ordinamento non può negare loro il riconoscimento e la protezione che si dà ai contratti leciti: anche se perseguono interessi e finalità socialmente

Di recente, è stata correttamente messa in dubbio l'idoneità del criterio dell'interesse a fungere da filtro e, dunque, ad attuare il giudizio di razionalità/ragionevolezza giacché il «riferimento all'interesse o al vantaggio è, però, di solito accompagnato da una serie di precisazioni che sembrano metterne fortemente in discussione la reale efficacia selettiva»<sup>190</sup>. Secondo la teoria della causa come ragionevolezza del negozio collegata alla sussistenza di un interesse, quale che esso sia, sarebbe sufficiente ai fini della sua esistenza riscontrare un interesse di fatto, anche soltanto putativo, per avventura finanche futile o macroscopicamente sproporzionato rispetto al sacrificio cui la parte che l'esprime è disposto a sottoporsi. In dottrina tale concezione della causa viene presentata come l'accertamento di una ragionevolezza "minimale e laica" dell'atto di autonomia, refrattaria a qualunque forma di controllo dello scambio secondo una reale razionalità economico/funzionale<sup>191</sup>. In tal modo, però, la logica simbolica del consenso sembra prevalere su quella del mercato, al punto da inaugurare l'era del nudo patto. E le ragioni a sostegno di un tale impoverimento della causa sino al limite del suo assorbimento nella forza assolutizzante della volontà di vincolarsi sono parse nulla più che luoghi comuni e individuate: a) nell'influenza ancora esercitata, per l'appunto, da quella logica simbolica della volontà di cui non si riesce a cogliere in modo adeguato il necessario rapporto con la logica funzionale del mercato; b) nella propensione all'elaborazione di definizioni dogmatiche che, operando generalizzazioni senza discernimento, si prestano a costruire unificazioni senza spiegarne le ragioni; c) nel pregiudizio ingenuamente liberale che spinge a santificare il "laissez faire" anche quando animato da finalità che si rivelano nocive per quell'ordine che fa del mercato il veicolo di una razionalità generale centrata sulla libertà<sup>192</sup>.

## 7. Segue: la concezione della causa come elemento istitutivo di un giudizio sull'autonomia privata e il parametro funzionale della razionalità mercantil-utilitaria

La più recente riformulazione del concetto e della funzione della causa segnala che, dal punto di vista storico, tale "requisito" si incarica di verificare che l'agire interessato degli individui adotti meccanismi di circolazione della ricchezza che, tanto in astratto quanto in concreto, rispettino una razionalità sociale – individuata in quella mercantil-utilitaria – tanto da rendere l'atto individuale accettabile e, come tale, riconoscibile come giuridicamente vincolante<sup>193</sup>. L'utilitarismo è – com'è sin troppo noto – la concezione filosofica della giustizia che, per lo meno dal XVIII

futili. [...] In questa logica, "interessi meritevoli di tutela" ex art. 1322<sup>2</sup> sono *tutti quelli che, pur privi di positiva utilità sociale, non siano neppure socialmente dannosi e perciò illeciti*».

190 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 191.

191 C. Scognamiglio, *Il problema della causa: la prospettiva del diritto privato europeo, in Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 327 ss., in part. 336.

192 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 194-195.

193 Barcellona, *ibidem*, 185 ss.

sec. – ossia nella versione moderna da Jeremy Bentham in poi – individua il giusto in ciò che incrementa la felicità degli esseri sensibili, la cui misura è rappresentata dall'utilità. L'opinione in esame ricorda che l'utilitarismo poggia sulla seguente equazione: «che a guidare l'azione di ognuno è/deve essere la massimizzazione dell'utile e che, però, l'utile consiste in quel che dà felicità e che, perciò, la sua massimizzazione consiste nella produzione della maggiore felicità possibile per il maggior numero possibile di persone»<sup>194</sup>. Le difficoltà, se non addirittura la vera e propria aporia, con cui si scontra questa corrente filosofica va ricollegata all'opinabilità di quel che si rivela atto a conferire felicità e, dunque, alla difficoltà di reperire un metro adeguato e condiviso per misurarla. Da ciò discende questa catena di inferenze: la felicità va individuata in ciò che dà piacere, il piacere consiste nel soddisfacimento di un interesse, l'interesse è espresso dall'individuo. Questa serie di correlazioni dovrebbe condurre, infine, al mutamento dell'impulso individualistico nel bene comune, ma l'obiezione diffusa si interroga su come si possa dal sentimento egoistico che muove il singolo giungere all'altruistica disponibilità al perseguimento dell'utile di tutti. Una delle critiche più radicali contesta al pensiero utilitaristico di rivelarsi un progetto di perseguimento della moralità dall'amoralità cui si oppone «l'evidenza per cui è impossibile convincere razionalmente dei soggetti umani che dovrebbero essere morali e virtuosi se non lo sono virtualmente fin dall'inizio»<sup>195</sup>. A queste difficoltà e alla segnalata aporia la modernità ha reagito con la radicale riduzione dell'ancor indeterminato interesse egoistico al mero interesse economico e con l'elezione del mercato a *medium* (almeno in spirito) universale delle relazioni sociali<sup>196</sup>. Si realizza così l'antropologia dell'*homo oeconomicus*, compiuta tramite l'identificazione dell'interesse egoistico con quello economico, il cui effetto è l'espunzione di interessi di altra natura, legati a valori o ad altre idealità di natura non materialistica. L'opinione in esame sottolinea che con una tale mossa viene superata l'intrinseca controvertibilità di quel che è preferibile, vale a dire dell'utile, e lo si rende calcolabile tramite la sua convertibilità in danaro e così «l'universalizzazione del dispositivo di mercato sembra poter rendere inconfutabile, attraverso la metafora della *mano invisibile*, l'elevazione della “naturale” attitudine egoistica dell'uomo a latrice di una generale e virtuosa razionalità sociale»<sup>197</sup>. Al di là di ciò che ognuno possa filosoficamente ritenere di una tale strategia, l'opinione in esame muove dall'assunto che sia «indiscutibile che su di essa si è costruito l'ordine moderno, e con esso l'ordine del contratto: l'art. 1321 sta ancora lì a ricordarlo, prescrivendo che in tanto l'accordo si può chiamare contratto ed avere “forza di legge tra le parti” (art. 1372), in quanto costituisca, regoli o estingua un “rapporto giuridico patrimoniale”, ossia una relazione tra le parti che muova la loro ricchezza e che tra di esse la faccia circolare secondo la ragione mercantile»<sup>198</sup>. È, dunque,

194 Barcellona, *ibidem*, 196.

195 A. Caillé, *Critica della ragione utilitaria*, Torino, 1991, 132.

196 In tal senso, M. Weber, *Osservazioni preliminari a L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, in *Sociologia delle religioni*, I, Torino, 1976, 92-93.

197 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 197.

198 Barcellona, *ibidem*.

in questa razionalità che deve iscriversi l'atto di autonomia e la causa rappresenta il veicolo per controllare il rispetto di un tale paradigma. In altri termini, l'atto di autonomia deve rispettare un modello di organizzazione sociale che consiste in un rapporto oggettivo e oggettivamente intelligibile tra il perseguimento di uno scopo economico (ossia l'acquisizione di una risorsa di cui non si dispone), i mezzi prescelti per conseguirlo (un'azione rivolta a chi dispone della risorsa desiderata e finalizzata ad ottenere il permesso/consenso a permettergliene l'acquisizione) e le conseguenze che a tali mezzi sono *ex ante* accreditabili (l'esclusiva attitudine di tale permesso/consenso a rimuovere il limite all'acquisizione della risorsa). Ovviamente a tale paradigma deve improntare la propria attività anche chi disponga della risorsa e si trovi interpellato per fare acquisire a controparte la disponibilità<sup>199</sup>. Il modello si presenta, pertanto, bilaterale: una risorsa passa da un soggetto ad un altro solo in ragione del cammino inverso compiuto da un'altra risorsa qualitativamente e quantitativamente diversa (*do/facio ut des/facias*). Il contratto deve promuovere una circolazione reciproca della ricchezza, la quale delinea le condizioni basiche del paradigma utilitaristico, che alla causa compete di verificare<sup>200</sup>. Una verifica che, peraltro, si svolge per lo più in negativo, perché volta ad appurare che non sussista un qualche elemento o una qualche condizione che comporti l'esclusione o la deviazione dal "calcolo economico" nel quale si riassume l'"orientamento economicamente razionale" per usare le parole di Max Weber<sup>201</sup>.

La tesi in esame riconosce, quindi, alla causa il compito di saggiare la sussistenza delle condizioni basiche per il rispetto del paradigma mercantil-utilitaristico e tali condizioni vengono individuate: a) nella contemplazione di un *quid* concepibile come risorsa giuridica di cui mediante il contratto si vuole trasferire il potere di disposizione; b) nell'effettiva efficacia attributiva del dispositivo negoziale<sup>202</sup>. In quest'ottica, il giudizio causale così formulato ha il pregio di recuperare forma di apprezzamento da esso istituita all'ordine delle valutazioni interne all'ordinamento giuridico: il paradigma mercantil-utilitaristico impone di prendere in considerazione le forme giuridiche. A differenza delle correnti che riconnettono la causa alla sussistenza di un interesse, e dunque al tornaconto delle parti, il che significa a un criterio eminentemente fattuale, la concezione della causa come verifica del rispetto del modello mercantil-utilitaristico, postulando uno spostamento di ricchezza, mira a verificare che ne sussistano le condizioni giuridiche. In particolare, il giudizio causale mira ad accertare se in capo ad una parte vi sia una situazione di appartenenza o un potere comunque interdittivo rispetto a un'entità che può essere fatta propria, i quali, grazie al contratto, possano essere disattivati in capo al dante causa e riattivati in capo all'avente causa<sup>203</sup>. La risorsa la cui disponibilità viene trasferita deve, allora, essere "giuridica" e non soltanto "economica". La materia dedotta ad oggetto delle situazioni giuridiche di appartenenza non si dà in natura né si attinge

199 Barcellona, *ibidem*, 197-198.

200 Barcellona, *ibidem*, 198.

201 Weber, *Economia e società*, I, cit., 57.

202 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 202-204.

203 Barcellona, *ibidem*, 204-205.

da qualche definizione scientifica, ma consegue ad un processo sociale che consiste nel dare al valore d'uso di un'entità un valore in danaro nell'ambito di uno scambio: «Signore del valore d'uso è, allora, il valore di scambio, e cioè il mercato»<sup>204</sup> e si tratta di un processo evolutivo che si sviluppa sulla base dell'interazione di immaginario sociale e prassi di mercato<sup>205</sup>.

La solo apparente regressione della *causa negotii* che più volte ha fatto gridare alla morte della stessa o al suo assorbimento in altri requisiti del contratto<sup>206</sup> è invece una diretta conseguenza della progressiva espansione del mercato, che conquista a sé sempre nuovi valori d'uso<sup>207</sup>. Il filtro del giudizio causale, però, resiste, continuando a giocare un ruolo<sup>208</sup>. Da ciò la conclusione secondo cui «Non è la causa che è morta ma, semmai, è lo spazio della mancanza di causa che vieppiù si restringe con la dilatazione di quel che viene assumendo la qualità sociale di merce»<sup>209</sup>.

## 8. Critica e riformulazione

Lo studio dell'evoluzione del pensiero intorno alla causa e l'analisi del valore e delle implicazioni legati alle diverse concezioni che si sono nel tempo succedute hanno offerto indicazioni sufficienti per provare a elaborare una nozione di causa del negozio<sup>210</sup> idonea a rappresentare, in maniera adeguata, la relazione tra autonomia privata ed ordini giuridici eteronomi e a risolvere le principali questioni di governo della libertà dei privati nel dare assetto e disciplina ai propri interessi. L'intera riflessione sul negozio giuridico e sul contratto è costellata dalla ricerca dell'equilibrio, variamente modulato a seconda delle stagioni e delle ideologie, tra la soggettività della volontà e l'oggettività di un puntello estrinseco che limiti la prima e ne consenta un controllo.

A dispetto delle ricorrenti campane a morte, la causa continua ad assolvere un'essenziale funzione che giustifica ampiamente la sua conservazione nella

204 Barcellona, *ibidem*, 211. Per una diversa lettura del processo di reificazione e delle sue caratteristiche sia concesso il rinvio a F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 459 ss.

205 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 212.

206 L'ultimo in ordine di tempo è quello di Girolami, *L'artificio della causa contractus*, cit., 209 ss.

207 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 215.

208 Si pensi al noto caso del contratto di protezione astrale, dichiarato nullo da App. Genova 19.1.1996, in *Giur. it.*, 1998, 1173 ss. e Trib. Salerno, 13.2.1993, in *Giust. civ.*, 1994, 1401 ss.: la nullità di un tale contratto dipende infatti, secondo Barcellona, non tanto dalla sua sconvenienza sociale quanto piuttosto dalla sua inutilità sociale.

209 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 217.

210 Va segnalato che una parte della dottrina circoscrive la rilevanza della causa ai contratti e alle c.d. prestazioni isolate: cfr. Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, I, cit., 785-786, il quale, nell'ambito della critica della causa come funzione, afferma che l'assegnare una causa anche ai negozi non contratti, specialmente ai negozi per causa di morte e agli atti semplici «non può piacere, perché la storia millenaria delle idee ci ha insegnato che fuori del contratto e dell'atto solutorio l'idea della causa non ha nulla da dire».

teoria generale del negozio giuridico e del contratto, oltre che nello strumentario concettuale del giurista europeo. Tale funzione va individuata nell'assicurare la percepibilità in termini oggettivi dell'atto di autonomia, non essendo sufficiente la mera volontà di impegnarsi ad una determinata regolazione, alla quale si deve affiancare un ulteriore requisito di oggettività che esprima, in forma sintetica, il senso complessivo dell'operazione negoziale. La funzione in esame può essere indicata ricorrendo al concetto di *vestmentum*, di cui l'atto di autonomia deve essere ricoperto. L'esigenza che all'intento di vincolarsi, ossia all'accordo, alla regolazione diffusa, vale a dire alla c.d. *lex contractus*, detta anche regolamento contrattuale, e al complesso delle modificazioni programmate dal regolamento, ossia all'oggetto, si affianchi anche un elemento di sintesi che esprima l'essenza e la direzione degli altri tre elementi si rivela indispensabile. In primo luogo, e in via principale, la sintesi realizzata dalla causa si rivela imprescindibile al fine di rendere agevolmente riconoscibile e inquadrabile dai terzi e dagli organi della giurisdizione l'atto di autoregolazione e ciò per rispettare l'essenziale esigenza di immediata percepibilità che è connaturata al diritto come fenomeno regolativo. Giusto per scongiurare obiezioni diffuse ma per nulla decisive<sup>211</sup>, la sintesi esplicativa e conoscitiva in cui si traduce non implica che la causa vada specificata all'interno del regolamento contrattuale o dichiarata espressamente, nel caso di contratti verbali o per fatti concludenti, perché è evidente l'ineffettività di una tale pretesa: l'esperienza dei traffici è inequivocabile nel decretare che l'indicazione esplicita della causa è assai infrequente, visto che tale non si può ritenere la proclamazione del titolo compita dalle parti. Né, d'altro canto, il codice civile prescrive tanto, dato che all'art. 1325 esige che la causa vi sia e non anche che sia specificata. Ciò non significa che la causa assuma, allora, i contorni di un requisito logico: essa rappresenta una necessità giuridica che si collega all'imposizione di un piano del giudizio delle forme di esplicazione dell'autonomia privata<sup>212</sup> alla cui effettuazione è funzionale proprio quel dato di pronta conoscibilità e di inquadramento cui la causa rimanda in qualità di condizione istitutiva per il riconoscimento della vincolatività giuridica, espressa con la metafora della "forza di legge" adoperata dall'art. 1372 c.c. Non è certo accidentale che il

211 Girolami, *L'artificio della causa contractus*, cit., 4 ss.

212 Uno dei primi e più lucidi sostenitori della concezione della causa non tanto come "elemento" quanto piuttosto come l'assoggettamento del contratto ad un giudizio all'esito positivo del quale l'ordinamento subordina la produzione dei suoi effetti è di Majo, *Causa del negozio giuridico*, cit., 2, per il quale alla causa si riconducono problemi distinti, organizzabili in tre grandi funzioni: 1) la funzione generale di garantire la necessaria connessione tra le forme di mediazione giuridica e la circolazione di beni o servizi; 2) la funzione particolare di apprestare la tutela di un contraente nei confronti dell'altro sotto il profilo degli scopi e degli obiettivi che egli si pone quando entra in rapporto con l'altro; 3) la funzione sociale di sottoporre a controllo l'esercizio dell'autonomia privata in modo da assicurare che essa si svolga in maniera socialmente apprezzabile e, dunque, meritevole di tutela, tramite la verifica dell'utilità generale degli effetti che dal contratto derivano.

codice civile riserva alla causa una disciplina nel segno della sua preordinazione all'instaurazione del giudizio di liceità (art. 1343-1345 c.c.). La causa è consustanziale all'idea del vaglio delle manifestazioni dell'autonomia privata e si tratta di un giudizio che non si orienta sulle singole clausole che danno luogo all'autoregolamentazione, o sulla loro correlazione, ma si spinge oltre, scrutando il regolamento più in profondità mediante un'analisi di stampo teleologico. Quest'ulteriore livello del controllo dell'autonomia ha una duplice implicazione.

In primo luogo, il vaglio in chiave teleologica consente una valutazione più compiuta e approfondita, che asseconda la natura di scienza pratica del diritto, incentrata sul binomio strumento-fine, e ricalca il canone dell'interpretazione sistematica delle disposizioni normative del diritto di fonte statutale. Sotto questo profilo, è emblematica la disposizione cardine in tema di interpretazione del contratto, l'art. 1362 c.c., che individua come principale canone ermeneutico «la comune intenzione delle parti»<sup>213</sup>. E, peraltro, alla luce della forma di pensiero finalistica, un regolamento negoziale lecito nei contenuti potrebbe rivelarsi illecito. Lungo questa linea di indagine è emblematica la figura del contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c., concepibile solo nella prospettiva di uno strumento nei contenuti e nella forma giuridica leciti ma illecito nella dimensione teleologica<sup>214</sup>. E in senso diametralmente opposto, sempre nell'ottica finalistica, un contratto nullo potrebbe produrre effetti grazie alla sua riqualificazione ad opera del giudice, compiuta mediante lo strumento della conversione di cui all'art. 1424<sup>215</sup>. Il giudizio

213 Lo segnala anche Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 267. Sulla portata della «comune intenzione delle parti» cfr. ora A. Gentili, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, 415 ss.

214 Roppo, *Il contratto*, cit., 390-391 spiega la frode alla legge sulla base dello schema mezzo-risultato: ad essere indesiderato è un certo risultato, ma il legislatore ne vieta l'atto-mezzo presupponendo un'immedesimazione tra mezzo e risultato, ma la creatività delle prassi sviluppa forme di conseguimento di quel risultato avversato tramite atti differenti non colpiti dallo specifico divieto. Cfr., altresì, F. Longobucco, *Profili evolutivi del principio fraus omnia corrumpit tra «contratto in frode al terzo» e «contratto in danno di terzi»*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 727.

215 La disposizione, in maniera davvero emblematica, ruota attorno alla nozione di causa, giacché il giudice – nel linguaggio impregnato di volontarismo adottato dal legislatore – converte il contratto «qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti [corsivo mio], debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità». Sul punto cfr. G. Gandolfi, *La conversione dell'atto invalido*. II. *Il problema in proiezione europea*, Milano, 1988, 276 ss. Non valorizza l'elemento della causa e anzi propone una lettura della disposizione nella quale lo scopo è inteso in senso soggettivo ed individuale, come intento della parte, G. Giaimo, *La conversione del contratto nullo*, in *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2012, 68 ss. e nt. 29, ma la conclusione è inficiata da più di un equivoco sulla portata e sulla nozione della causa, tant'è che la conclusione cui, inconsapevolmente, G. perviene è proprio nel senso della causa (*ibidem*, 79) giacché viene assunto come punto di riferimento la c.d. «volontà concreta», ossia l'assetto di interessi perseguito dalle parti con il contratto originario, di cui si deve verificare, in sede di conversione, la realizzabilità mediante il diverso contratto. Parla di ragionevole conservazione del senso del programma negoziale originario M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*,

causale è centrale anche in tema di nullità parziale, giacché l'indagine si concentra sull'attitudine del contratto depurato dalla clausola o dal patto nullo a realizzare comunque la finalità perseguita dal regolamento contrattuale<sup>216</sup>. Sotto questo profilo, la causa è funzionale ad una più compiuta intelligenza del regolamento contrattuale, consentendo la verifica della sua concreta attuabilità e arricchendo il giudizio di liceità, come d'altro canto segnala la dottrina più avveduta<sup>217</sup>. Inoltre, l'istituzione del sindacato della causa come una necessità giuridica impone di sottoporre ad una veduta oggettiva l'intento pratico comune dei contraenti, perché, se così non fosse, sarebbe sufficiente il riferimento all'oggetto<sup>218</sup> e, soprattutto, non si sarebbe pienamente compiuto quel processo di oggettivazione del contratto che ha contraddistinto la riflessione giuridica dalla seconda metà del sec. XX e che ha nel passaggio dalla teoria della volontà a quella della dichiarazione lo snodo decisivo<sup>219</sup>, producendo l'effetto dell'esaltazione del valore normativo dell'autode-

in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi-1*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 150 e – come si è visto *supra* nel testo – una delle funzioni della causa consiste proprio nel fornire una sintesi del significato complessivo del regolamento negoziale. Ancora più esplicita M. Rabitti, sub *art. 1424 – Conversione del contratto nullo*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale* (artt. 1387-1424), Vol. 3, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, Torino, 2012, 732 col suo riferirsi all' «idoneità [del contratto diverso] a realizzare il risultato perseguito dalle parti».

216 Cfr. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 269; A. Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in II, in *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno-E. Gabrielli, Torino 2006, 1559. E così Cass., 1° 2.1992, n. 1074, in *Corriere giur.*, 1992, 638 ss.

217 Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 988.

218 È la tesi di recente avanzata da Girolami, *L'artificio della causa contractus*, cit., 209 ss.; ma v. già Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, III, cit., 606 ss., il quale definisce la causa come «il motivo giuridico per cui taluno si obbliga contrattando». Diciamo *motivo*, perché sebbene non sia lo scopo animatore del contratto, è però nell'animo del contraente la ragione determinante non del contratto, ma della sua obbligazione. Diciamo *giuridico*, per far comprendere come questo motivo, onde divenire un requisito del contratto, debba avere quei tali caratteri obbiettivi determinati dalla legge, a seconda della specie del contratto: cioè, secondo che sia a titolo oneroso, o a titolo gratuito. Diciamo finalmente, con cui taluno *si obbliga*, e non *per cui contratta*, affinché non si confonda la *causa debendi* con la *causa contractus*» (*ibidem*, 610-611). Chiarito il senso in cui intende la causa, G. si dichiara convinto che «la teoria dell'oggetto, in quanto ha per iscopo di esaminare i caratteri della prestazione, si confonde con la teoria della causa» e ciò in quanto l'oggetto del contratto non va riferito in senso restrittivo al *quid facti*, ma concepito in senso estensivo come contenuto del contratto: «Vale a dire, non solo la prestazione considerata materialmente, ma eziandio i motivi e lo scopo che l'accompagnano, nonché le sue modificazioni accidentali. Prendendo l'oggetto in questo senso lato è impossibile, che nella teoria dell'oggetto non rimanga assorbita anche quella della causa; almeno per quella parte, in cui prendendo a considerare i caratteri necessari della prestazione onde sia oggetto lecito di contratto, viene a comporre la teoria dei limiti imposti dalla legge alla naturale libertà di contrattare» (*ibidem*, 616-617).

219 In Italia è decisivo il contributo di Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 54 ss., ove anche una dura critica al concetto di “dichiarazione di volontà” (*ibidem*, 59 ss.). Un'ulteriore critica del concetto di “dichiarazione di volontà” è sviluppata da Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 33 ss.

terminazione<sup>220</sup>. Ora, al di là delle riserve<sup>221</sup> che è giusto esprimere nei confronti dell'inversione metodologica che si compie quando dall'esistenza di esperienze giuridiche in cui si fa a meno del riferimento alla "causa" (quella tedesca) e dalla constatazione della rinuncia a quest'ultima nell'ambito dei laboratori del futuro diritto privato comune europeo (i *Principles of European Contract*: art. 2:101, ma anche art. 2:107; il *Draft Common Frame of Reference*: artt. II-1:101 e II-4:101; e il *Code Européen des Contrats*: artt. 1, comma 1, e 5, comma 3) e nella *lex mercatoria* (i *Principi Unidroit*: art. 3.1.2) si pretende di ricavare una legittimazione alla rilettura dell'art. 1325 c.c. che estende la nozione di oggetto e ridimensiona di conseguenza la causa<sup>222</sup>, deve essere chiaro che, se anche il legislatore nazionale o in futuro il legislatore europeo decidessero di eliminare il requisito della causa, il tipo di problema riconducibile alle attuali formule della "causa falsa" e della "causa lecita" rimarrebbe intatto<sup>223</sup> e lo si dovrebbe affidare ad un diverso elemento del contratto, come quello dell'accordo o dell'oggetto, oppure ad istituti diversi<sup>224</sup>.

220 Per la teoria precettiva v. soprattutto Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 48 ss. Per la teoria – consequenziale alla precedente – della rilevanza pre-giuridica del negozio e della sua identificazione con l'atto di autoregolamentazione cfr. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 71 ss., in part. 91 ss., sulla base, però, del rifiuto della categoria della dichiarazione con contenuto precettivo, in quanto le nozioni di precetto o di comando postulano una posizione di supremazia di un soggetto sull'altro che non si riscontra nel contesto del negozio giuridico. Per S.: «Non può dubitarsi insomma che parlandosi di autoregolamento dei privati interessi, come tale impegnativo, si dica proprio che cosa è il negozio, non solo cosa si fa per esso; si descriva cioè la struttura, che vale a distinguerlo da ogni altra figura. E che va ravvisata appunto nella statuizione di regole dei propri interessi, impegnative alla stregua dell'ordinamento che riconosce l'autonomia privata: regole che si pongono per il loro contenuto sullo stesso piano del comando o precetto, tanto è vero che riesce possibile distinguerle da quest'ultimo solo sotto il profilo funzionale e della rilevanza e non vanno dunque [...] assolutamente confuse con il concetto generico di atto soddisfacimento dei propri interessi».

221 Per un giudizio di contrarietà, argomentato in maniera diversa, v. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 264 ss.

222 Girolami, *L'artificio della causa contractus*, cit., 212 ss., in part. 220 la quale propugna un'analisi funzionale che impone una considerazione complessiva dell'operazione negoziale, «Il che è come dire che l'art. 1325, nn. 1, 2, 3 c.c. si presta ad essere riletto globalmente nell'ottica di una riduzione della valenza della causa e di un coordinamento tra l'accordo e l'oggetto, in modo che l'interprete abbia come riferimento, per valutare il significato e la giuridicità dell'impegno che discende da un contratto, il regolamento negoziale complessivamente inteso e interpretato secondo le regole fornite all'uopo dagli artt. 1362 ss.». La premessa metodologica di G. può essere ben colta nel passaggio in cui viene proclamato che «anche relativamente all'oggetto, tutto ciò che è mera sottigliezza teorica merita di essere sfrondata in un'epoca come quella attuale nella quale è d'uopo guardare oltre gli stretti confini del diritto nazionale perché il mercato impone di misurarsi con la maggiore efficienza di altre realtà giuridiche con le quali inevitabilmente ci troviamo a convivere e a competere. La logica, dunque, è quella di evitare di aggiungere altri ostacoli dogmatici ad un dibattito che già rischia di rendere inefficienti i concetti che lo segnano».

223 In una prospettiva ancora più ampia cfr. Ferri, *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, cit., 911, il quale osserva che «Insomma, come ricordavo all'inizio, si può decidere di non parlare della causa, ma non si possono eludere i problemi che la causa ha sempre evocato e intorno a cui la dottrina ha sempre riflettuto e dibattuto, come problemi, appunto, della causa e sui quali essa ha tentato di costruirne una definizione».

224 Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., 811-812, ipotizzando l'intervento

Oltre al fondamentale compito di sintesi conoscitiva, in funzione anche del giudizio di liceità, la causa si è storicamente caricata di ulteriori compiti, assai eterogenei se non addirittura a volte tra loro antitetici: la limitazione dell'autonomia privata in funzione contenitiva della libertà individuale; la giustificazione concreta dello spostamento della ricchezza; l'indirizzamento dell'autonomia privata verso impieghi di massima considerati socialmente utili o per lo meno desiderabili; la riaffermazione del primato dell'ordine statutale sulle dinamiche sociali; la riaffermazione del primato della libertà individuale sull'ordine statutale, al quale compete l'esclusiva fissazione dei limiti dell'autonomia tramite la predisposizione di divieti o di comandi puntuali *ex ante*, etc. Ciascuno di questi impieghi non attiene più alla fattispecie della "causa lecita", in cui, invece, si iscrive il precedentemente descritto vaglio teleologico, ma si colloca, in maniera più o meno dichiarata, nel diverso ambito della "mancanza di causa" e attiene al rispetto da parte dell'atto di autonomia di un parametro di razionalità in grado di assicurare la rilevanza oggettiva dell'autodeterminazione. Quest'ultima si rivela essenziale per giustificare la normatività dell'accordo: e non soltanto rispetto alle parti ma anche nei confronti dei terzi i cui interessi sono incisi dall'atto di autonomia. L'oggettività del contratto può essere conseguita soltanto in una dimensione intersoggettiva<sup>225</sup>, ossia mediante un mutuo riconoscimento che esige, però, il rispetto di un principio giustificativo condiviso, che si è designato con il termine di razionalità. Quest'ultima e il sostrato oggettivo cui essa rinvia fungono da garanzia dell'effettività dell'accordo<sup>226</sup>, della stabilità delle modificazioni giuridiche prodotte e, soprattutto, della compatibilità di tali effetti con l'organizzazione sociale e giuridica delle relazioni umane di rilevanza patrimoniale.

Nella più recente teorizzazione – come si è ampiamente chiarito – la veduta oggettiva presupposta dal giudizio causale viene affidata all'universalizzazione del mercato come dispositivo di oggettivazione e di calcolabilità dell'utile e l'innalzamento dello scambio reciproco di ricchezza a modello generale di organizzazione dell'attività umana in materia patrimoniale<sup>227</sup>: una scelta, questa, che determina l'assunzione di un punto di vista unitario che, per quanto potente, lascia fuori fenomeni negoziali rilevanti, come i contratti unilaterali, per non parlare degli atti di liberalità<sup>228</sup>. Si potrebbe certo replicare che non è una buona dogmatica quella che

abrogativo della causa da parte di un legislatore, suggerisce come possibili sostituti della causa: l'errore di diritto, la falsa presupposizione, la dichiarazione non idonea a creare affidamento e pertanto non vincolante, le azioni personali restitutorie.

225 L'affermazione mi pare difficilmente contestabile anche da parte di chi non ritenga di aderire all'ontofenomenologia cottiana che identifica il fondamento del diritto nell'intersoggettività comunicativa: cfr. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofeneomenologia giuridica*, Milano, 1991<sup>2</sup>, *passim*. Per il collegamento dell'oggettività alla circolazione della comunicazione intersoggettiva cfr. anche Montanari, *Filosofia, metodo, diritto*, cit., 136.

226 Questo profilo della causa è sottolineato assai bene nell'editoriale *Il Diritto dopo il '900* cit., nel quale si segnala che la causa «finisce con il coincidere con una prassi di gestione normativa della effettività della negoziazione».

227 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 185 ss.

228 Contrario al ridimensionamento della causa allo scambio e, dunque, alla sua riduzione alla dottrina di *common law* della *consideration* Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., 790-791.

si cimenta nella costruzione di concetti frutto di generalizzazioni talmente ampie da accomunare forme giuridiche profondamente diverse. E, tuttavia, chi suggerisce il letto di Procuste dello scambio reciproco di ricchezza non può trascurare tutta la tradizione di pensiero e di studi sul negozio giuridico, il quale non è, soltanto, come correttamente si afferma, la raffigurazione astratta dell'iniziativa economica privata che il diritto riconosce come fatto naturale e come valore<sup>229</sup>, ma è anche – e spesso lo si dimentica – il tentativo di affrancare l'esercizio della libertà individuale dalla logica dello scambio, ponendosi il problema della sua esplicazione in contesti differenti governati da altre dinamiche: le relazioni personali di coniugio, gli atti di liberalità, gli atti di ultima volontà, la costituzione di patrimoni segregati e destinati etc.<sup>230</sup>. La riduzione dell'autonomia privata, e dunque della causa, al paradigma mercantil-utilitario, per quanto colga senza alcun dubbio elementi di verità, rischia di rivelarsi un'assolutizzazione di senso e, in ogni caso, non tiene forse in adeguato conto una pagina del pensiero giuridico troppo significativa per essere accantonata. E, peraltro, l'identificazione della causa con lo scambio reciproco di ricchezza fa segnare un significativo ritorno al passato, quando nel corso del XVI sec., la causa subì un processo di spiritualizzazione che condusse a indentificarla non più con la reale attuazione delle prestazione ma con il sinallagma, il quale giustifica la nascita del vincolo, nell'ottica della protezione del promittente, alla luce della razionalità dell'accordo che la *permutatio*, lo scambio, assicura<sup>231</sup>. L'estensione della causa oltre il confine dei contratti sinallagmatici al contratto in generale, prima, e al negozio giuridico, poi, ha determinato il ricorso a concetti ulteriori rispetto allo scambio quali il *quelque motif raisonnable et juste* di Domat e la *cause suffisante* di Pothier<sup>232</sup>. Se ciò abbia comportato la rottura della coerenza interna del sistema e se tali concetti siano dei surrogati che rendono più fragile la nozione della causa<sup>233</sup>, sono questioni dibattute anche tra gli storici, ma quel che pare certo è che la causa si è così emancipata dall'esclusiva logica dello scambio, dilatando il proprio ambito sino a includere forme di giustificazione razionale dell'accordo o dell'atto di autonomia ulteriori rispetto a quella offerta dal mercato<sup>234</sup>. Inoltre, in questo

229 Cfr. M. Brutti, *Dal contratto al negozio giuridico. Appunti*, Torino, 2013, 17.

230 Cfr. in tal senso Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 81 ss.

231 È la posizione di François de Connan, il cui pensiero è ricostruito da U. Petronio, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a General Law of Contract*, a cura di J. Barton, Berlin, 1990, 219 ss. e I. Bircocchi, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*. Vol. I. *Il cinquecento*, Torino, 1997, 95 ss.; Id., *Causa e definizione del contratto nella dottrina del cinquecento (materiali per un corso monografico)*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Palermo 7-8 giugno 1995, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 195 ss.

232 Lo ricostruisce puntualmente Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 9-20; ma v. anche le considerazioni di Gorla, *Il contratto*, cit., 63 ss.

233 Così Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 984.

234 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 12 accentua il riferimento di Domat alla circostanza che il *quelquel motif raisonnable et juste tient lieu de cause* e sminuisce l'identificazione di Pothier della *cause suffisante* con l'*esprit de libéralité*. Per B. la posizione di Pothier non differisce da quella di Domat e, per questa ragione, vanno stigmatizzate le successive generalizzazioni del pensiero di Pothier che hanno condotto a identificare la

passaggio la causa cessa di porsi a esclusivo, o comunque prevalente, presidio delle ragioni del promittente, ma si incarica di garantire la serietà del vincolo soprattutto a tutela del promissario e del suo affidamento nella consistenza dell'impegno assunto da controparte, nonché dei terzi (eredi, creditori o aventi causa) interessati al patrimonio del debitore<sup>235</sup>. Non andrebbe trascurato che è proprio al di fuori dello schema della reciprocità dei vantaggi economici che la causa assume un ruolo decisivo, proteggendo «in modo generale e primario il promittente dissipatore. Protegge chi promette senza esigere nulla in corrispettivo, chi vuol trasferire ad altri cespiti propri fuori da uno scambio, chi accetta di gravarsi di passività inerenti ad iniziative di cui altri godrà i vantaggi»<sup>236</sup>.

All'impostazione in esame può essere formulata un'obiezione ancora più radicale: nella tesi che identifica la componente oggettiva della causa nel rispetto del paradigma dello scambio reciproco di ricchezza resta irrisolto il rapporto tra mercato e contratto, giacché il primo sembra a tratti concepito come altro rispetto al secondo; mentre esso si risolve, con tutta evidenza, nell'infinito intreccio di contratti e dei conseguenti atti esecutivi e connessi che, in un dato ambito e in un dato tempo, sono conclusi e compiuti. Se allora fosse fondato l'assunto secondo cui sia privo di causa il contratto che programma il trasferimento delle prerogative giuridiche su di un *quid* che «l'immaginazione social-mercantile» non concepisce ancora come merce<sup>237</sup>, sarebbe legittimo domandarsi come avvenga allora il mutamento di tale immaginario e la reificazione di una nuova entità, se non tramite un contratto “apripista”, che, innovando rispetto al panorama in cui esso si colloca, assegni per la prima volta un valore ad un *quid* in precedenza privo di valore di scambio. Non esiste, infatti, nel tempo attuale, un meccanismo di formazione sociale dei valori d'uso che prescindano dal ricorso a scelte autonome di rilevanza giuridica, strutturate nella forma del contratto. Si rivela forse più corretto sostenere, allora, che la causa esprime l'esigenza di sottoporre a un esame i negozi che realizzano schemi organizzativi della materia patrimoniale di natura innovativa o addirittura inedita alla luce della maggiore o della

causa con la *causa suffisante*, e dunque anche soltanto con lo spirito di liberalità, giungendo ad affermare che allora essa abbia in generale carattere essenzialmente soggettivo, identificandosi con lo scopo individuale. Ravvisa nel brano D. 2,14,7,2, Ulp. 4 AD ED., ossia nel responso di Aristone a Celso del I sec. d.C., l'indicazione secondo cui la *causa* coincide con *negotium* e si contrappone alla *donatio*, decretando, dunque, il carattere interessato dell'impegno alla prestazione ossia il suo collegamento ad un tornaconto dell'autore, C. Argiroffi, *Causa ed effetti reali del contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, cit., 510-511, il quale reputa che «Anche per il nostro sistema la donazione continua ad essere un patto *sine causa*. Lo spirito di liberalità è l'esatto contrario del *negotium*. La vincolatività della donazione, in assenza del requisito della causa, è conseguenza della sua forma solenne. [...] La mancanza di causa viene supplita nel nostro sistema dalla richiesta di una particolare forma solenne».

235 Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 984.

236 Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, I, cit., 802, il quale aggiunge che «la impostazione del requisito causale vale a tutelare il contraente contro il rischio di scelte capricciose e spesso imponderate, e ciò anche perché le dichiarazioni prive di causa generano il sospetto che il consenso al vincolo giuridico sia difettoso, e non provano che il destinatario stesso abbia fatto affidamento sulla promessa».

237 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 213.

minore desiderabilità degli assetti che essi determinano e delle loro ricadute sociali. La causa rappresenta, quindi, il congegno tecnico che autorizza a sottoporre a un sindacato *ex post* le manifestazioni della libertà individuale *extra-ordinem* in funzione di un controllo di secondo grado rispetto a quello formale di liceità, volto a saggiare non già la semplice contrarietà all'ordinamento giuridico ma la compatibilità del regolamento individuale coi contesti sociali nei quali esso è destinato ad operare. A ciò si associa l'ulteriore e costante vaglio incentrato sulla verifica della concreta attuabilità dello schema di organizzazione sociale adottato dai contraenti.

Resta, infine, da interrogarsi sul criterio o sui criteri per accertare l'integrabilità dell'atto di autonomia nell'ordine sociale. Si propone l'assunzione del mercato e, dunque, dello schema dello scambio reciproco di ricchezza<sup>238</sup>, ma la prospettiva appare restrittiva. Se la causa indica la necessità di un *vestmentum*, ossia di elemento che consente una veduta oggettiva sull'intento comune delle parti, è allora necessario rintracciare un modello sociale di azione in campo patrimoniale che presenti un tasso di oggettività tale da rendere l'atto di autonomia in esame riconoscibile come frutto di un assetto sociale condiviso, o comunque auspicabile. Il mercato offre, senza alcun dubbio, un ventaglio di modelli di azione, che, in forma compendiosa, possono essere sintetizzati tramite il riferimento allo scambio reciproco di ricchezza. Ma non è certo questo l'unico dispositivo sociale idoneo a tradurre in termini oggettivi e, quindi, commisurabili l'utilità individuale perseguita mediante l'atto di autonomia, così da sottrarla al soggettivismo incontrollabile. Sotto questo profilo, rappresenta una resa incondizionata alla logica di mercato, oltre che un'esasperazione, l'affermare, come autorevolmente viene fatto, che «lo scambio utilitaristico è il paradigma dominante della razionalità sociale»<sup>239</sup>. Che lo scambio rappresenti il modello di gran lunga prevalente di organizzazione della materia patrimoniale non significa che non esistano altri canoni di razionalità sociale, la quale non deve essere, per necessità logica, unica, al punto da costringere a prescegliere la prevalente. Altrettanti paradigmi di razionalità, idonei a fondare una valutazione oggettiva di interessi non commutativi al trasferimento di ricchezza sono espressi, infatti, per lo meno dalle tradizioni e dalle strutture durature in ambito familiare, amicale e comunitario in senso lato, che offrono schemi generali di organizzazione sociale in campo patrimoniale grazie ai quali sottoporre a una veduta oggettiva interessi non riconducibili al paradigma mercantile-utilitario. Qui come nello scambio si registra la medesima dimensione intersoggettiva, che assicura la condivisione sociale di determinati schemi di intersezione o di confluenza degli interessi individuali, da cui dipende quel sostrato oggettivo che la causa è

238 Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 185 ss.

239 Roppo, *Il contratto*, cit., 354 il quale reputa il soggettivo interesse altruistico un elemento fragile dal punto di vista causale: «Non spregevole, ma fragile». L'affermazione viene, però, attenuata e meglio chiarita in un altro passaggio, nel quale R. afferma che «In un contesto socio-culturale come il nostro, in cui la logica dello scambio prevale sulla logica del dono, la prima e più elementare ragione giustificativa degli spostamenti di ricchezza creati dal contratto – quella che dà sostanza più immediatamente percepibile al concetto di causa – è la *reciprocità dei vantaggi e dei sacrifici giuridici che il contratto reca alle parti*» (*ibidem*, 349).

deputata a richiamare. Che ciò poi implichi, nel caso degli atti di liberalità, una forma solenne o, nei contratti gratuiti, la consegna del bene, ossia la materialità, non è altro dalla causa, ma anzi è parte del paradigma sociale che l'atto negoziale riproduce in forma giuridica. La giustificazione di tali requisiti come elementi oggettivi di sostegno di una causa intrinsecamente fragile non si rivela, dunque, del tutto convincente<sup>240</sup>, poiché la spiegazione coglie soltanto una parte del problema. La forma o la materialità della prestazione non surrogano né integrano il fine di donare o di procurare un vantaggio per ragioni amicali o di solidarietà umana, ma rappresentano, già sul piano sociale, il canale di oggettivazione e di riconoscibilità di queste particolari finalità. Quei caratteri di oggettività e di riconoscibilità che nei contratti interessati sono assicurati, invece, dalla reciprocità dei vantaggi.

Affinché il giudizio fondato sulla causa non si riveli riflessivo, rendendo così inspiegabile come si producano le innovazioni dei modelli negoziali pregressi, è necessario sostituire il criterio della corrispondenza/riproduzione di una delle forme di razionalità sociali sopra indicate con quello di compatibilità. In questa prospettiva, le trasformazioni e le innovazioni delle razionalità sociali che consentono l'oggettivazione, nonché la conoscibilità e la possibilità di commisurare gli interessi individuali, non precedono la recezione nell'ambito del diritto, ma si producono auspice la libera determinazione dei privati, la quale si può tradurre in schemi, per l'appunto, nuovi perché non corrispondenti ai paradigmi sociali di razionalità collaudati ma, ciononostante, percepiti e giudicati compatibili con gli assetti consolidati della società. Ed è qui che entra in gioco – come si è anticipato – la causa, la quale consente di vagliare l'azione individuale che innova rispetto ai modelli sociali che legittimano i corrispondenti schemi negoziali ai fini del suo riconoscimento in diritto, con le conseguenti ricadute in termini di ammissione all'apparato coercitivo e, più in generale, alle tutele predisposte dall'ordinamento. Il riconoscimento giuridico è ammesso soltanto se l'atto di autonomia non incontra ragioni sociali di contrarietà legate all'inosservanza o al sostanziale tradimento del modello di razionalità al quale il negozio può essere ricondotto, anche soltanto per opposizione ovvero nei termini più sfumati dell'evoluzione del modello medesimo, oppure dovute alla non integrabilità nel sistema delle forme di organizzazione dei rapporti sociali che esprimono i principali paradigmi di razionalità nell'epoca in cui si opera. L'obiettivo è quello della condivisione sociale dell'evoluzione delle forme giuridiche dell'organizzazione dei rapporti sociali, specie di quelli patrimoniali.

240 Roppo, *ibidem*, 353-354, sulla scia di Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, I, cit., 798-799.