



MARIO BARCELLONA

Professore ordinario di diritto civile – Università di Catania

UN'ALTRA COMPLESSITÀ: L'ORIZZONTE EUROPEO E I PROBLEMI DELLA CAUSA *

SOMMARIO: 1. *Il policentrismo delle fonti e l'ordine dal disordine: il sistema e l'epistemologia della complessità.* – 2. *Una complessità latente: le fonti informali, l'incubazione di un orizzonte alternativo, la rottura del circolo ermeneutico e l'oblio del senso istituito.* – 3. *L'orizzonte europeo e il declino della causa negoziale.* – 4. *La causa negoziale come garanzia della corrispondenza tra l'ordine simbolico della volontà e l'ordine simbolico del mercato.* – 5. *La soppressione della causa e il problema dell'ordine mercantile mutilato.* – 6. *Il contratto senza causa, un mercato svincolato dalla logica mercantile e l'egemonia dell'economia finanziaria.*

1. – L'introduzione al convegno, che si legge nell'invito, traccia, in mirabile sintesi, un percorso del ragionamento che ci viene chiesto del seguente tenore:

- complessità scaturente dall'attuale policentrismo delle fonti;
- difficoltà della loro riduzione a sistema;
- problematicità della determinazione dei principi;
- inedito primato dell'interprete.

Accanto a questa complessità, che si potrebbe dire primaria, l'orizzonte europeo sembra, però, ne produca un'altra, che si potrebbe definire secondaria, e che si proverà ad illustrare con quel che avviene a proposito della causa negoziale.

Per cogliere meglio le differenze che quest'altro tipo di complessità esibisce, sembra opportuna, prima, qualche breve considerazione sui problemi che la complessità primaria, messa a fuoco nell'introduzione al convegno, propone.

Questa *complessità primaria*, a differenza di quanto spesso si legge, non pone tanto l'alternativa tra sistema e interprete, ma richiede piuttosto una nuova e diversa comprensione del sistema.

A ben intenderlo, infatti, il sistema non è un'opzione culturale, che si possa dare o non dare, bensì un modo di essere necessario del diritto, l'esito inevitabile delle interazioni che si producono all'interno del tessuto normativo.

La complessità, che caratterizza questo tempo, ha destituito l'idea di sistema delle essenze ed il dispositivo gerarchico, che avevano caratterizzato la tradizione giuridica perlomeno continentale, ma non ha fatto venir meno il postulato che la coesistenza di una molteplicità di regole entro un medesimo spazio normativo determini interazioni che producono organizzazione.

* Relazione tenuta al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione", Università di Messina, 27-28 maggio 2016

Ed il sistema, ad intenderlo per come funziona e per quel che infine esso è, consiste, proprio, in questa organizzazione.

Quest'organizzazione si è data fino a qualche tempo addietro nei termini piramidali, deduttivi e, quindi, gerarchici, dei sistemi essenzialistici, tanto di quelli costruiti a partire dallo "Spirito" (la c.d. *Begriffsjurisprudenz*) che di quelli costruiti a partire dalla "Natura" (la c.d. *Interessenjurisprudenz*).

La complessità, che si era venuto producendo già a partire dalla legislazione speciale e che ha raggiunto il suo apice con la sovrapposizione al diritto nazionale delle fonti sovranazionali, richiede, però, di ricomprendere il sistema secondo le categorie e le concettualità che, mostrandone la qualità funzionale, ne liberano tutte le virtualità operative, ossia secondo le categorie e le concettualità della Teoria generale dei sistemi e dell'Epistemologia della complessità.

Precisamente, in un tal quadro teorico, si rende chiaro, tra l'altro, che quel che presiede all'organizzazione, nella quale propriamente consiste il sistema, è, da sempre, l'interpretazione, che rispetto al sistema opera secondo un dispositivo ricorsivo: l'interpretazione produce organizzazione, la quale istituisce un determinismo che rende necessaria nuova interpretazione, che produce, a sua volta, nuova organizzazione, ecc.

La contrapposizione tra sistema ed interpretazione non ha, perciò, ragion d'essere. Il lavoro dell'interprete si è, infatti, accresciuto quantitativamente, ma non si è modificato qualitativamente: esso necessita soltanto, anche se non è poco, di nuovi strumenti concettuali che si situino all'altezza della complessità contemporanea.

Questo maggior lavoro ha preso ad essere svolto già da alcuni decenni facendo ricorso all'ermeneutica, e cioè prospettandolo come "ricerca della giusta soluzione del caso", ma esso in nient'altro consiste, alla fine, che in riposizionamenti delle norme, i quali, riorganizzando il tessuto normativo, oggettivamente creano organizzazione, e quindi sistema.

L'alternativa tra problema e sistema, della quale si è dibattuto per qualche decennio del secolo scorso, è, dunque, una falsa alternativa.

In realtà, l'identità di una norma si dà solo nel tipo di problema che essa considera, sicché ogni operazione sulle norme implica sempre una redistribuzione della complessità tra i diversi tipi di problema, che il tessuto normativo già prevede: anche immaginando che sia il caso ad interpellare il tessuto normativo, l'esito di siffatta interrogazione consiste sempre in una riorganizzazione di questo tessuto e perciò in una rideterminazione del sistema.

Quella tra problema e sistema non è, perciò, un'alternativa, ma semplicemente il modo diverso nel quale si rappresentano la riorganizzazione delle norme che l'interpretazione sempre produce ed il sistema che essa conseguentemente sempre (ri)genera: non più immaginando un sistema dato di essenze, bensì attivando il "caso organizzazionale" che implementa continue (ri)sistemazioni, ossia che opera – come spiega quest'altra epistemologia – creando *order from noise*.

Dunque, siffatta comprensione sistemica del diritto, liberando l'attività interpretativa dai limiti impropri del sistema essenzialistico della tradizione, la riabilita alle operazioni che lo stadio di complessità di volta in volta raggiunto dal sistema giuridico richiede.

JUS CIVILE



Ed è, perciò, avvalendosi di questa concettualità e dei diversi dispositivi che essa offre, che il sistema giuridico, attraverso il suo interprete, si mette in grado di comprendere e processare anche l'accresciuta complessità che la molteplicità delle sue fonti ora gli prospetta.

2. – Ma accanto a questa accresciuta complessità primaria, che può, e richiede di, essere trattata secondo una concezione sistemica di sistema e attraverso le categorie interpretative che le sono proprie, questo tempo propone un'altra complessità, una complessità secondaria, che ha la medesima provenienza e che, però, solleva problemi parzialmente diversi o che si presentano in forma differente.

Quest'altra *complessità secondaria* non è veicolata da fonti formali, che richiedono di essere organizzate in un sistema multicentrico, in una *unitas multiplex*. Ma è generata, piuttosto, dalla circolazione di modelli, recati da progetti e documenti, i quali non modificano il quadro normativo, ma tendono a sovrapporre alle vigenti discipline, soprattutto, del contratto un orizzonte che si distacca da quello che aveva presieduto alla loro origine e che in esse ancora si conserva.

La produzione di questi modelli non solo – come si sa – ha il suo luogo nella sede europea, ma traduce in esplicito un orizzonte, il quale si situa nella filosofia ordo-liberale, che già ispira la politica dell'Unione, ed ha origine nelle trasformazioni verso cui l'economia globale sembra orientata da qualche decennio.

L'orizzonte, che la circolazione di questi modelli promuove, non solo appare rivolto a legittimare la legislazione futura (tanto dell'Unione che degli Stati nazionali), ma – ed è quello che qui soprattutto interessa – tende ad influenzare da subito il senso generale da cui muove l'interprete e sulla base del quale interroga i testi normativi.

Il problema, che la complessità generata dalla circolazione di questi modelli produce, appare, allora, diverso, perché non concerne il rapporto tra norme, bensì il rapporto tra l'apparato normativo e l'orizzonte di senso che ne permette la comprensione. Essa interviene, infatti, sulla relazione tra l'orizzonte del testo e quello (l'orizzonte) dell'interprete, rischiando di interromperla e di compromettere, così, l'autenticità delle operazioni interpretative.

Questo problema si mette a fuoco con maggior precisione muovendo dal circolo ermeneutico ed esemplificandolo, appunto, con le attuali vicende della causa negoziale.

Il circolo ermeneutico, solitamente, è fatto consistere nel procedimento dialogico che si istituisce tra il testo ed il suo interprete: muove dalla domanda che in prima approssimazione l'interprete rivolge al testo, dal responso negativo che questo a tutta prima gli dà, dalla formulazione di una domanda più adeguata, fino alla proposizione dell'interrogativo corretto che permette la risposta appropriata.

Nella filosofia di Heidegger e nelle urbanizzazioni che proprio su questo piano Gadamer vi ha dato, la questione nevralgica dell'interpretazione non sta, però, nel metodo dialogico secondo il quale si sviluppa, bensì in quel che permette alle alterità distinte del testo e dell'interprete di entrare in questo dialogo.

Questa condizione – come si sa – viene indicata nella “familiarità” di testo ed interprete, nella co-appartenza dell’uno e dell’altro al medesimo orizzonte di senso: il testo non può, alla fine, ricevere la domanda adeguata se chi gliela rivolge, l’interprete, non muove dal suo stesso orizzonte.

Anzi Gadamer si preoccupa di precisare che a garantire quell’“evento”, nel quale consiste il disvelamento della “verità” del testo, è, innanzitutto, la fedeltà che muove l’interprete nella sua interrogazione, il suo concepirsi come “sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica”.

Questo orizzonte, che deve giungere ad essere posseduto in comune e cui l’interprete ha da essere fedele, non è, però, la *Sache Recht*, la Giustizia o la soluzione giusta del caso. Non è affatto l’intuizione di un *quid* che si dà in universale, ma è il *nomos*, e cioè la “misura” radicalmente storica nella quale la Giustizia si è determinata in un’epoca della società. Quel che, perciò, deve essere oggetto di questa co-appartenenza consiste, propriamente, nello storico orizzonte di senso entro il quale il testo si iscrive, nel senso nucleare a partire dal quale il testo si dà e che è deputato ad implementare.

Quando un altro orizzonte di senso prende a scalzare quello proprio del testo e ad impadronirsi dell’interprete, si dà, allora, il rischio di una frattura tra il testo e l’interprete, la quale, quando non sia rimarginata, produce, alla fine, l’inaccessibilità del testo ad un interprete che ormai lo interroga da un altro luogo.

Da qui due radicali distorsioni.

Da un lato, se il suo orizzonte rimane inaccessibile, il testo si riduce a mero deposito linguistico, a nuda veste di un senso, che, non essendosi mai incarnato in una *generalis voluntas*, rimane arbitrario.

Dall’altro, – ed è ben più grave – questa inaccessibilità, ancor prima, preclude all’interprete di intendere appieno quel che lascia e verso che nuove sponde si dirige. Sì che da artefice di quella creazione cognitiva, che alimenta l’autopoiesi del sistema normativo, si muta in strumento di una colonizzazione del diritto, della quale, sovente, finisce per non cogliere appieno la reale portata.

Quest’ordine di processi ed i problemi che ne vengono sembra, per l’appunto, possano essere ben esemplificati dalle vicende della causa negoziale.

Le rappresentazioni sempre più svalutative, che la dottrina ormai di solito offre di questo antico “requisito” del contratto, si lasciano ascrivere, infatti, al progressivo offuscamento, cui il valore, che esso rivestiva nella triangolazione tra autonomia, Stato e mercato, è andato incontro dietro l’incalzare di questa sorta di nuovo meta-orizzonte che la circolazione dei modelli europei è venuta istituendo.

3. – In tutti gli ordinamenti occidentali si ritrova un principio, il quale, in linea di massima, esclude che la nuda volontà individuale possa produrre trasferimenti della ricchezza in assenza

JUS CIVILE



di una giustificazione o – il che alla fine non è molto diverso – che dispone che sia restituita quella ricchezza che sia stata trasferita in assenza di una tale giustificazione.

Come si sa, nella gran parte di tali ordinamenti questo principio conduce a privare di efficacia traslativa la nuda promessa ed a subordinare l'insorgenza del vincolo contrattuale ad un *vestimentum*, che, solitamente, viene denominato causa o *consideration*.

Nessun testo normativo, che sia ascrivibile ad una fonte europea o sovranazionale, ha mai escluso esplicitamente che questo principio possa ancora albergare negli ordinamenti nazionali ed annoverarsi tra i “requisiti” del contratto.

E tuttavia – come ben si sa –, la soppressione di questo principio, di questo necessario *vestimentum* del potere di autonomia, si presenta, ormai, come l'orizzonte principale e pressoché costitutivo di una serie di documenti prodotti soprattutto con il patrocinio dell'Unione, che non hanno valore normativo e che, però, hanno prodotto un clima influente, quasi un senso comune che attraversa il pensiero giuridico europeo.

Come si sa, si era cominciato con i PICC (*Principles of International Commercial Contracts*). Si è andati avanti con i PECL (*Principles of European Contract Law*), che della causa non facevano più alcuna menzione e che, anzi, nell'art. 2:107 riconoscevano efficacia vincolante alla mera promessa. E si è continuato con il DRAFT (*Draft Common Frame of Reference*), che all'art. II. – 4:101 ne ha reso ancor più esplicito il senso, disponendo che, dati l'intento di obbligarsi ed un accordo sufficiente, “*a contract is concluded without any further requirement*”.

L'influenza di questi documenti è testimoniata dalla recente riforma del *Code Civil*, nel quale la causa, dopo oltre duecento anni di onorato servizio, sembra essere scomparsa.

A tutti è noto il ricco, colto e intelligente dibattito che su questi documenti si è sviluppato, per merito soprattutto di U. Breccia, all'insegna della “morte” della causa o della necessità di riconoscerne la sopravvivenza o la “resurrezione”.

Prima, per lo più, ci si era chiesti quali siano i problemi che la causa risolve e se e come possano essere con pari efficacia trattati a partire da altre discipline del contratto, quali l'oggetto e/o l'errore.

Quest'approccio era certamente corretto, ma, talvolta, è stato implementato muovendo da un punto di vista parziale, quello secondo il quale, dopo l'eclissi del dirigismo statale e la conseguente evaporazione della bettiana “funzione sociale”, alla causa non siano rimaste da trattare che solo questioni attinenti agli interessi particolari dei singoli contraenti.

Come altrove si è cercato di mostrare, le cose non stanno proprio così.

La causa, storicamente, è stata chiamata ad un compito, che ha poco a che vedere con le pretese dirigistiche dello Stato e che, tuttavia, si situa su quel crinale decisivo che designa le condizioni alle quali l'ordinamento garantisce che l'accordo delle parti divenga legge per esse.

Questo crinale, ove si determina il rapporto tra legge e contratto, definisce l'orizzonte di senso non solo della disciplina contrattuale ma anche dell'intero diritto privato: esso, infatti, conferma la triangolazione fondamentale tra ricchezza, privati e società, su cui si è fin qui retto l'ordine moderno.

È, perciò, sul senso di quest'ordine che interviene la soppressione della causa, ed è, pertanto, dalla sua illustrazione che si può apprezzare il nuovo orizzonte che, al di là delle intenzioni di chi la propone, questa soppressione inevitabilmente dischiude.

4. – Il requisito della causa nasce dalla doppia intenzione che definisce il senso del diritto moderno.

Il diritto moderno sancisce il principio *solus consensus obligat*, il quale sottopone l'intero corpo sociale all'*ordine simbolico della volontà*. In forza di esso, infatti, nessuno può essere obbligato a fare/dare alcunché senza che vi abbia acconsentito, dimodoché la volontà individuale diviene il medium universale di ogni relazione sociale.

Ma l'istituzione di quest'ordine simbolico, che consiste nella signoria della volontà individuale, al tempo stesso, sottomette le relazioni sociali all'*ordine funzionale del mercato*. L'esclusione di ogni vincolo, che non risalga al consenso di chi vi è esposto, istituisce, infatti, il libero scambio a veicolo necessario della circolazione delle risorse. E il libero scambio, a sua volta, assoggetta ogni trasferimento della ricchezza alla ragione utilitaria: ed invero, nessuno si vincolerebbe a dare/fare alcunché per un altro se non per ottenerne un *quid* che soddisfi un suo bisogno o un suo interesse, allo stesso modo di come nessuno si obbligherebbe a dargli questo *quid* se non perché quel che ne riceve in cambio corrisponde a qualcosa che gli manca e di cui ha necessità.

All'ordine simbolico della volontà è perciò dato, intenzionalmente, di sottoporre la circolazione della ricchezza tra i membri di una società, e dunque, l'intera riproduzione sociale, al principio utilitario ed al mercato ove esso si celebra. E quest'ordine così dispone sulla considerazione che solo dando a ciascuno di agire secondo il proprio interesse si può realizzare l'interesse di tutti, e cioè il massimo benessere economico collettivo.

Come spiegava Max Weber, quest'ordine utilitario, cui così è mandato di governare il mondo, è, a sua volta retto dalla ragione calcolistica, la quale esclude l'imponderabile, e cioè esige che, in linea di principio, a determinare quantità e qualità della ricchezza che circola attraverso lo scambio sia, essenzialmente, il calcolo economico.

Tra l'ordine simbolico della volontà e l'ordine funzionale del mercato possono, però, darsi discrasie proprio a cagione dell'insinuarsi nelle relazione tra gli uomini dell'imponderabile: il che si dà, di norma, quando la loro volontà si determini o sulla base di considerazioni non utilitarie come lo spirito di *liberalità* o in forza di altri impulsi estranei alla ragione calcolistica quali l'*azzardo*.

Il funzionamento dell'ordine simbolico della volontà in modo coerente con l'ordine funzionale del mercato, che è deputato ad implementare, richiede allora che si adempiano tre compiti, che sistematicamente si trovano assolti negli ordinamenti moderni:

i. richiede, innanzitutto, che l'agire liberale sia tenuto chiaramente distinto dall'agire interessato e, nella misura del possibile, scoraggiato (enunciazione dello spirito liberale + sottoposizione alla forma solenne o alla consegna materiale);

JUS CIVILE



ii. richiede, ancora, che l'agire interessato sia ulteriormente distinto dal mero azzardo, che viene del pari, ed anzi ancor di più, scoraggiato (*denegatio actionis* a gioco e scommessa ancorché con *soluti retentio*);

iii. richiede, infine, che l'agire ricadente nel campo che si dà tra l'argine del dono e quello dell'azzardo sia sottoposto al controllo della ragione utilitaria, in modo da preservarlo dall'interferenza dei superiori fattori imponderabili, estranei alla ragione calcolistica (= liberalità e azzardo).

Il requisito della causa corrisponde, per l'appunto, a questo terzo compito ed è volto, proprio, a garantire che, nell'ambito dell'agire interessato, ossia in quel campo che è compreso tra il dono e l'azzardo, l'ordine simbolico della volontà operi in modo coerente con l'ordine funzionale del mercato.

Il requisito della causa sta, allora, a significare che il *consensus* obbliga solo quando esibisca questo *vestmentum*, che consiste, propriamente, nella riducibilità dell'atto di autonomia al paradigma utilitario, il quale esige che all'utile di una parte corrisponda l'utile dell'altra, e cioè che alla ricchezza veicolata dall'obbligo di un contraente corrisponda una ricchezza di ritorno veicolata dall'obbligo della controparte.

Il *vestmentum* della causa traduce, così, il principio che alla volontà dell'individuo è permesso di spostare la ricchezza solo quando questo spostamento si mostri determinato dalla ragione utilitaria e dal mercato che la dispiega, e cioè solo quando il *do/facio* di un contraente sia retto da un *ut des/facias* dell'altro contraente ed entrambi trovino ragione e misura esclusivamente nel mercato .

Dunque, *la causa propriamente consiste nella riducibilità del contratto al paradigma utilitario di questa ragione calcolistica, alla quale (riducibilità) è dato di espungere dalla circolazione quegli spostamenti di ricchezza che appaiano infiltrati dall'imponderabile del dono e dell'azzardo.*

Ma quel che ancor di più conta è che – come si è detto – questa sottoposizione dell'autonomia privata alla ragione calcolistica, che la causa negoziale è deputata innanzitutto a garantire, è imposta dall'ordinamento in vista di una *ratio* superindividuale, ossia affinché la ricchezza circoli (= si sposti) nella società secondo le “leggi economiche” del mercato, alle quali con ciò è assegnato di governare la distribuzione delle risorse ed assicurare la loro “distribuzione ottima”.

5. – La causa, dunque, attiene al nucleo di senso racchiuso nel diritto moderno, attiene al principio cui questo sottopone la circolazione della ricchezza ed all'ordine cui è affidata la riproduzione sociale. E, per conseguenza, la (perorata) soppressione della causa innova, o è in grado di innovare, quest'orizzonte di senso, modificando il principio e l'ordine che gli sono propri.

Nel quadro che si è tracciato, infatti, la soppressione della causa sta a significare che la volontà individuale vincola *without any further requirement*, ossia anche quando non sia riducibile al paradigma utilitario: il *consensus* torna nudo ed obbliga anche quando a determinarlo si sia

insinuato l'imponderabile del dono o quando abbia finito per traboccare nell'imponderabile dell'azzardo.

Si potrebbe pensare che questo superamento della causa, e dunque del controllo cui essa sottopone la circolazione della ricchezza, abbia a spiegarsi, alla fine, con l'ormai avvenuta introiezione di quel che essa era chiamata a garantire: dopo oltre duecento anni di società mercantile e di dispiegamento del paradigma utilitaristico un tal controllo dell'autonomia privata si sarebbe reso ormai ridondante.

Questa spiegazione sembra più che plausibile rispetto all'imponderabile del dono. In fondo, a contendere pericolosamente lo spazio del mercato era, un tempo, soprattutto il dono per l'anima, quella sorta di scambio occulto tra le ricchezze di questa terra e la salvezza nell'altro mondo, che non solo aveva alimentato a dismisura la manomorta degli enti ecclesiastici, ma che aveva anche il torto, attraverso le istituzioni e le attività caritatevoli, di soccorrere l'indigenza, sottraendo alla pressione del mercato fasce rilevanti di forza-lavoro e contenendo così, contro i dispositivi del mercato, la depressione dei salari.

Questo tempo, però, è tramontato da un bel po'. Ed il suo esaurimento può ragionevolmente dar conto della fine di questa tradizionale diffidenza verso il dono: esso ha cessato di darsi come veicolo di un imponderabile minaccioso per l'ordine moderno della riproduzione delle risorse ed ormai sopravvive solo dividendosi tra circolazione intra-familiare della ricchezza e corrispettività occulta dell'immagine mercantile (il c.d. scambio empirico).

Ma così non è invece – e lo si vedrà appresso – per l'azzardo.

Si potrebbe, ancora, pensare che la soppressione della causa rappresenti una sorta di semplificazione della disciplina contrattuale, di pulizia di questo risalente apparato normativo dalle incrostazioni, divenute dogmatiche, della tradizione, una semplificazione che troverebbe ragione in un'analisi ormai disingannata, la quale avrebbe mostrato come le prestazioni di questa categoria possono essere assolte con eguale efficacia da altri dispositivi della regolazione negoziale (oggetto ed errore).

Neanche questa ipotesi, però, si mostra seriamente sostenibile.

Da questo punto di vista, infatti, ciò che rileva non è che si possa trovare un'altra via per quel controllo mercantile che è demandato alla causa, bensì che chi ne propone, e propugna, la soppressione non lo fa per tale ragione, ma perché non vuole più che questo controllo si dia o, talvolta, perché neanche più immagina che si possa dare.

Vi è, allora, da chiedersi perché mai questo controllo, che non ha nulla a che fare con la pretesa che l'autonomia privata si pieghi ad una *ratio* politica e che, anzi, è volto a garantire la corrispondenza tra contratto e mercato, sia adesso percepito come un ingombrante ostacolo sulla via che conduce al compimento dell'ordine disegnato dal pensiero ordo-liberale.

Vi è da chiedersi, più precisamente, se questo ostracismo verso la causa venga semplicemente dal proposito di sigillare un trionfo della libertà negoziale sul primato della legge che, però, della causa ha smarrito l'autentica *intentio* mercantile o se, piuttosto, preluda ad un nuovo ordine dove la libertà negoziale si esoneri dallo stesso controllo mercantile.

JUS CIVILE



6. – La risposta a questi interrogativi si può intravedere ove più si manifesta la resistenza a questa soppressione, ossia in quelle, ormai numerose, pronunce della giurisprudenza di merito che sono tornate ad avvalersi della causa per controllare e invalidare i derivati creditizi e nei nuovi “requisiti” che la riforma del *Code civil*, rinunciando alla causa, ha tuttavia ritenuto necessario riferire all’oggetto.

Il problema dei derivati consiste propriamente in ciò, che schemi contrattuali in origine destinati ad uno scambio con il quale due operatori economici riuscivano a proteggersi reciprocamente da rischi che già correvano, prendono ad essere utilizzati senza che i contraenti siano esposti ad alcun rischio, e perciò al solo fine di scommettere su di esso.

Quest’uso speculativo risaliva già ai c.d. contratti differenziali, anche se il loro ancoraggio allo scambio rimaneva garantito dal loro assoggettamento alla facoltà dell’esecuzione coattiva. Ma quel che fa la differenza è, soprattutto, che quei contratti differenziali costituivano appannaggio di una cerchia ristretta di “giocatori di borsa”, mentre gli attuali derivati, dopo la liberalizzazione operata dai c.d. Accordi di Basilea, inondano il mercato finanziario e puntano le praterie dei risparmiatori medio-piccoli.

A questa mutazione del mercato finanziario la giurisprudenza di merito provò a reagire con prontezza, riconducendo i derivati speculativi alla scommessa ed assoggettandoli all’eccezione di gioco dell’art. 1933. Ma questa resistenza fu presto sconfitta, seppur con argomenti tutt’altro che irresistibili: prima, sull’eccezione che lo scopo speculativo atteneva ai motivi e non alla causa e, poi, sull’assunto che l’art. 1, comma 3, del TUF includeva i derivati, indistintamente, fra gli “strumenti finanziari” e che per questi, sempre indistintamente, l’art. 23, comma 5, del TUF escludeva l’applicabilità dell’eccezione di gioco.

Tuttavia, la giurisprudenza, soprattutto meridionale, non si perse d’animo e trasferì la repressione dei derivati dalla funzione speculativa in sé considerata al controllo del loro regolamento negoziale: innumerevoli sono ormai le sentenze di merito che sanciscono l’invalidità di contratti derivati per l’immeritevolezza della loro causa, ascrivendola alla inattitudine a svolgere la dichiarata funzione di copertura, al carattere unilaterale del rischio o alla irragionevolezza e incalcolabilità dell’alea.

Le argomentazioni di questa giurisprudenza possono, talvolta, mostrarsi discutibili. Ma tutte, in egual modo, valgono a segnalare ciò che per il giudizio causale rimane cruciale, ossia che questi contratti assumono una merce fittizia ad oggetto di uno scambio solo apparente.

Così i derivati si mostrano per quel che per lo più sono: scommesse, predisposte dallo stesso sistema finanziario e da questo consegnate in modo da guadagnarci in ogni caso e procurarsi a carico del risparmio privato quel che non riuscirebbe a procurarsi sul mercato degli investimenti produttivi e delle merci.

Ciò cui questa giurisprudenza reagisce è, perciò, l’introduzione su larga scala di una circolazione della ricchezza, che, invece che alla logica mercantile dello scambio, soggiace piuttosto all’azzardo: per mezzo (anche) dei derivati, l’imponderabile si è insediato nel mercato sotto l’apparenza del sinallagma per introdurre una nuova tecnica di valorizzazione del capitale finanziario, che consiste propriamente nell’espropriazione del risparmio privato.

La portata sistemica di questo dispositivo si apprezza a sufficienza se solo si pensa che la circolazione dei derivati sui mercati finanziari ammonta a circa 12 volte il PIL mondiale.

Ma questa finanziarizzazione dell'economia ed il dispositivo espropriativo che attraverso l'azzardo essa innesta non sono un "perfido inganno" del capitale globale (o non sono solo questo). Denunciano, piuttosto, una crisi che non si origina nella finanza e che sembra mostrare piuttosto il carattere di una crisi strutturale di sovrapproduzione: la depressione delle domande interne non riesce ad assorbire le capacità produttive del complesso industrial-commerciale e così la ricchezza, ormai sempre più concentrata, si è dovuta inventare un modo nuovo di valorizzarsi creando una "merce fittizia" con cui rastrellare il risparmio privato.

Ma per far questo questa economia finanziaria ha bisogno che la logica dello scambio, che la causa negoziale era deputata a preservare, sia definitivamente accantonata.

Di questo quadro, nel quale la questione della causa si propone, è conferma la recente riforma del *Code civil*: in essa la causa appare abbandonata, ma dell'oggetto sono predicati due caratteri che esibiscono un senso assolutamente preciso.

Dispone, infatti, il riformato art. 1169 che "*Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire*".

Ma questi due aggettivi semplicemente riferiscono all'oggetto il contenuto dell'art. 1225-3 dell'*Avant-projet* Catala, il quale prevedeva, appunto, che "*Les contrats aléatoires son dépourvus de cause lorsque, dès origine, l'absence d'aléa rend illusoire ou dérisoire pur l'un des contractans la contrepartie convenue*".

Dunque, il *Code* rinuncia alla causa, ma non rinuncia affatto a quel controllo che il giudizio causale implementava: il contratto deve sottostare alla logica del mercato e per questo a fronte dell'obbligazione di un contraente deve esibire una reale "ricchezza di ritorno", una contropartita che non sia, appunto, illusoria o derisoria.

Il che mostra che il problema della causa negoziale non è quello di salvare una categoria controversa o di semplificare la nomenclatura del contratto. Ma quello di non smarrire il senso che essa reca, di riproporre la questione che essa solleva e di interrogarsi sull'orizzonte che il loro accantonamento dischiude.

In questo modo opera questa sorta di meta-orizzonte, che la sopravvenuta complessità dei centri di interpretazione del mondo genera al di là delle innovazioni formali che produce. Questa diversa complessità opera non aggiungendo nuovi principi e regole che hanno da confrontarsi ed interagire con quelli sedimentati nei corpi normativi, ma scalzandone in radice l'orizzonte e ingenerandone l'oblio. E proprio per questo può finire per dar vita ad una scienza giuridica immemore, che da questo meta-orizzonte rischia di essere sedotta senza aver sempre contezza di quel che lo alimenta e di dove conduca.