



ANDREA MARIA GAROFALO

Professore a contratto – Università di Trieste

## LA CAUSA: UNA “STORIA DI SUCCESSO”? (A PROPOSITO DELLE OPERE DI VINCENZO ROPPO SULLA CAUSA DEL CONTRATTO)\*

SOMMARIO: 1. Introduzione: dall'adesione alla critica della causa concreta? – 2. La causa del contratto nelle opere di Vincenzo Roppo. – 3. L'autonomia privata e il “senso” del contratto. – 4. La causa come “valore concreto”. – 5. Una forma visibile per la causa. – 6. La causa concreta nella giurisprudenza attuale: interpretazione, ricostruzione e meritevolezza del contratto. – 7. La causa concreta nella giurisprudenza attuale: irrealizzabilità dell'assetto di interessi. – 8. Conclusione.

1. – In un recente e noto saggio, apparso nel 2013 sulla *Rivista di diritto civile* e intitolato *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito?*<sup>1</sup>, Vincenzo Roppo ha manifestato alcune perplessità circa l'attuale utilizzo giurisprudenziale della causa concreta.

I dubbi sollevati hanno suscitato negli interpreti italiani la massima attenzione, anche perché provengono da un autore che, sebbene oggi si mostri deluso dalle modalità con cui la giurisprudenza fa uso della causa in concreto, in passato è stato tra i più ferventi sostenitori della necessità di considerare, per l'appunto, la causa nella dimensione concreta di ogni singolo accordo.

Vivo è infatti il ricordo di quelle opere, elaborate in seno alla scuola genovese tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Settanta, a firma di Bessone, Alpa e Roppo, dedicate alla causa del contratto e a vari istituti limitrofi<sup>2</sup>. In esse si proponeva una lettura della causa tale da collocare quest'ultima nella concretezza del singolo specifico contratto; una lettura che offriva una nuova interpretazione delle disposizioni del codice e che però, pur venendo accolta con favore dalla dottrina, ha dovuto attendere proprio sino al recente *revirement* della Corte di cassazione sulla causa concreta per fare breccia nelle motivazioni esplicite delle sentenze<sup>3</sup>.

---

\* Lo scritto riproduce con alcuni ampliamenti e l'aggiunta delle note il testo della relazione tenuta presso l'Università degli Studi di Genova il 1° dicembre 2017, in occasione del convegno “Celebrare studiando. 1° Seminario per Vincenzo Roppo”.

<sup>1</sup> 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, 957 ss.

<sup>2</sup> Cfr. § 2.

<sup>3</sup> V. spec. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, 2203, con nota di G. BOSCHETTI, e già Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Giur. it.*, 2007, 867, con nota di S. SORRENTINO; Cass. 14 novembre 2005, n. 22932, in *Riv. dir. trib.*, 2006, II, 690, con nota di F.M. GIULIANI.



Oggi invece Roppo mette in guardia rispetto a un uso troppo disinvolto della causa in concreto. Debbo però subito precisare che, se ciò avviene, non è certo perché lo studioso ha mutato la sua opinione<sup>4</sup>.

A esser cambiato, semmai, è il contesto giurisprudenziale, proprio a seguito del *revirement* degli anni 2005-2006<sup>5</sup>. Quanto al pensiero dell'autore, si deve anzi riconoscere come tutti i suoi scritti dedicati alla causa, dai più risalenti sino a quello più recente del 2013, siano attraversati da uno stesso filo rosso: nel merito, la tesi che vi viene sviluppata è restata nel suo nucleo uguale a se stessa, venendo semmai ulteriormente arricchita; nel metodo, l'attenzione dell'autore è rimasta costantemente rivolta ad assecondare le stesse esigenze di chiarezza e, al tempo stesso, di rigore e adeguatezza.

A voler ulteriormente sintetizzare, mi pare indubitabile che la cifra di queste opere sia l'equilibrio: in esse convivono il rigore dogmatico e lo sguardo pragmatico, l'originalità nella ricostruzione della causa e il recupero dei profili più convincenti delle tesi formulate da altri autori.

Proprio per queste ragioni le opere di Roppo dedicate alla causa del contratto costituiscono un punto d'osservazione privilegiato per considerare questo istituto e l'applicazione giurisprudenziale che esso ha ricevuto negli anni, oltre che un modello di metodo per il giurista.

Conviene però, per confermare questo giudizio, procedere ora per gradi: e, in particolare, iniziare dal considerare le opere, risalenti agli anni Settanta e aventi per lo più la forma di articoli su rivista e note a sentenza, con cui Roppo prendeva per la prima volta posizione sulla causa del contratto.

2. – Lo sfondo su cui le opere poc'anzi richiamate si innestano è ben noto. Il codice italiano aveva accolto la teoria bettiana della causa come funzione economico-sociale, richiedendo tanto la presenza di una causa, quanto la sua “idoneità” (ossia la “meritevolezza”)<sup>6</sup>. La giurispruden-

---

<sup>4</sup> Del resto, uno spunto in tal senso era già nell'opera in cui Roppo dava l'ultima e più aggiornata sistemazione alle sue tesi in materia di causa, ossia in V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 345.

<sup>5</sup> Oltre a Roppo, di recente si sono soffermati in linea generale su questo sviluppo giurisprudenziale tra gli altri C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 256 ss.; M. MARTINO, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo idolum fori*, in *Corr. giur.*, 2013, 1441 ss.; F. DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio di credito*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2013, 1363 ss.; L. NAZZICONE, *La Cassazione e la causa del negozio*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione. Raccolta di studi in memoria di Antonio Brancaccio*, VII, 2013, Milano, 55 ss.; R. CATALANO, *La causa contrattuale nell'“uso” della giurisprudenza*, in *Dir. giur.*, 2011, 513 ss.; R. SGROI, sub art. 1325 c.c., in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Libro IV Delle obbligazioni (artt. 1321-1361)*, a cura di R. Sgroi, con il coordinamento di S. Ruperto, Milano, 2011, spec. 337 ss. Cfr., infine, AA.VV., *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, a cura di F. Alcaro, Milano, 2016.

<sup>6</sup> Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XV, 2, Torino, 1943, 112 ss. e 234 ss. (e, poi, v. ID., *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, ristampa a cura di G. Crifò, Na-



za, dal canto suo, sin dagli anni Cinquanta aveva aggravato le conseguenze di tale tesi ben oltre i propositi del suo autore<sup>7</sup>, escludendo almeno nelle declamazioni ogni rilievo dello “scopo pratico pattizio” e appiattendolo l’indagine causale su quella del tipo<sup>8</sup>.

Ben presto la dottrina italiana aveva avvertito la necessità di declinare diversamente la causa, affrancandola dal riferimento al tipo<sup>9</sup>: la tesi tralatizia, infatti, sterilizzava la causa e impediva

---

poli, 2002, 189 ss. e 372 ss., nonché ID., *Causa del negozio giuridico*, in *N. ssimo Dig.*, III, Torino, s.d. [ma 1959], 32 ss.; già ID., *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935, 210). Quanto al codice civile, gli articoli d’interesse sono i seguenti: 1322, comma 2; 1325, n. 2; 1343-1345; 1418, comma 2 (oltre a disposizioni più specifiche, tra cui, ad esempio, gli artt. 1234, 1876 e 1895 c.c.); v. pure la *Relazione al Codice civile*, nn. 603 e 613 ss.

<sup>7</sup> Solitamente s’imputa a Betti di aver, con la sua teoria della funzione economico-sociale, intriziato la causa del contratto (cfr. proprio V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 343 s., il quale opportunamente avverte come le critiche in realtà vadano sollevate nei confronti della formula breviloquente che ha sintetizzato la complessa tesi bettiana; v. pure F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli e B. Montanari, Torino, 2015, 70). Non deve però dimenticarsi come l’autore chiarisse che della causa doveva essere verificata anche la realizzabilità concreta (cfr. E. BETTI, *Teoria*<sup>2</sup>, cit., 386 s. e 389) e come egli supplisse in vario modo alle rigidità della sua teoria: in particolare, ammettendo comunque in talune circostanze la rilevanza causale del peculiare scopo pratico pattizio (ad esempio, in sede di valutazione della liceità della causa – in presenza, peraltro, di una concezione dell’illiceità dell’oggetto volta ad ampliarne molto la latitudine: *ivi*, 232 ss., 371 s. e 386 s. –) e demandando in altri casi l’apprezzamento dell’intento pratico a istituti differenti, ma parimenti lontani dalle tesi iper-volontaristiche (ad esempio, tramite il richiamo dell’interpretazione integrativa – *ivi*, 512 ss. –, con cui lo studioso rimpiazzava tra l’altro la teoria della *Voraussetzung*, dimostrandosi in pari tempo alquanto moderno: cfr. infatti oggi sul § 313 BGB T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung bei Individualabreden*, in *AcP*, 2013, 643 ss.). La pretesa rigidità della sistematica bettiana non stava nemmeno nella giustapposizione dell’aggettivo “sociale” al termine “funzione” (giacché, come meglio vedremo, non vi è autonomia al di fuori di categorie sociali, recepite e declinate dal diritto, che l’ammettano e ne fissino le regole, e che di conseguenza reggeranno anche i profili più peculiari e concreti del patto), ma, semmai, soprattutto nell’idea per cui la causa non poteva che essere quella social-tipica, derivante dalla ripetizione del negozio nella prassi (e – ma con questo si passa al piano delle letture che dell’opera di Betti possono offrirsi – probabilmente nella chiusura che l’operazione qualificatoria manifestava nei confronti del piano concreto, a fronte di una esplicita scelta pattizia della struttura negoziale: chiusura a sua volta derivante dalla statica distinzione teorica tra funzione economico-sociale scelta dalle parti e intento pratico delle stesse). A parte restava, ovviamente, tutto il tema della “meritevolezza” (ossia dell’idoneità della causa): su cui brevemente nt. 133.

<sup>8</sup> Di «funzione economico-sociale» parlavano già Cass. 28 febbraio 1946, n. 217, in *Riv. dir. comm.*, 1946, II, 149, e Cass. 7 maggio 1955, n. 1299, in *Giust. civ.*, 1955, I, 1075 (nel vigore del vecchio codice Cass. 10 aprile 1940, *Foro it. Rep.*, 1940, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 86). La rigidità traspare chiaramente da Cass. 14 marzo 1961, n. 565, in *Giust. civ.*, 1961, I, 991, e da Cass. 7 aprile 1971, n. 1025, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1796. A dire il vero, talune sentenze aprivano alla considerazione della «causa reale», dell’«interesse concreto sottostante alla causa [che] si comunica a questa», dello «scopo o intento comune», della «causa effettiva», dello «scopo pratico immediato». Rispettivamente Cass. 28 agosto 1952, n. 2781, in *Foro it. Rep.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 178; Cass. 13 giugno 1957, n. 2213, in *Foro it. Rep.*, 1957, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 147; Cass. 29 aprile 1961, n. 985, in *Foro it.*, 1962, I, 765, con nota di G. CEVOLOTTO; Cass. 2 agosto 1969, n. 2913, in *Foro it.*, 1969, I, 2407, con nota di G. PERA; Cass. 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro it.*, 1970, I, 1367. In dottrina riferimenti in M. DI PAOLO, *Nuovi orientamenti in tema di causa del negozio giuridico*, in *Foro it.*, 1974, I, 228 (e più di recente G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 144, nt. 2), e soprattutto in G. TAMBURRINO, *Osservazioni su un nuovo orientamento della Corte di cassazione in tema di causa del negozio giuridico*, in *Scritti giuridici in memoria di Barberio Corsetti*, Milano, 1965, 723 ss.

<sup>9</sup> In realtà, ciò avveniva secondo percorsi ben differenti: ora coniugando la causa in una dimensione molto generale e, così, legandola ai problemi della giuridicità (G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, 76 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, 574 ss.), ora, invece, ponendo l’accento sulla dimensione individuale (G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 250 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 215, 228, 244, 247, 259, 261 s., 280; più di recente C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, *Il contratto*, Milano, 2000, 447 s.); ora, infine, concentrando l’attenzione sulla qualificazione, al fine di spezzarne il legame con



di guardare alla concretezza del fenomeno contrattuale per il tramite di questo istituto, tanto che la giurisprudenza italiana si trovava di frequente a utilizzare, a tal fine, la teoria eccessivamente volontaristica della *Voraussetzung*<sup>10</sup>.

È ben noto, del resto, come i giudici tedeschi, francesi e inglesi si servissero, nello stesso frangente temporale, di strumenti raffinati che permettevano di osservare con oggettività il contratto, al fine di apprezzarne tutta l'economia complessiva, ben oltre i confini del tipo: si trattava della dottrina della *Geschäftsgrundlage*<sup>11</sup>, della *cause du contrat* francese<sup>12</sup> e delle *implied conditions* inglesi<sup>13</sup>.

È merito della scuola genovese<sup>14</sup>, e ovviamente in primo luogo di *Adempimento e rischio contrattuale* di Mario Bessone, aver sottolineato come le formule delle sentenze italiane fossero spesso mentitorie, nascondendo in frequenti occasioni una ben maggiore apertura verso la considerazione dei peculiari interessi pattizi, e come il migliore strumento per far emergere questa

---

l'idea più rigida di causa (oltre alla stessa opera di G.B. Ferri, si v. soprattutto G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 59 ss.).

<sup>10</sup> In altri termini, la teoria della funzione economico-sociale non si combinava con l'utilizzo di altri strumenti moderni al fine di considerare l'aspetto oggettivo-concreto dell'accordo (quali quelli suggeriti dallo stesso Betti), ma, tutt'al più, con una reviviscenza dell'originaria tesi di Windscheid sulla presupposizione. Cfr. ad esempio Cass. 10 dicembre 1976, n. 4601, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1894, su cui v. il commento di M. BESSONE, *Presupposizione, "oggettività" delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, oggi in G. ALPA-M. BESSONE-E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, 307 ss.; ma v. anche Cass. 8 settembre 1970, n. 1328, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1980, con nota di E. ROPPO; Cass. 17 settembre 1970, n. 1512, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 211, con nota di E. ROPPO, e in *Foro pad.*, 1972, I, 265, con nota di M. BESSONE (quest'ultima decisione, peraltro, assai ambigua nell'alternare oggettivismo e volontarismo); Cass. 2 agosto 1977, n. 3384, in *Foro it.*, 1979, I, 1036, con nota di M. BESSONE.

<sup>11</sup> Cfr. nt. 15.

<sup>12</sup> V. oggi, e comunque prima della recente riforma, spec. H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, II, 1, *Obligations théorie générale*<sup>9</sup>, par F. Chabas, Paris, 1998, 260; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4<sup>22</sup>, *Les obligations*, Paris, 2000, 126; F. TERRE-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*<sup>8</sup>, Paris, 2002, 338 s.; P. MALAURIE-L. AYNES-P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*<sup>4</sup>, in *Droit civil*, par P. Malarue e L. Aynés, Paris, 2009, 314; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Paris, 2006, 115 ss.

<sup>13</sup> Cfr. in particolare G. TREITEL, *The Law of Contract*<sup>11</sup>, London, 2003, 201 ss.; E. MCKENDRICK, *Contract Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2003, 155 s.; J. O' SULLIVAN-J. HILLIARD, *The Law of Contract*, Oxford, 2012, 167 ss.

<sup>14</sup> M. BESSONE, *Adempimento*, cit., spec. 270, 273 e 282 s.; ID., *Principio della presupposizione e "interpretazione" del contratto*, in *Foro pad.*, 1972, I, spec. 269, nonché ID., "Essenzialità" dell'errore, previsioni economiche e disciplina del contratto, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 884 s.; ID., "Causa" e "motivo" nella disciplina del testamento, in *Giur. it.*, 1972, I, 731; ID., *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 1254 e 1257 s.; ID., *Rilevanza della presupposizione, le teorie di Windscheid e di Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1978, V, 281; ID., *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della "causa" reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico-sociale del negozio*, in *Riv. not.*, 1978, 950; ID., *Causa tipica e "motivo" del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1104; E. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, 2379 ss.; ID., *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di "presupposizione"*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 218; G. ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1, 1507 ss. Alcuni di questi scritti sono racchiusi nel volume collettaneo G. ALPA-M. BESSONE-E. ROPPO, *Rischio*, cit. (ove v. in particolare M. BESSONE-E. ROPPO, *Il problema della causa nei suoi profili attuali. [Materiali per una discussione]*, 11 s.). V. pure F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 158 ss.

## JUS CIVILE



valutazione e, quindi, per darle forma giuridica non fosse la ricerca di una volontà psichica, come invece sottinteso dalla teoria della “condizione implicita” windscheidiana<sup>15</sup>, ma proprio la ricerca della “causa” intesa come funzione del singolo specifico contratto.

Roppo contribuì fortemente, con le sue opere pubblicate negli anni Settanta e dedicate alla causa, a diffondere questo orientamento; e ciò fece, non senza offrire diversi spunti originali, che subito passo a considerare.

Lo studioso rilevava anzitutto come la teoria della funzione economico-sociale soffrisse di rigidità, non consentendo di apprezzare la reale ragione giustificativa del contratto<sup>16</sup>. Essa, d’altro canto, veniva sconfessata dalla stessa giurisprudenza, che inevitabilmente finiva per guardare allo scopo pratico delle parti e per tradire un ordine concettuale che faceva derivare dagli interessi perseguiti dalle parti stesse la riconduzione del contratto a un tipo, anziché fondare sulla (formale) scelta del secondo l’ampiezza dell’*Interessenlage* rilevante<sup>17</sup>.

Sul piano concreto, Roppo riteneva centrale la ricerca della specifica «ragione giustificativa» (che ancora non veniva chiamata «causa», termine riservato a quella che denomineremmo “causa astratta”). Del resto, anche la riconduzione del contratto al tipo avrebbe richiesto di valorizzare gli interessi pattizi concreti.

All’interrogativo circa le modalità tramite le quali individuare questa reale ragione giustificativa del contratto, lo studioso rispondeva indicando la necessità di un apprezzamento svolto *ex fide*

---

<sup>15</sup> È singolare come la teoria della presupposizione (B. WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoléon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847, soprattutto 294) non avesse mai operato nell’ordinamento tedesco (v. fin da subito le critiche di O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung [im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches]*, in *AcP*, 1889 spec. 221 ss., cui replicava B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, in particolare 169, e cui rispondeva nuovamente O. LENEL, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *AcP*, 1892, spec. 51 ss.), ove era comunque (come da profezia di Windscheid) “rientrata dalla finestra” (B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, cit., 197), per mezzo della teoria, variamente declinata, della *Geschäftsgrundlage* (in senso ancora abbastanza soggettivistico da P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, spec. 26 ss.; con maggiore oggettività da K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht*<sup>3</sup>, München-Berlin, 1963, 17 ss. e 156 ss.; oggi, infine, nell’ambito del § 313 BGB, che taluno ritiene specificazione della *ergänzende Auslegung*: v. T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung*, cit., 650; v. pure ID., sub § 313 BGB, in *Münchener Kommentar*<sup>7</sup>, München, 2016, Rn. 46; è interessante avvicinare questa posizione a quella più risalente di D. MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 12. September 1978*, in Gemeinschaft mit K. Ballerstedt und F.A. Mann, hrsg. von H.H. Jakobs, B. Knobbe-Keuk, E. Picker, J. Wilhelm, I, Köln, 1978, 632 s., nonché a quella sostenuta, nella letteratura italiana, da C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 147). È altrettanto singolare come oggi si parli di presupposizione, in Italia, senza alcun riferimento alla tesi volontaristica ottocentesca della *Voraussetzung*, ma solo per richiamare i problemi che essa mirava a risolvere (e, potremmo dire, per riferirsi a quelle convenzioni sociali che ne sono alla base e che regolano un peculiare ingresso dei motivi nella causa: v. §§ 3 e 5).

<sup>16</sup> Cfr. E. ROPPO, *Causa tipica*, cit., 2378; M. BESSONE-E. ROPPO, *Il problema*, cit., 3 ss.

<sup>17</sup> Le critiche alla giurisprudenza erano quindi, per lo più, dirette all’*iter* argomentativo delle sentenze, che faceva uso di un istituto (la *Voraussetzung*) poco persuasivo (attribuendo una forma troppo volontaristica a una realtà sociale di cui, nondimeno, il diritto avrebbe dovuto sicuramente tenere conto). V’era anche nella giurisprudenza (come già nella tesi di Betti: v. *supra*, nt. 7) una vera e propria rigidità: essa era inerente alla necessità perdurante di trovare un tipo in cui qualificare il contratto (per lo meno un tipo sociale). La si sarebbe potuta superare (come avveniva implicitamente nelle opere di Roppo) ritenendo imprescindibile, più che una causa tipica, una causa generica, e rimandando per ogni altro profilo alla causa concreta. V. su questo il prossimo § 5.





*bona*, che tenesse conto delle circostanze concrete dell'accordo, valorizzandole secondo regole oggettive di costruzione del contratto. Ma queste regole, a loro volta, non avrebbero potuto prescindere dall'operazione di qualificazione contrattuale, con la quale anzi esse si sarebbero integrate.

Con piena coerenza Roppo sottolineava allora l'essenzialità del riferimento al tipo, in cui l'autore rinveniva un insostituibile «modello di distribuzione di rischi tra i contraenti»<sup>18</sup>, che avrebbe contribuito a definire l'ampiezza dell'*Interessenlage* rilevante.

All'importanza così riconosciuta al tipo si associava il nuovo volto attribuito alla funzione economico-sociale. Essa, affrancata da qualsiasi compito di controllo eteronomo sull'autonomia privata, in realtà già svolto dalla conformità alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume<sup>19</sup>, veniva attratta proprio al piano del tipo: in essa si ravvisava «l'operazione giuridico-economica realizzata tipicamente da ciascun contratto».

Mettendo a partito le varie indicazioni, possiamo rinvenirvi le linee essenziali di un sistema a più livelli<sup>20</sup>, ove poche generalissime cause (normalmente liberalità o scambio<sup>21</sup>) si ripartiscono in più cause di livello inferiore, le quali il più delle volte combaciano con quelle dei tipi (scambio di cosa con prezzo nella compravendita, tra premio e sicurezza nell'assicurazione). E sul piano più basso residua, ove il suo rilievo non sia già esaurito dalla causa del tipo, la ragione giustificativa specifica<sup>22</sup>, chiamata ad abbracciare quei motivi che, oggettivizzandosi, cessano di essere tali e vengono elevati a quella che oggi chiameremmo causa concreta<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> E. ROPPO, *Orientamenti*, cit., 222 s. Il riferimento al tipo non escludeva il ricorso al criterio del prezzo, dalla cui entità si sarebbe potuta desumere l'attribuzione a una parte o all'altra di certi rischi. A problemi differenti, seppur limitrofi, erano dedicati altri saggi apparsi nello stesso torno di anni: v. in particolare E. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "frustration of contract"* (In margine ad un "caso di Suez"), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1239 ss. (ma v. anche E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, già 676, poi 703 ss. e spec. 709, in cui il richiamo della buona fede come criterio per gestire i problemi della nullità parziale evoca proprio la *ergänzende Auslegung* tedesca: cfr. R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*<sup>4</sup>, Tübingen, 2016, 482 s.).

<sup>19</sup> E. ROPPO, *Causa tipica*, cit., 2381.

<sup>20</sup> V. in particolare E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 174 ss. Lo studioso coniugava, così facendo, più aspetti della causa, evitando nel contempo le critiche che taluno (esplicitamente F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 60 s., nt. 43; implicitamente G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico [a proposito di un recente libro]*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1497 ss., e soprattutto R. SACCO, *Il contratto*, cit., 580; di recente v. anche M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 123) avrebbe sollevato nei confronti dell'opera di G.B. FERRI, *Causa*, cit., spec. 135 ss., ove l'attenzione verso la dimensione *individuale* andava di pari passo all'abbandono di ogni riferimento a un livello più alto: quello, per così dire, connesso alla giuridicità dell'accordo e ai problemi dell'atipicità (cfr. anche la replica di G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, oggi in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 329 ss., spec. 335, nt. 21).

<sup>21</sup> E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 175 («in assenza di una di queste due possibili ragioni [liberalità e scambio], l'operazione contrattuale non avrebbe senso, sarebbe incomprensibile. Ed il problema e la funzione della causa consistono proprio in ciò: nello spiegare il perché, *la ragione ed il senso dei trasferimenti di ricchezza*, che costituiscono la sostanza di ogni operazione contrattuale»).

<sup>22</sup> Risulta implicito nell'opera, ma evincibile dalla complessiva posizione dell'autore, che la ragione concreta avrebbe declinato direttamente la causa di livello più alto.

<sup>23</sup> Su questo punto deve, per vero, registrarsi un'evoluzione terminologica negli scritti dello studioso. E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 174 ss., distingueva la causa dai motivi, anche se rilevanti; ma la ragione stava nel fatto che «causa»

# JUS CIVILE



La ricostruzione compendiata si arricchisce di particolari in anni a noi più vicini e, soprattutto, nelle più recenti edizioni del volume su *Il contratto*<sup>24</sup>.

Confutata la teoria della funzione economico-sociale intesa in senso dirigistico, Roppo si avvicina al tema della causa (tra l'altro, non senza inquadrare in chiave storica il problema), trattandone anzitutto dal punto di vista astratto, nell'ottica della "giuridicità" dell'accordo tipico e atipico. Tale prospettiva ricorda taluni notissimi studi sulla causa, sviluppati secondo un metodo storico-comparatistico<sup>25</sup>, ma se ne distanzia perché non rinuncia a un approccio unitario al tema della causa, intesa come "funzione" dell'accordo e non come "scopo" atomistico di ciascun contraente.

Lo studioso enumera le cause generiche che il nostro ordinamento conosce: lo scambio, anche sotto forma di scambio empirico; la garanzia e l'adempimento; la liberalità. Quest'ultima causa è «debole», per cui ha bisogno di essere sostenuta da elementi esterni, come la forma o la consegna di un bene. Lo stesso avviene per quelle cause che si fondano su un rapporto preesistente tra le parti, come avviene per la rinuncia o per la modificazione, le quali, pur deboli, trovano un sostegno proprio in tale rapporto preesistente.

Di nuovo, quest'angolo di visuale non esclude i problemi della causa concreta. D'altro canto, avverte Roppo, la causa di un contratto a rigore è sempre concreta: è sempre, cioè, quella ragione giustificativa specifica di un singolo contratto, quel suo senso complessivo che deriva dalla considerazione e dalla sintesi di tutti gli interessi che entrano nell'economia del contratto.

Nondimeno, nel ricostruire in concreto questa causa, si passa inevitabilmente attraverso l'individuazione della causa più generica (di scambio, di liberalità, e via dicendo) e, almeno in più delle volte, per il rinvenimento della causa del tipo, di cui quella concreta presenta i tratti e costituisce declinazione<sup>26</sup>.

La concretezza, dunque, consente da un lato di rinvenire nel contratto, con flessibilità e accu-

---

era termine ancora riservato alla sola funzione economico-sociale (al contrario, vi è stato chi ha parlato di funzione per la causa tipica e di causa per quella concreta: v. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 2, testo e nt. 2, e G. AMADIO, *La condizione*, cit., 203 e 205). Nella seconda edizione dello scritto dedicato al contratto (seconda rispetto alla prima apparsa nel 2001 e sempre inserita nel *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti), l'autore invece ammette che un motivo rilevante «in definitiva concorre a formare l'obiettivo ragione giustificativa del contratto, dunque la sua "causa" (concreta)» (V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 394 s.). Al fondo di questo sviluppo del pensiero sta l'utilizzo del termine "causa" anche per la ragione "concreta", che specifica e declina nell'individualità del singolo caso la funzione astratta. Cfr. pure V. ROPPO, *Causa concreta*, cit., 974, ove l'autore si domanda retoricamente: «che cos'è il motivo comune a entrambe le parti, e così forte per entrambe da essere l'unica ragione che le ha determinate al contratto, se non causa del contratto? E che genere di "causa" è quella che si sostanzia in uno specifico "motivo" che riflette specifici interessi delle parti di quello specifico contratto, se non – quasi per definizione – causa concreta?». Cfr. allora anche nt. 27.

<sup>24</sup> V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 341 ss.

<sup>25</sup> Cfr. ancora G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, cit., 76 ss., e R. SACCO, *Il contratto*, cit., 583 ss. Lo stesso Sacco nota l'influenza di queste tesi sull'opera di Roppo: cfr. R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>3</sup>, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 793, nt. 1.

<sup>26</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 408 s. Ivi l'autore nota che sfuggono dal tipo i problemi della causa dei contratti collegati e di quelli che seguono un preliminare: su queste peculiari figure v. però meglio *infra*, §§ 5 s.

# JUS CIVILE



ratezza, i tratti di una causa generica o (se del caso) tipica; dall'altro di apprezzare la specifica coniugazione di queste ultime, valorizzando tutte quelle peculiarità di cui la dimensione astratta non può tenere conto. Il riferimento va qui, soprattutto, al piano dei motivi oggettivati e, per ciò stesso, entrati nella causa<sup>27</sup>.

Ancora una volta, quindi, la causa viene collocata su più piani. La causa concreta, a sua volta, appare essere il risultato di un procedimento di qualificazione e costruzione, per forza di cose connesso anche all'interpretazione in senso proprio, seppur da esso distinto.

Una causa così intesa, oltre a essere inscindibilmente collegata ai problemi del tipo, si rivela strumento prezioso per risolvere due questioni.

Anzitutto – e qui va richiamata la causa di livello più alto – permette di individuare i contratti del tutto privi di senso, ossia le operazioni che restano mute sulla loro funzione. Queste, infatti, non sono collegabili ad alcuna causa generica: di talché, ove si presentino alle soglie della giuridicità, l'ordinamento potrà rifiutarle<sup>28</sup>.

In secondo luogo la causa – e qui spesso non si guarda solo a quella generica o tipica, ma anche ai peculiari interessi di cui allo specifico contratto<sup>29</sup> – sovrintende al controllo di funzionalità del contratto, ossia alla verifica di realizzabilità dell'operazione economico-giuridica<sup>30</sup>. Essa è «solidale» rispetto agli interessi pattizi, di cui valuta la reale soddisfabilità: sarà nullo, perché carente di causa (o, meglio, di una causa realizzabile, veritiera rispetto alla realtà delle cose), il contratto che nel concreto non può soddisfare la sua funzione.

---

<sup>27</sup> L'espressione, a dire il vero, non è di Roppo (parla di «motivi ... obiettivizzati», ad esempio, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 461). La uso perché essa consente di apprezzare chiaramente il fenomeno di quegli interessi, pur normalmente non ricompresi nei tratti del tipo (anche colorati concretamente, alla luce delle specifiche utilità che le parti si attribuiscono), ma nondimeno rilevanti. Roppo, viceversa, non utilizza questa formula: egli contrappone motivi, come tali irrilevanti, e causa.

<sup>28</sup> Il tema, come si sarà inteso, è quello dell'astrazione: chiarirò però dopo (nel § 5) come si debba distinguere tra contratto muto e contratto recante elementi di astrazione da una causa e come alle due figure si colleghino, rispettivamente, l'irrelevanza giuridica dell'accordo e la sua (anche solo parziale) nullità. La distinzione, per vero, non interdetta quella tra contratto causale e contratto astratto tipica del sistema tedesco (sia esso di tipo obbligatorio o dispositivo: v. per tutti M. WOLF-J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*<sup>10</sup>, München, 2012, 331 ss.), per la semplice ragione che nel nostro ordinamento non è possibile, per l'interprete, qualificare un atto come astratto (in altri termini, il problema dell'"astrazione" va risolto in sede ricostruttiva, e non già con riguardo ai profili di disciplina e di patologia: v. ampiamente nel § 5).

<sup>29</sup> In realtà, la realizzabilità spesso si considera a livello del tipo (si pensi alla carenza di alea in un'assicurazione). Dire se, così facendo, si resta in una dimensione causale tipica o si transita in una concreta (fermo restando che la causa è sempre considerata, qui, come realizzabilità e, quindi, come causa, *astratta o concreta che sia*, ma sempre *nel concreto*), non è facile: nondimeno, è un interrogativo anche poco utile (per quanto la risposta nel secondo senso, che appare più persuasiva, imponga di ammettere un certo grado di concretezza anche nella funzione economico-sociale bettiana: cfr. nt. 31). Sulla distinzione tra causa concreta e causa nel concreto v. *infra*, § 5 e § 7.

<sup>30</sup> Sul concetto di operazione economica v. E. GABRIELLI, *"Operazione economica" e teoria del contratto*, Milano, 2013, *passim*, ma spec. 69 ss. e 73 ss. (e già ID., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 131 ss., e G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 133 ss.; G.B. FERRI, *Causa*, cit., 251 ss.; M. BESSONE, *Adempimento*, cit., 269; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 1). L'aggiunta dell'aggettivo "giuridica" appare opportuna ove si voglia sottolineare il rilievo che il momento deontico (le regole) hanno sull'operazione (del resto, l'economia stessa non può ridursi alla considerazione degli interessi finali, materiali, da realizzare, dovendo abbracciare inevitabilmente anche il momento di disciplina). V. subito nel § 3.





La causa di cui Roppo ci parla è un concetto «oggettivo», ma al tempo stesso «concreto»; un concetto comunque non dimentico dei piani più astratti e generici, che sono rinvenibili anche nell'individualità dello specifico contratto.

3. – Giungiamo, così, al saggio del 2013. Lo sfondo su cui esso si inserisce è mutato. La giurisprudenza dal 2005-2006 non ripete più le formule mentitorie della causa in astratto<sup>31</sup>; ormai aderisce, quasi graniticamente, alla tesi della causa concreta. Quel che rileva Roppo non è tanto l'erroneità del concetto di causa concreta, quanto l'oscurità con cui la giurisprudenza lo adopera, finendo talvolta per abusarne (o, meglio, per usarlo in modo incauto e approssimativo oppure in ambiti in cui non è di alcuna utilità) e altre volte per dimenticarlo<sup>32</sup>.

Prima di considerare nel merito questo contributo – e, con esso, lo stato attuale della giuri-

---

<sup>31</sup> Già da tempo la causa concreta aveva fatto ingresso nella *ratio decidendi* di varie sentenze (fermo restando che lo stesso sindacato, cui la giurisprudenza non si è mai sottratta, di realizzabilità della causa ha sempre richiesto di per sé un certo grado di concretezza della causa, anche allorché questa non fosse stata estesa sino ad abbracciare i motivi rilevanti – e cfr. allora Cass. 27 luglio 1987, n. 6492, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Contratto in genere*, n. 365, e Cass. 23 settembre 1997, n. 9368, in *Foro amm.*, 1999, 584 –, e fermo restando che gli artt. 1344 e 1345 c.c. hanno sempre imposto di valutare l'illiceità della causa in una dimensione per vari profili concreta, come pure l'art. 1343 c.c. se ritenuto non confinato ai casi di contratti atipici secondo quanto notoriamente ipotizzato da F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>9</sup>, Napoli, 1966, 186 s., salva però allora la frequente, se non normale, sovrapposizione nei contratti tipici di oggetto illecito e causa illecita – cfr. Cass. 7 luglio 2008, n. 14769, in *Giur. it.*, 2009, con nota di A. GALATI, 1655, nonché V. ROPPO, *Causa concreta*, cit., 973 s., e *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 380 s. –). Il collegamento tra presupposizione e causa, ad esempio, era palese in Cass. 11 agosto 1990, n. 8200, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce *Contratto in genere*, n. 261 (ma v. già Cass. 21 novembre 1983, n. 6933, in *Foro it.*, 1984, I, 456, e risalendo indietro nel tempo Cass. 17 maggio 1976, n. 1738, in *Foro it.*, 1977, I, 2339, con nota di D. SINESIO). Più in generale, sin da talune occasioni negli anni Settanta (M. CASSOTTANA, *Causa ed "economia" del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 834, e M. BESSONE, *Causa tipica*, cit., 1114), e poi sempre più negli anni a seguire, la formula «funzione economico-sociale» era divenuta sinonimo di «funzione concreta socialmente apprezzabile» (anche di recente Cass. 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 2063, utilizza un lessico più antiquato, di fatto però considerando proprio la causa concreta). V., su temi vari, Cass. 27 febbraio 1996, n. 1537, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1480, in tema di gravità dell'inadempimento ai fini della domanda risolutoria; Cass. 13 gennaio 1997, n. 244, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce *Vendita*, n. 58, in tema di *aliud pro alio*; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, in tema di causa illecita (ma v. pure Cass. 15 dicembre 1975, n. 4137, in *Foro it.*, 1976, I, 1605, con nota di G. NICCOLINI, a proposito di una vendita collegata a un concorso a premi la cui autorizzazione era scaduta). Talune decisioni, infine, avevano già richiamato espressamente (con maggiore o minore chiarezza) la dimensione concreta della causa: oltre alle tre citate da V. ROPPO, *Causa*, cit., 960 ss. (ossia Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Contr.*, 1995, 362, con nota di M. AMBROSOLI; Cass. 23 aprile 2001, n. 5966, in *Contr.*, 2011, 1126, con nota di P. PERROTTI; Cass. 18 luglio 2003, n. 11240, in *Contr.*, 2013, 118, con nota di F. BRAVO) vale la pena di ricordare Cass., Sez. Un., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Foro it.*, 1974, I, 227, con nota di M. DI PAOLO; Cass., Sez. Un., 11 gennaio 1973, n. 68, in *Foro pad.*, 1974, I, 115, con nota di E. BALESTRINI (l'estensore di queste sentenze era il consigliere Tamburrino, di cui v. il saggio citato alla nt. 8). La tesi ivi riprodotta (specialmente nella prima decisione) era spesso richiamata adesivamente da altre sentenze (cfr. ad es. Cass. 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1987, I, 2366). V. poi anche, tra le altre, Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2481; App. Milano 3 luglio 1991, in *Giur. merito*, 1993, 1016, con nota di G. CRICENTI, e App. Milano 22 novembre 1991, in *Riv. it. leasing*, 1993, 452; Pret. Salerno 23 febbraio 1993, in *Dir. e giur.*, 1995, 261, con nota di G. DI GIOVINE. Testimonia la disaffezione verso tesi più risalenti anche Cass. 6 agosto 1997, n. 7266, in *Foro it.*, 1997, I, 3179.

<sup>32</sup> Cfr. F. PIRAINO, *Riflessioni*, cit., 57, nt. 86 (e v. pure E. GABRIELLI, *Causa in concreto e patti parasociali*, in *Giur. it.*, 2014, 1613 ss.). Difende, invece, in larga parte le modalità attuali di utilizzo giurisprudenziale della causa concreta C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 256 ss.

## JUS CIVILE



sprudenza sulla causa – vale la pena di fare un passo indietro. Se, infatti, l’obiettivo dello scritto poc’anzi menzionato è quello di evidenziare gli eccessi e le sviste in cui cadono i nostri giudici allorché sono chiamati ad adoperare la causa concreta, è bene interrogarsi ancora sulle varie sfaccettature che il concetto di causa concreta può assumere e, in particolare, chiedersi perché – secondo quanto anticipato in apertura – la tesi in materia di causa esposta da Roppo appaia convincente e, soprattutto, bilanciata. Proprio l’equilibrio, del resto, in un momento di abusi e non usi, finisce per essere la qualità più importante di una ricostruzione, rendendola uno strumento idoneo all’indagine e alla decisione giuridica ed evitando un altrimenti facile naufragio nelle, oggi più che mai, tempestose acque di quel *mare magnum* che è la causa del contratto.

La riflessione che mi avvio a svolgere trova il suo punto di partenza in una distinzione classica, da sempre centrale nello studio dell’autonomia privata, che si presta a svariate articolazioni<sup>33</sup>. Mi riferisco alla contrapposizione tra interpretazione, da un lato, e qualificazione<sup>34</sup> e integrazione contrattuale<sup>35</sup>, dall’altro. Queste ultime, nondimeno, mi sembra possano venire raccolte in una nozione ancor più estesa della loro semplice somma: quella, cioè, di ricostruzione del contratto, il cui perimetro potrà emergere nitidamente proprio attraverso la distinzione di questo concetto rispetto a quello di interpretazione.

Per intendere correttamente la differenza – da cui trarremo numerose indicazioni per l’indagine sulla causa –, credo sia necessario contrapporre anzitutto la considerazione “statica” del contratto da quella, invece, “dinamica”: la prima volta a tener conto dell’accordo giuridico già interpretato e ricostruito; la seconda, invece, relativa all’insieme delle operazioni ermeneutico-ricostruttive che a tale esito conducono.

Nell’ottica statica, il contratto appare essere – come riconosciuto da tempo dalla dottrina<sup>36</sup> –

---

<sup>33</sup> Risentendo, più in generale, dell’adesione a una delle tesi che si contendono il campo in tema di negozio giuridico (o, per chi disconosce tale figura, di contratto): *Willentheorie, Erklärungstheorie, Geltungstheorie*, teoria pre-cettiva e via dicendo. Non è il caso di approfondire qui questi punti: basti notare come una delle posizioni più equilibrate, nel suo connubio tra soggettività e oggettività, sembri essere ancora quella di K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Leipzig, 1930, 34 ss., cui peraltro si devono alcuni degli studi più convincenti in tema di *ergänzende Auslegung* (ID., *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, in *NJW*, 1963, 737 ss.).

<sup>34</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, 11 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., 81 s., testo e nt. 68. Più di recente proprio V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 452, afferma che «fra interpretazione e qualificazione si sviluppa una dinamica biunivoca, e non unidirezionale: è vero che per qualificare occorre interpretare; ma questa regola [l’art. 1369 c.c.] ci dice che per interpretare occorre qualificare». V. pure A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, II, *Tecnica*, Torino, 2015, 458 s., ove anche ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>35</sup> L’idea, che del resto è al fondo della *ergänzende Auslegung* tedesca, trova sempre più accoglimento oggi, seppur secondo toni assai diversi tra loro. Cfr. N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull’interpretazione e sull’integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 726 s. (ma in un’ottica che tende più in generale a superare la distinzione tra auto-integrazione ed etero-integrazione: 734); C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., *passim* (ma ad esempio 386); V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 414.

<sup>36</sup> Cfr. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, spec. 64 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*<sup>2</sup>, Padova, 2004, 57; entrambi gli autori si riferiscono al negozio giuridico, ma nulla cambia. La dottrina tedesca dà rilievo, in tema di *ergänzende Auslegung*, al fatto che il negozio contenga una *Wertung*

## JUS CIVILE



un “valore” (quanto meno perché non appiattibile su un “fatto”, essendo invece “contratto”). Esso è l’atto che fonda un ordinamento tra le parti, dotato di un suo “senso” e di un suo “spirito” (di una sua intrinseca razionalità): ma è anche l’insieme delle regole che contraddistinguono questo ordinamento.

Che vi sia, del resto, una piena identificazione tra il patto inteso in modo puntuale come “valore” (come accordo dotato di un suo “senso complessivo” individuale ma al tempo stesso sociale, perché apprezzabile solo nella sua dimensione sociale<sup>37</sup>) e il suo “svolgimento” è espresso con lucida chiarezza dalla teoria tedesca dell’*ergänzende Auslegung* (interpretazione integrativa o, ancor meglio, costruttiva)<sup>38</sup>, in base alla quale – a voler sintetizzare – l’interprete può, entro certi limiti, ricavare dal patto, in virtù di questo suo “senso complessivo”<sup>39</sup>, una regola di dettaglio che le parti non avevano espressamente posto.

In una prospettiva interna, il richiamo non può che andare all’integrazione *ex fide bona*: purché vi si ravvisi – come a me pare preferibile – uno “svolgimento” del patto, che si fondi e che dunque dia a sua volta per acquisito il “valore” (ripeto: il “senso complessivo” del patto inteso puntualmente). Si tratterebbe, in quest’ottica, di un *Zuendedenken* dell’accordo: di un suo sviluppo (una sorta di “srotolamento”) derivante dall’intuizione del suo “senso” e, quindi, tale da porsi in totale conformità con lo stesso. In sintesi: una auto-integrazione fondata su un’intuizione del “valore”<sup>40</sup> (e compiuta, ovviamente, secondo convenzioni sociali recepite dal diritto

---

pattizia (ma il senso non è del tutto conforme a quello di cui al testo). V. pure A. GENTILI, *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, 1982, 294.

<sup>37</sup> Il punto è essenziale: sociale non vuol dire né rigidamente tipico (il giudizio sociale è flessibile, perché si basa su convenzioni sociali che permettono sfumature), né a-giuridico (o pre-giuridico, nel senso di “sociologico”). Quanto a quest’ultimo punto, è sufficiente evidenziare come la socialità sia “recepita” e “declinata” dagli istituti giuridici. Un chiarimento ulteriore potrà essere fornito nel paragrafo successivo, là dove parlerò di “piano effettuale”.

<sup>38</sup> Cfr. T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung*, cit., 619 ss.; R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*<sup>4</sup>, cit., 206 ss.; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II<sup>3</sup>, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, 321 ss.; J. BUSCHE, sub § 157 BGB, in *Münchener Kommentar*<sup>7</sup>, 2015, Rn. 26 ss.

<sup>39</sup> Che, aggiungerei, è anche il suo “senso” sociale, per quanto individuale. L’*ergänzende Auslegung* opera, beninteso, entro vari limiti, individuati dagli autori prima citati, su cui non è il caso di soffermarsi.

<sup>40</sup> Non posso sottacere come, in Germania, interpretazione integrativa (pur sempre condotta secondo buona fede: § 157 BGB) e integrazione di buona fede (§ 242 BGB) non corrispondano interamente, venendo assegnato alla buona fede un compito, in questo senso, eteronomo (T. FINKENAUER, *Ergänzende Auslegung*, cit., 624). A mio avviso, però, la buona fede di cui all’art. 1375 c.c. è davvero solo volta a enucleare regole conformi allo “spirito” del patto: per quanto ciò avvenga secondo parametri sociali a partire dagli interessi che connotano il contratto (interessi che sono comunque abbracciati dalla volontà pattizia, essendo a tal fine sufficiente – anche dal punto di vista psichico e, quindi, dell’errore fonte di annullamento – che essi, tanto se veicolati dalla dichiarazione, quanto da dati fenomenici a essa esterni, siano stati intuiti dalle parti o anche solo approvati in mancanza di un intento serio volto a escluderne in concreto il rilievo). Resta inteso che l’art. 1375 c.c. riguarda la fase di “svolgimento” del patto; a monte, però, esso si proietta sulla composizione del “senso complessivo” dell’accordo. V. sul punto, da un lato, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*, e ID., *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 269 s.; dall’altro L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi, Milano, 2011, 12; A. D’ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. Bessone*, XIII-4\*\*, Torino, 2004, 230 ss.; da punti di vista peculiari M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 150 ss., e già 31, e A. DI MAJO GIAQUINTO, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 387 ss.

# JUS CIVILE



all'interno delle sue categorie: convenzioni sociali di cui il giudice dev'essere interprete sensibile).

Con queste riflessioni ci avviciniamo già alla dimensione dinamica, in cui trova spazio lo sforzo, richiesto all'interprete, di ricomporre il "valore" mediante interpretazione e ricostruzione. Effettivamente, tanto l'interpretazione, quanto la ricostruzione non possono ricercare direttamente la singola regola contrattuale, ma debbono sempre transitare per il "valore", per il "senso complessivo" dell'accordo. Esso non è altro che un punto, un momento ideale, un baricentro, da cui discenderanno le varie regole: ma, giacché il compito del giudice è quello di trarre dal fatto (dall'insieme di dati fenomenici reali, sottoposti alla sua attenzione) le regole, tutta l'attenzione sarà rivolta alla traduzione del fatto in "valore", ossia alla ricomposizione della *ratio contractus*<sup>41</sup>.

Ora: interpretazione e ricostruzione appaiono entrambe dominate da criteri oggettivi, giacché nessuno ipotizzerebbe, come ormai risulta evidente, di ricercare una reale volontà psichica (che, del resto, nel contratto non esiste, essendo questo il prodotto dell'adesione di due o più parti a un regolamento)<sup>42</sup>. Tuttavia, è proprio la volontà – per quanto intesa secondo un concetto normativo<sup>43</sup> – a giocarvi un ruolo ben diverso, giacché solo l'interpretazione mantiene un legame con la stessa.

Non v'è miglior modo di chiarirlo, che passare a considerare come interpretazione e ricostruzione si svolgano.

L'interpretazione della dichiarazione (intesa in senso stretto, ossia come enunciato verbale<sup>44</sup>) mira a dare a questa un significato: o, meglio, un significato interlocutorio. Infatti, i risultati tratti in prima battuta dall'interpretazione della dichiarazione debbono essere inquadrati ricostruendo, per quanto in forma provvisoria, il "valore" (alla luce anche di altri dati fenomenici reali che accompagnano la dichiarazione: ad esempio, e per quanto la loro individuazione possa essere compiuta solo in concreto, spesso rileva la natura imprenditoriale di una parte o la sua rinomata

---

<sup>41</sup> Tradurre il fatto in valore: giacché, trattandosi di contratto, vi sarà un atto che presenta un valore deontologico tale da eccedere il valore dei singoli elementi materiali (esemplificando: una dichiarazione ingiuriosa ha un senso e produce un effetto di per sé; un contratto produce effetti grazie a questo *surplus* deontologico, ossia in tanto in quanto volto ad attivare convenzioni sociali da cui deriva la posizione di un atto di autoregolamento). Ciò avviene nonostante il contratto (e in genere il negozio, per chi ammette questa categoria) si avvalga di dati fenomenici reali. E così non potrebbe non essere: ma il ricorso a elementi materiali non elimina questo eccesso deontologico che, in quanto messo a disposizione di chiunque per il tramite di convenzioni sociali (recepite dal diritto, ovviamente) e volontariamente attivato in concreto, resta tale. Ovviamente, nel parlare di volontà (volontarietà) mi riferisco al concetto giuridico di volontà, che tendenzialmente corrisponde a quella psichica (ma non necessariamente: si pensi al caso dell'errore, anche irrilevante o difettoso di prova).

<sup>42</sup> V. P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 70; L. MOSCO, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli, 1952, 31 s.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 48. V. pure W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II<sup>3</sup>, cit., 293, 299, 302, 307 ss. e 323.

<sup>43</sup> Come anticipato alla nt. 41, la volontà di cui si parla nel contratto non è mai, ovviamente, quella psichica (v. prima nel testo): nondimeno, si parla di volontà, utilizzando un concetto normativo alla cui base vi è la *normalità* della volontà (della corrispondenza tra un'esteriorizzazione e la percezione interiore corrispondente). V. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II<sup>3</sup>, cit., 49.

<sup>44</sup> Ossia come dato fenomenico reale, a contenuto simbolico, che difetta nei comportamenti concludenti.



esperienza nel compiere un certo servizio); ciò aprirà poi nuove fasi di interpretazione e ricostruzione, in una dialettica costante tra queste due operazioni.

Più nel dettaglio, l'interpretazione richiederà di leggere le parole nel senso che esse socialmente hanno, tenendo conto anche del co-testo e del contesto (artt. 1362 e 1366 c.c.). Si inizierà dalla considerazione delle regole che appaiono centrali (soprattutto in vista della successiva operazione qualificatoria), verificandone il contenuto (e lasciando apparire, quindi, anche i messaggi impliciti veicolati dalle parti<sup>45</sup>, oltre gli usi peculiari dei codici linguistici, tali in certi casi da derogare al senso sociale normale delle parole nel contesto<sup>46</sup>).

Una particolarità<sup>47</sup> dell'interpretazione della dichiarazione contrattuale sta nel fatto che essa procede dal testo e va verso il contesto. Questo moto, comunque lo si declini<sup>48</sup>, indica che

---

<sup>45</sup> Fino a dove si può spingere l'interpretazione, nel rinvenire l'implicito, e dove invece si tratta di ricostruzione? Il confine è labile. Probabilmente, si può parlare di interpretazione solo là dove si tratti di arricchire la dichiarazione sul piano linguistico-pragmatico, in modo da rendere palese quell'ulteriore significato implicito che inferenzialmente era stato comunicato. Si ricadrà nella ricostruzione ogniqualvolta l'arricchimento del senso della dichiarazione, secondo un criterio di normalità (psichica), non avrebbe fatto parte della comunicazione implicita delle parti (o, meglio, sarebbe stato comunicato a un livello diverso, come "senso" vagamente percepito). Per questo il portato della ricostruzione non mi pare costituisca una implicitura nel senso di cui a K. BACH, *Conversational Implicature*, in *Mind & Language*, 1994, 124 ss. V. pure A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 462 s. (e v. pure 505, ove si ravvisa nella presupposizione proprio un implicito comunicato inferenzialmente dalle parti).

<sup>46</sup> Sulla differenza tra *langue* e *parole* v. ovviamente F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, trad. it. di T. De Mauro, Bari, 1970, 17 ss. Sulla *falsa demonstratio* (che, come tale, evita l'errore) cfr. A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003, 36 ss.; L. MENGONI, *Interpretazione del negozio e teoria del linguaggio (note sull'art. 625 c.c.)*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, 316 (per vero, diminuendone molto gli spazi di rilevanza); L. FERRI, *Errore ostativo e interpretazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1505 ss.

<sup>47</sup> Anche questa non inventata di certo a tavolino dal legislatore, ma derivante dalla stessa convenzionalità sociale che è al fondo dell'autonomia privata e che l'ordinamento giuridico recepisce e inserisce nelle sue categorie (fermo restando che il sistema giuridico può, in forme e limiti che qui non è il caso individuare, anche plasmare la socialità dell'autonomia – che poi verrà fatta oggetto di recezione –, ove il piano sociale assorba le soluzioni del diritto vivente).

<sup>48</sup> Una parte della dottrina ritiene che il testo prevalga sempre sul contesto; altri, invece, sostengono una tesi diversa (da un lato N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del Codice civile*, Padova, 1986, 12 ss. e 42 ss.; dall'altro C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., 281 s. e 309, e A. SCALISI, *La comune intenzione*, cit., 5 ss.; v. poi anche A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 2015, 399 ss., 482, 492 ss., 507 ss.). Il punto è, benché sotto altre forme, discusso anche in sede linguistica, ove taluno ritiene che l'enunciato possa avere un senso anche al di fuori del ruolo pragmatico del contesto, mentre altri sostiene che la considerazione del piano pragmatico è necessaria per poter addivenire a un enunciato di senso compiuto (v. in generale C. BIANCHI, *Pragmatica del linguaggio*, Roma-Bari, 2003; più in generale, per l'importanza del contesto, di recente C. PENCO, *Anatra all'arancia: il tema del contesto*, in *Teoria*, 2005, 5 ss.). Ad ogni modo, il rapporto tra testo e contesto che sto considerando ha un duplice rilievo. Anzitutto, esso individua una regola comunicativa (e quindi, si direbbe, di interpretazione soggettiva), come tale percepita o percepibile dalle parti (quali elementi del contesto debbano essere fisiologicamente utilizzati in quella specifica operazione ermeneutica). In secondo luogo, esso tocca il tema dell'errore (ostativo o, ancora meglio, *Inhaltsirrtum*), che si avrà quando una delle parti violi in modo riconoscibile questa o altre regole comunicative, in modo però non sufficientemente vicino alla dichiarazione perché si ricada ancora nell'interpretazione. Il punto di contatto è in questo: nel caso di errore si rende rilevante (eventualmente, ma solo tramite *falsa demonstratio*, già in sede interpretativa) un elemento del contesto (quello da cui si trae l'errore) di per sé irrilevante, anzitutto perché contraddittorio rispetto agli altri. Difatti, ove l'elemento sia così vicino alla dichiarazione



# JUS CIVILE



l'interprete per attribuire un primo senso alla dichiarazione deve iniziare la sua indagine dalla stessa, mettendola però in connessione con gli elementi del contesto comuni alle parti. Il rilievo di questi ultimi varia in funzione di diversi fattori e può essere individuato solo in concreto, anche in connessione con la natura del contratto<sup>49</sup> (dal che già possiamo trarre un indizio dell'inscindibilità di interpretazione e ricostruzione e, cioè, dell'impossibilità di separarle in fasi autonome e consecutive).

Per quanto solitamente non lo si riconosca, mi pare che un identico processo ermeneutico debba toccare anche i vari altri dati fenomenici, per così dire, esterni alla dichiarazione. Si pensi, ad esempio, al fatto che il prezzo di un bene sia particolarmente elevato (ipotesi il cui possibile rilievo ai fini della distribuzione dei rischi è ben noto<sup>50</sup>): verificare che lo sia anche per le parti, ossia che le stesse ne riconoscessero l'ammontare superiore al normale equilibrio di mercato (o quanto meno che non supponessero il contrario), dovrebbe dar luogo comunque a una questione ermeneutica<sup>51</sup>.

Compiuta questa prima, parziale e provvisoria interpretazione, volta alla ricerca delle regole centrali ai fini della qualificazione, si passerà subito dopo a fornirne una prima ricostruzione, in particolare proprio in funzione qualificatoria (il modello che fornisco è semplificante: difatti, il momento ricostruttivo non è tutto spostato in un tempo successivo all'interpretazione, ma è con questa frammisto).

Il rilievo di questa operazione è massimo. L'interpretazione avrà in prima battuta fornito alcune regole: ma queste debbono ora trovare ingresso nel contratto inteso come "valore". Sarà richiesto, allora, di leggere queste regole per il "valore" (la "parte di valore") che veicolano e che possono veicolare nell'ambito di tutto il contratto (alla luce, quindi, anche degli altri dati fenomenici materiali).

---

da screditarla immediatamente, avrà giocoforza rilievo interpretativo (si pensi un *lapsus* evidente, per il quale riterrei non necessario ricorrere alla *falsa demonstratio*, con quello che – probabilmente – tale istituto comporta con riferimento all'opponibilità verso i terzi del reale contenuto contrattuale).

<sup>49</sup> V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, *passim* (ma ad esempio 163 ss.), ma già L. MOSCO, *Principi*, cit., 55 ss.; G. CIAN, *Forma solenne*, cit., 62. Particolarmente interessanti sono poi le pagine di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., 326 ss. (spec. 328). Il problema – va sottolineato – si pone spesso dal punto di vista del rilievo già interpretativo dell'errore, come *falsa demonstratio*. I due punti di vista subiscono una crasi nei negozi *mortis causa*: ossia, nel testamento. Difatti, mentre nel contratto la valorizzazione del contesto consente di guardare allo spirito delle clausole, anziché alla lettera, pur nell'ambito di una comunicazione normale (art. 1366 c.c.) e pur nella necessità di una ulteriore successiva proiezione in un "valore" contrattuale (di per sé razionale), nel testamento esso non mira a far emergere i tratti di una comunicazione normale, ma più in generale a indagare la *voluntas testatoris*.

<sup>50</sup> E lo è soprattutto grazie a M. BESSONE, *Adempimento*, cit., *passim*. L'esempio più noto è quello del *coronation case*: chi paga molto la locazione di un balcone, in virtù del fatto che dallo stesso potrà assistere alla sfilata del re, addossa il rischio dell'evento (della mancanza dell'evento) alla controparte. Cfr. anche art. 1345 c.c., su cui in particolare C. SCOGNAMIGLIO, voce *Motivo (del negozio giuridico)*, in *Dig. disc. priv – Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 466 ss.

<sup>51</sup> V'è, nondimeno, una differenza: i dati fenomenici materiali possono avere un valore indipendentemente dalla conclusione del contratto (il balcone permetterà di assistere alla sfilata anche se non viene locato), mentre la dichiarazione ha un valore solo in tanto in quanto si proietta sul contratto (attuale o potenziale). Ciò deriva dal fatto che essa è un elemento simbolico.

# JUS CIVILE



Ciò dovrà condurre a rinvenire il “senso” sotteso alla regola stessa nel concorso con tutti gli altri elementi materiali che accompagnano la dichiarazione<sup>52</sup>, i quali (oltre a essere dotati e, anzi, in quanto dotati di un loro autonomo significato altrettanto materiale<sup>53</sup>) recano tipicamente un “senso” in prospettiva ricostruttiva<sup>54</sup>.

Queste operazioni coniugano interpretazione e ricostruzione. Giacché la ricostruzione dovrà far emergere un “valore” che sia anche un “senso” (e che, quindi, sia internamente sensato nella sua comprensibilità sociale<sup>55</sup>), inevitabilmente sarà essa a indicare le strutture di senso ammissibili (meglio: i possibili “sensi” sociali concretamente ammissibili)<sup>56</sup> e a individuare i vari dati fenomenici che si dovranno valorizzare in prospettiva ricostruttiva (oltre alla dichiarazione, quelli materiali che l’accompagnano); ma anzitutto dovrà essere l’interpretazione a rinvenire, per ciascuno, il “senso” vagamente percepito dalle parti.

In altri termini, si tratterà di confrontare il risultato ermeneutico provvisorio con le ricostruzioni ammissibili: in quest’ottica il primo consisterà in un “senso” vagamente intuito dalle parti da coordinare con gli altri “sensi” pure vagamente percepiti che la situazione di fatto esprime; tutti questi, poi, dovranno essere inseriti, in modo ordinato e più preciso, entro quel “valore” (“senso complessivo”) che si va componendo (è ovvio che, là dove scontata, quest’operazione potrà essere compiuta in modo istantaneo e senza scindere le varie fasi). Coordinare i “sensi” vaghi e precisarne la portata è proprio il compito che spetta all’interprete in sede ricostruttiva, senza nulla aggiungere al risultato dell’interpretazione, ma armonizzandolo e specificandolo (a

---

<sup>52</sup> Che non ne costituiscono, in questo senso, il contesto interpretativo. Quest’ultimo, infatti, ha rilievo tutt’al più per sciogliere le ambiguità o per esplicitare il non detto, là dove una dichiarazione sia conservata nella sua prima interpretazione anche in chiave ricostruttiva. Viceversa, nell’implicito non può ritenersi che rientri tutto ciò che solo il confronto con la ricostruzione permette di evincere. È ovvio, però, che il confine sarà in varie occasioni difficile da tracciare con nettezza.

<sup>53</sup> Si pensi alla natura imprenditoriale di una parte, che dispone di un bene per finalità di *marketing*. Sul tema v. A. CHECCHINI, *L’interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, I, 262 ss.

<sup>54</sup> Nell’esempio di cui alla nt. precedente, la natura imprenditoriale vale a escludere tendenzialmente un intento liberale (quand’anche la dichiarazione parli di “regalo”), specie ove il bene sia di scarso valore e la sua promozione pubblicitaria vada a vantaggio del disponente. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 350 s., sul concetto di scambio empirico.

<sup>55</sup> Sulla *ratio contractus* v. N. IRTI, *Testo*, cit., 19; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, II, cit., 533. Quest’ultimo autore lega i problemi di senso e *ratio* del contratto nell’ambito dell’interpretazione teleologica del contratto, ove ha un rilievo l’intento pratico pattizio. Rispetto a questa impostazione, la tesi che propongo nel testo si distingue per differenziare i momenti – pur inscindibili – interpretativo e ricostruttivo, ossia soggettivo e oggettivo, connettendo così la ricerca del “senso” a tutte le operazioni relative (come vedremo) alla causa. E questo in virtù soprattutto delle ragioni individuate alla nt. 45: ossia, non disconoscendo che anche in sede prettamente interpretativa il contesto e già il co-testo consentano di ricondurre le clausole a una complessiva razionalità, ma perfezionando questa grazie alla collocazione dei vari elementi di fatto in quell’ordine armonico che è il contratto come “valore”. Quanto, poi, all’importanza da attribuire alla socialità, essa non vuole costituire un sintomo di funzionalizzazione o un limite dell’autonomia, ma semplicemente il richiamo alla “razionalità” che, nel contratto, è per forza di cose “sociale” (giacché il “valore” è tale solo in prospettiva sociale e in virtù di quella convenzionalità sociale che è alla base dell’autonomia giuridica: v. meglio nt. 47).

<sup>56</sup> Ciò è palese per quanto riguarda la qualificazione, nel cui ambito gli accordi vengono fatti afferire a modelli di senso sociali (v. meglio il § 5). Ma ogni profilo, come a breve dirò, anche quello di più scarsa importanza del contratto richiede di essere espressione di un complessivo “senso”.



partire, più che da “regole”, da “sensi” vaghi desumibili dalle regole tratte interlocutoriamente dalla dichiarazione e dagli altri elementi esterni a essa).

Potrà avvenire che la combinazione dei vari “sensi”, pur vagamente intesi, sia scontata per la sua nettezza e, quindi, già evidente alle parti: nel qual caso l’interpretazione risulterà del tutto predominante (per quanto poi in chiave ricostruttiva i vari “sensi” si specifichino, arricchendosi di dettagli: si pensi proprio al rilievo che ha la qualificazione del contratto<sup>57</sup>). Potrà accadere, invece, che i “sensi” che l’interpretazione consente di individuare siano, per la loro vaghezza, di difficile – perché ambigua – composizione: e allora sarà prevalente, quanto a importanza, l’operazione ricostruttiva.

Ma, in ogni caso, l’una e l’altra possono comprendersi solo nella loro inscindibilità<sup>58</sup>: l’interpretazione permetterà di individuare, più che le vere e proprie regole finali, un “senso” vago per ogni dato fenomenico reale indicato come potenzialmente rilevante dalla ricostruzione. Quest’ultima, dal canto suo, risolverà questa vaghezza, componendo in modo ordinato e più preciso il “senso complessivo”.

Quanto alle regole già tratte dalla dichiarazione, ciò richiede, da un lato, di verificare la loro possibile corrispondenza a una struttura di senso (individuale, perché corrispondente all’individualità del contratto, ma sociale, perché derivata da una comprensibilità sociale, da un apprezzamento sociale complessivo, e ovviamente giuridica, perché l’ordinamento giuridico recepisce e meglio specifica la dimensione sociale); dall’altro lato, di appurare la loro eventuale ce-

---

<sup>57</sup> Per quanto certi risultati ermeneutici sembrano trasferirsi immediatamente sul piano del “valore” da ricomporre (veicolando in modo evidente e non superabile un “senso”, individuato peraltro in modo rigido: v. *infra* nel testo), è chiaro come la loro proiezione sul “valore” li immetta in una struttura di senso ben più ampia e, soprattutto, più analitica. Per esemplificarlo, si pensi alla dichiarazione di Tizio di comprare un bene da Caio e all’accettazione di questi: semplici parole, volte a dare l’idea di uno scambio di cosa e prezzo, vengono preservate nel “valore” finale, il quale però conterrà *in nuce* tutta la disciplina dell’accordo (anzitutto con riferimento al diritto dispositivo); in altri termini, il “valore”, per quanto inteso in modo puntuale, avrà in sé tutto il “senso” dell’accordo, dovendo poi solo venire “svolto” in una pluralità di regole. Il che eccede, per forza di cose, la comprensione che le parti potevano avere di quel “senso” veicolato dalla dichiarazione volta a sancire uno scambio di cosa e prezzo (“senso” che veniva approvato solo nella sua vaghezza: salva, ovviamente, la possibilità che le parti approvassero più “sensi” vaghi, derivanti da altri dati fenomenici, così come da altre parti della dichiarazione).

<sup>58</sup> Nell’esempio di cui alla nt. 53 l’interpretazione permetterà in prima battuta di intendere la dichiarazione (che poniamo essere stata “ecco in regalo un campioncino di questo prodotto” e che poniamo essere stata accompagnata dalla consegna del bene) come “trasferisco la proprietà come donazione di questo bene con la sua consegna”. Alla luce della possibile struttura di senso (del “senso” sociale ammissibile) l’interprete verrà chiamato a valutare anche altri dati fenomenici materiali, come la natura imprenditoriale del dante causa (poniamo, il titolare di una farmacia). E, allora, si ricaverà il “senso” di questo elemento, già percepito (o percepibile) dalle parti, ossia l’attitudine a spostare il baricentro del “valore” in virtù dell’interesse patrimoniale perseguito dal “donante”. Ovviamente, ciò sarà intuito a un livello vago dalle parti: così come vago sarà il “senso” da trarre dalla dichiarazione, che varrà come “trasferimento in proprietà a titolo di donazione” (questa vaghezza corrisponde all’intuizione che ciascuna parte aveva o poteva avere del complesso di situazioni di fatto). La composizione di questi elementi di fatto avverrà in sede ricostruttiva, ove ciascuno assumerà una sua posizione: in particolare, il “senso” della dichiarazione non sarà tale da scalfare la rilevanza dell’interesse patrimoniale (in virtù del peso di quest’ultimo e della non inequivocità in senso contrario della prima). Così composti i vari elementi di fatto (armonizzati e ordinati), si potrà rinvenire nell’accordo uno scambio sorretto da un interesse patrimoniale, con quel che ne consegue in punto di responsabilità (in virtù del noto criterio dell’*utilitas contrahentium*, operante quindi già in sede di intuizione del “valore”, da “srotolare” in seguito in una pluralità di regole – di rapporti giuridici –).

# JUS CIVILE



devolezza rispetto a un significato generale del contratto che appaia come più forte, come prioritario.

Il primo punto si spiega con facilità se si pone mente alla qualificazione: è possibile che le regole inizialmente tratte siano tra loro incoerenti o lo siano rispetto al “senso complessivo” che si va traendo dal concorso della dichiarazione con gli altri elementi materiali<sup>59</sup>. In questo caso non si potrà fare altro che far prevalere il loro spirito.

Ecco allora aprirsi il secondo profilo: indagare il “senso” vuol dire anche chiedersi fino a che punto una regola sia cedevole, ossia fino a che punto le parti abbiano espresso la volontà di approvare un contratto che la contenesse in tutta la sua rigidità, oppure semplicemente l'intenzione di dar vita a un contratto che fosse più vagamente influenzato nel suo “senso complessivo” da una certa clausola (o, meglio, fino a che punto il “senso” vago veicoli l'una o l'altra soluzione, in riferimento al “valore” che si va componendo<sup>60</sup>). Per comprenderlo, non vi è altra via che verificare la centralità della regola, in base al contenuto in prima battuta evidente e agli altri elementi linguistici da cui dedurre il connotato di fissità. Più saranno le ragioni a favore di un superamento del significato ricavato provvisoriamente (ad esempio dettate dalla necessità di evitare un'incoerenza interna al “valore” approvato dalle parti), più forti dovranno essere le ragioni testuali volte a far ritenere il “senso” della clausola coincidente nel suo centro con il significato estratto inizialmente<sup>61</sup>.

In ogni caso, la clausola che subisce questo processo il più delle volte si arricchisce, giacché, venendo intesa come “senso” vago e venendo poi precisata in sede ricostruttiva, finisce per avere un “valore” che spesso trascende quanto espresso esplicitamente o pure implicitamente<sup>62</sup>. Per contro, una clausola potrà anche essere svuotata nel corso di queste operazioni, ove si appuri che essa non ha alcun “senso” ed è, dunque, da ritenere “non seria”, “ineffettiva”<sup>63</sup>; infine, talvolta in virtù della sua portata limitata una clausola non influirà più di tanto sul “valore” e non apporterà profonde novità alla sua composizione<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Un esempio è rappresentato dalla vendita *transactionis causa*, di cui mi occuperò nel § 6. È probabile che una compravendita conclusa con questa finalità vada riqualificata; la volontà di concludere una compravendita, nondimeno, avrà un suo rilievo nell'individuare il baricentro del “valore” (ad esempio, ove si preferisca rinvenire in quell'accordo una transazione, dalla stessa dovranno presumibilmente discendere le garanzie per i vizi del bene).

<sup>60</sup> Infatti la volontà psichica normalmente coincidente con quella normativa è rivolta semmai e solo a quel vago “senso complessivo” di cui ho detto, che a sua volta potrà essere specificato diversamente a seconda della lettura che preferisca l'interprete in sede ricostruttiva. Esso contiene, comunque, traccia (anch'essa vaga) della maggiore o minore fermezza della clausola: ossia, del fatto che l'interesse che vedremo essere veicolato dalla stessa corrisponda più o meno rigidamente alla regola ricavata in via di prima interpretazione.

<sup>61</sup> Il quale muta sempre, là dove incide sul “valore”, quanto meno perché va inteso come “senso” (e v. allora subito nel testo).

<sup>62</sup> Esempio: la solita dichiarazione con cui Tizio vende a Caio un bene.

<sup>63</sup> Vari esempi nel § 6.

<sup>64</sup> Si tratterà spesso di clausole di importanza limitata nell'economia dell'affare: per le quali, anzi, spesso la ricostruzione del “valore” comporta l'attribuzione di un certo significato, implicato dalla necessità di coerenza rispetto al resto dell'accordo. E ciò dipenderà, di nuovo, dalla minore importanza del “senso” e dal suo ingresso ordinato nel “valore”. V. comunque oltre nel testo.



Così, al termine di questa dialettica circolare la clausola sarà divenuta “valore”: o, meglio, “porzione di valore” proiettata sul “valore” intero. Sarà allora possibile ricollegare al dato fenomenico (la parte di dichiarazione), attraverso quel medio costituito dal “senso complessivo” dell’accordo, una regola giuridica specifica<sup>65</sup> (tratta, a sua volta, dal “valore” tramite il suo “svolgimento”).

Ricaviamo da questa descrizione alcune indicazioni.

L’interpretazione da sé non è autosufficiente, giacché per trarre dalla dichiarazione e dagli altri elementi materiali un “valore” è imprescindibile comporre in modo ordinato i vari “sensi” che tutti questi veicolano (i quali, a loro volta, possono stabilirsi in modo definitivo solo nel loro reciproco concorso e nella loro collocazione in una struttura di senso “già data” e “preesistente”, perché fondata su convenzioni sociali e tale, quindi, da essere leggibile socialmente).

Ciò non toglie che l’interpretazione sia necessaria e che permetta di cogliere la volontà, intesa secondo un concetto giuridico, dei contraenti: non la loro volontà psichica, ma quella che era o comunque sarebbe potuta essere la loro volontà psichica (e che comunque trova una connessione con il soggetto agente quanto meno in via di auto-responsabilità, in virtù dell’emissione di una dichiarazione).

Se, però, l’interpretazione non è autosufficiente e abbisogna della ricostruzione, così anche la volontà, pur intesa secondo un concetto giuridico, deve risultare fisiologicamente incompleta (rispetto al contratto inteso come “valore” già ricostruito)<sup>66</sup>: altrimenti, dovrebbe ammettersi che l’operazione di ricostruzione finisca inevitabilmente per distorcerla (e non più di autonomia si dovrebbe parlare, ma di eteronomia). Ed effettivamente i contraenti fanno (o per lo meno non escludono<sup>67</sup>) che, concludendo l’accordo, approvano certi elementi di fatto, percepiti in modo

---

<sup>65</sup> Ovviamente, non si tratterà però di un collegamento preciso (sussistendo un’ovvia eterogeneità tra i diversi piani). Si potrà semmai evidenziare quale regola giuridica specifica è maggiormente ispirata a quella “parte di valore” rispetto a cui è stata particolarmente importante la presenza di un certo dato fenomenico. La stessa eterogeneità, si badi, è quella che impedisce di confrontare interpretazione e integrazione.

<sup>66</sup> La volontà non può essere contraddetta per mezzo delle operazioni ricostruttive. Essa, semmai, si ritrae; manifesta di avere ad oggetto un “senso” vago e non precisamente definito; accetta implicitamente la proiezione del voluto in un “valore”. E tale accettazione, pur non essendo ovviamente un dato psichico, è quanto meno una eventualità accettata o non esclusa dalle parti (salvi i casi di incapacità delle stesse, che ridondano finanche nell’impossibilità di cogliere il significato sociale del proprio atto); un’eventualità che esse approvano con la stessa conclusione del contratto (il quale, fondandosi sull’autonomia privata, e quindi su un fenomeno sociale, verrà letto attraverso le categorie di questa).

<sup>67</sup> Proprio una volontà di esclusione è manifestata da chi approva una *merger clause*: su cui v. in particolare M. FOGLIA, *Il contratto autoregolato: le merger clauses*, Torino, 2015 (ma il tema intercetta anche quello del contratto alieno: su cui v. *ivi*, 64 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto alieno*<sup>2</sup>, Torino, 2010, spec. 47 ss.; ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, spec. 31 ss.). E vi è in questo anche la riprova della mia tesi: ove due soggetti provenienti da un ordinamento spiccatamente formalistico concludessero in Italia un contratto (magari pensando di ottenere l’applicazione del proprio diritto), non si potrebbe che ricostruire il patto tenendo conto – in virtù di una *falsa demonstratio* – dei loro reali interessi (il caso potrebbe farsi afferire a uno dei «conflitti esterni» di cui tratta P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, *passim*, ma già 453, pur dovendosi ammettere che, qui, il conflitto sarebbe risolvibile tramite una ricalibrazione in via ermeneutica-ricostruttiva). Viceversa, tra persone facenti parte della nostra società non sarebbero valorizzabili quelle minime differenze nella percezione degli interessi, ridotte semmai a lite sulla più adeguata ricostruzione (lite rimessa alla sen-



## JUS CIVILE



vago (benché dentro questa vaghezza vi sia anche una qualche percezione della maggiore rigidità degli uni a scapito degli altri<sup>68</sup>, e benché il più delle volte questa vaghezza sia sufficiente a dar conto di tutti i lineamenti essenziali di un accordo<sup>69</sup>): elementi di fatto la cui esatta sistemazione entro un “valore” ordinato spetterà all’interprete giuridico<sup>70</sup>.

Questo moto – questo andirivieni tra interpretazione e ricostruzione, che non si compie in un solo momento, ma è continuo – non è proprio solo della qualificazione (che di regola rappresenta però la prima o una delle prime operazioni cui l’interprete si rivolge). In realtà ogni lineamento dell’accordo, anche il più infimo e il più particolare, passa attraverso questo circolo; nulla vale di per sé, tutto invece richiede di divenire “senso”.

Una volta concluse tali operazioni, l’intreccio tra interpretazione e ricostruzione avrà permesso, a ben vedere, di individuare – a partire dai dati fenomenici – un insieme di “elementi di fatto” aventi, ciascuno, un proprio “senso” (che, al termine delle varie operazioni, sarà ormai definitivo).

E tali “elementi di fatto” (che non saranno altro che i vari dati fenomenici, una volta che essi abbiano, in virtù di interpretazione e ricostruzione, assunto un “senso” dai contorni via via più precisi) si proietteranno proprio sul “valore” (o, meglio, si proietteranno di momento in momento in un “valore” che si va componendo, venendo apprezzati in via interpretativa e specificati, oltre che ordinati, in sede ricostruttiva). Di talché, in ultima battuta, “svolgendo” il “valore” potranno farsi emergere le singole regole contrattuali, già rientranti *in nuce* nello stesso<sup>71</sup>.

---

sibilità del giudice, portavoce di quei valori espressi dalla società: R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, Torino, 2016, 1394).

<sup>68</sup> In tal caso si potrà anche parlare di una percezione più precisa, ma sempre con consapevolezza (o per lo meno non esclusione) della cedevolezza rispetto a un elemento di fatto che apparisse come preminente (e però contrastante).

<sup>69</sup> Si pensi a una compravendita, di cui sia scontata la qualificazione anche per le parti. Viceversa, l’ambiguità, tale da rendere la ricostruzione predominante, vi potrà essere là dove la vaghezza del “senso” richieda di venire superata. Ciò può accadere per varie ragioni: ad esempio, ogni accordo dev’essere qualificato, il che non vuol dire solo attratto a un tipo (il che, per l’appunto, è spesso banale), ma anche precisato nella sua portata sociale proprio in virtù della riconduzione al tipo (il “valore” si connota di quei profili che, in sede di “svolgimento”, corrisponderanno al diritto dispositivo). A fronte di questa necessaria specificazione del “senso”, ve ne sono altre che non sempre ricorrono: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di incertezza qualificatoria o a quelle di ambiguità relative a questioni normalmente interpretative, risolte però in chiave ricostruttiva (cfr. nt. 71).

<sup>70</sup> A mio avviso a questo fenomeno deve ricondursi l’idea (pur diversamente articolata) di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., 85 s., di una distinzione di ordini di competenze tra il privato e l’ordinamento.

<sup>71</sup> Non vi è nulla, però, che nel contratto sia solo interpretato o solo ricostruito. Ciò non toglie che l’uno o l’altro profilo possano risultare predominanti in situazioni diverse (il che ha un rilievo operativo, perché solo ove la questione sia interpretativa e resti un dubbio si potrà passare, a mio avviso, all’interpretazione oggettiva). La predominanza dell’interpretazione si ha ogni qual volta una clausola ponga in modo “più diretto” (maggiormente inequivoco, alla luce dei possibili risultati ricostruttivi) l’interesse (la “parte di valore”) e si ha soprattutto per quei profili per cui questo più nettamente avviene. La ricostruzione sarà predominante là dove vi sia un’ambiguità derivante dalla vaghezza del “senso” che solo in quest’ottica può essere risolta (così, ad esempio, accadrà per quelle clausole il cui significato sia incerto e risulti però fortemente implicato dalla necessità di coerenza con il “valore” parziale già attinto: si badi, non tanto nel senso che la clausola può venire letta e intesa solo nel co-testo e nel contesto, ma in quello per cui la ricostruzione già avvenuta ne implica un “senso”; la distinzione è labile, ma sussiste ed è evidente là dove siano diversi i risultati di una interpretazione condotta quale punto di partenza e una invece già implicata dalla ricostruzione).



In tutti i casi, il significato finale – o, meglio, la regola contrattuale vera e propria – sarà solo intravista in via propriamente interpretativa, individuandosi in tale sede solo il generico orientamento di una clausola; la vera e propria regola sarà invece frutto della ricostruzione (anche per il tramite dello “svolgimento” del patto). Se ne trae un quadro vario: talvolta il “senso” finale della clausola (la “particella di senso”), e con esso pure la regola finale, dovrà essere nel suo nucleo<sup>72</sup> in tutto e per tutto analogo al significato ricavato inizialmente in via interpretativa; altre volte, invece, sarà in tale nocciolo uno dei possibili significati della clausola, sempre estraibili interpretativamente; infine, in ulteriori occasioni, se ne allontanerà, restando privo di un nucleo espresso (di un nucleo collimante al tenore espresso della clausola)<sup>73</sup>.

---

Si pensi all’ipotesi in cui un contratto di appalto di servizi per il riscaldamento di un edificio preveda un prezzo calcolato in base alla metratura dell’edificio stesso. Il problema sarà: si debbono conteggiare i muri, oppure i metri quadri cui il contratto fa riferimento sono solo quelli calpestabili? La questione è interpretativa, perché il dato da rinvenire è proprio quello tramite il quale viene veicolato l’interesse pattizio: e non sarebbe possibile risolverla in via ricostruttiva, giacché la ricostruzione postula già dati gli interessi. Ecco, a mio avviso, il senso dell’interpretazione oggettiva, cui si dovrà ricorrere in ipotesi in cui l’intreccio ermeneutico-ricostruttivo non dia esito alcuno. Non posso qui soffermarmi sulla questione: mi limito a rinviare alla nt. 177 con riferimento all’art. 1369 c.c. (oltre che al ruolo interpretativo della causa in virtù degli artt. 1362 e 1363 c.c.), ove cercherò di chiarire come una interpretazione oggettiva possa servirsi proprio del circuito tra interpretazione e ricostruzione (e però restare oggettiva). Su questi profili cfr., in senso vario, C. GRASSETTI, *L’interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, 19 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., 301 e 383 ss.; M. COSTANZA, *Profili dell’interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, 5 ss.; G. CIAN, *Forma solenne*, cit., 51 s., 55 e 92 ss.; L. MOSCO, *Principi*, cit., 35; N. IRTI, *Testo*, cit., 64 s. e 139 ss.; V. RIZZO, *Interpretazione*, cit., 158 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, II, cit., 386 ss., 398 s., 402 e 425 ss.; in giurisprudenza Cass. 15 luglio 2016, n. 14432, in *Foro it. Rep.*, 2016, voce *Contratto in genere*, n. 295.

<sup>72</sup> Dico così perché, al termine di interpretazione e ricostruzione, ogni parte della dichiarazione (così come ogni elemento materiale) avrà un “senso” che si proietta già sul “valore” contrattuale (ad esempio, nel *coronation case*, il prezzo non sarà solo alto, ma “alto e tale da far ritenere assunto un rischio”, sebbene questo orientamento sia per lo più percepito vagamente dalle parti). La clausola da cui desumere una qualificazione come compravendita, a sua volta, porterà con sé quell’ulteriore “senso” derivante dalla stessa qualificazione come compravendita (“senso” vagamente percepito dalle parti, e che in ottica ricostruttiva verrà definito come “inquadramento nel tipo compravendita”, con tutto quel che ne consegue in sede di “svolgimento” del patto; cfr. nt. **Errore. Il segnalibro non è definito.**). Resta inteso che la composizione di tutti i singoli “sensi” (che definirò “elementi di fatto”) non può che avvenire in via ricostruttiva, ove è anche ammessa la loro esatta e precisa collocazione e, successivamente, il loro “svolgimento” in regole puntuali.

<sup>73</sup> Talvolta perché la clausola sarà priva di ogni rilievo, non veicolando interessi rilevanti (come nell’*Hamburger Parkplatzfall*: cfr. § 6); altre volte perché (come nell’esempio della vendita *transactionis causa*: ancora § 6) ci si allontanerà drasticamente dal significato inizialmente espresso. Un esempio molto significativo è proprio quello dell’auto-qualificazione pattizia: clausola cui solitamente non viene attribuita alcuna importanza. Eppure, sottolinea V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 408, bisognerebbe chiedersi se, con essa, le parti non abbiano voluto incidere sulla disciplina applicabile al contratto. Il che, effettivamente, imporrebbe di ritenere veicolato dalla clausola un qualche “senso”. Quale controprova del discorso (e anche del diverso legame della volontà giuridica con interpretazione e ricostruzione), si consideri il caso dell’errore di una parte sulla qualificazione. Ebbene: di norma anch’esso sarà ritenuto “non serio” (proprio come la clausola di auto-qualificazione), salvo che non si dimostri che tale errore riguardava davvero una differente sistemazione del complessivo assetto di interessi. Ne deriva che le parti davvero approvano “interessi”, “porzioni di senso”, il cui rilievo è intuito ora con più precisione, ora più vagamente, ma che costituiscono l’oggetto del voluto; ogni questione di esatta declinazione (e composizione) è rimessa all’ordinamento giuridico (che si presterà a compierla utilizzando le convenzioni sociali recepite): le parti potranno solo e soltanto discuterne con il giudice, senza lamentare di “aver voluto” qualcosa di diverso (salvo, appunto, che non dimostrino un errore “serio”, nel senso che ho poc’anzi detto). Ci accorgiamo, così, che la “vaghezza” degli interessi approvati non dipende dal fatto che le parti spesso non sono esperti giuristi; piuttosto, dal fatto che non è di competenza delle parti spingersi oltre quella vaghezza

# JUS CIVILE



Di sicuro, via via che la ricostruzione avrà permesso di dar vita a un “valore” contrattuale più definito (sebbene ancora provvisorio), risulterà ancor più netta l’implicazione ricostruttiva: ossia, ben poco sarà il rilievo di nuove parti della dichiarazione sul “valore” (il che si tradurrà, se ci si sposta dal piano del dato fenomenico a quello della regola contrattuale individuata in sede di “svolgimento” del “senso complessivo”, nella scelta del significato più coerente con l’accordo già composto). Diverso sarà però il caso in cui ci si accorga di aver tralasciato elementi prioritari che, di per sé, sbilanciano a tal punto il “valore” da indurre a riassetarlo su un baricentro totalmente diverso<sup>74</sup>.

Le considerazioni svolte, e testé giunte a un punto d’arrivo, reggono un corollario, che ne farà intuire l’importanza nell’economia di questo lavoro.

Sin d’ora possiamo notare come le operazioni ricostruttive menzionate avvengano, *de iure condito*, in virtù del coordinarsi di più istituti: dall’applicazione del diritto dispositivo in virtù della qualificazione alla sua deroga implicita o esplicita (e all’integrazione *ex fide bona*); dalla nullità parziale alla possibile conversione del contratto.

Ma non è tutto.

Le operazioni in parola conducono a rinvenire un “valore” sulla base dell’armonico gioco di quelli che ho definito “elementi di fatto”: ma che, a ben vedere, corrispondono agli “interessi”. E il termine interesse qui, palesemente, non è inteso semplicemente come tensione verso un bene della vita (o come scopo<sup>75</sup>), ma più in generale come “valore” che, nei confronti delle parti, assume un certo dato fenomenico in un certo contesto.

Se così è, però, dobbiamo ammettere che il termine “valore”, con cui ho sintetizzato il contratto, equivalga a quello di “assetto di interessi”, inteso sia come plurimo concorrere di più elementi di fatto, sia come nuovo ordinamento creato dalle parti recante in sé il suo “senso complessivo”, il suo “spirito”.

Senonché, la formula “assetto di interessi” è pure quella che la dottrina<sup>76</sup> e la giurisprudenza<sup>77</sup> associano alla causa concreta. Non si tratta di una mera omonimia: la causa non è e non

---

(ma semmai del giudice; salvo, per l’appunto, dimostrare che si siano voluti interessi differenti).

<sup>74</sup> È il caso, ad esempio, dell’interprete che qualifichi un contratto come tipico commutativo, finché non si accorge della presenza di clausole che lo rendono atipico e aleatorio.

<sup>75</sup> Non posso sottacere come il più noto tra gli attuali sostenitori della causa concreta (ossia C.M. Bianca) la colleghi all’idea di “scopo”. Poiché a breve vedremo che “valore” e “causa” sono sinonimi, v’è subito da fare chiarezza sull’uso che farò delle parole. Se con scopo si intende il fine materiale perseguito da una parte con il contratto, esso è sicuramente rilevante come *uno* tra gli interessi di cui parlo nel testo. Tuttavia, in tal senso la causa non è “scopo” o “insieme degli scopi”, essendo anche molto altro. Ma in un’ottica più complessa (causa come “valore”) se si parla di “scopo”, di nuovo, o di “funzione”, si vuol intendere l’intero “senso” dell’accordo: infatti, giacché l’accordo è programma per il futuro, la sua causa è anche – in senso molto lato – lo “scopo” per cui le parti pongono in essere una dichiarazione (ossia, è il nuovo assetto di interessi che esse vogliono approvare).

<sup>76</sup> Per tutti C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 453.

<sup>77</sup> La definizione di causa concreta come «sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare» è quella offerta dalla celebre sentenza 10490 del 2006. E la sintesi può essere intesa come concentrazione in un punto ideale di tutta la portata del patto: in altri termini, centrale è sempre l’idea dell’accordo come “valore” e quella del suo “senso complessivo”.

# JUS CIVILE



può essere assetto di interessi soltanto nel senso per cui il contratto è volto a soddisfare certi interessi materiali finali; difatti, gli interessi sottesi all'espressione "assetto di interessi" sono anche quelli che attengono alla regola contrattuale in quanto tale, nella sua intensità e direzione<sup>78</sup>, così come, più in generale, sono tutti quelli che compongono la complessiva *Interessenlage* e che, in quanto elementi dotati di un "senso" e di un'incidenza sul "valore", si proiettano su questo, mutandone il baricentro e, quindi, la causa<sup>79</sup>.

Da questa conclusione sorgono numerosi interrogativi, che subito passo ad affrontare.

4. – Alla causa, specie se letta come causa concreta, è potenzialmente possibile ricondurre tutta la ricostruzione del contratto, così come pure il suo esito, ossia il contratto visto come assetto di interessi (o come "valore"): si tratta di un logico corollario delle premesse che ho posto poc'anzi<sup>80</sup>. In altri termini, la causa può abbracciare sia quel movimento di ricomposizione ordinata, attorno a un baricentro di "senso", dei vari dati fenomenici letti tramite l'interpretazione, sia quel "senso complessivo" definitivamente individuato dall'interprete. Si tratta delle due nozioni di contratto, dinamica e statica, che prima richiamavo: e che rappresentano quindi anche due nozioni di causa, dinamica e statica<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Esemplificando: da un lato vi sono gli interessi corrispondenti alla prestazione; dall'altro quegli interessi relativi alle regole contrattuali (emblematicamente: intensità della responsabilità o clausole di esclusione della stessa). Anche quando si parla di sola "funzione" non si intende il semplice risultato materiale, ma tutto ciò che l'atto di autoregolamento approva, sottratto solo il momento di approvazione di tale nuovo assetto di interessi. La "funzione", così intesa, è quindi l'intero patto nella sua portata sociale: in cui la regola di attribuzione o configurazione (v. § 5) e il vantaggio materiale occupano, inevitabilmente, una posizione preminente, attorno a cui si ordinano tutte le altre regole. Se così non fosse, ne risulterebbe una visione distorta e artificiosa: basti considerare una fideiussione, la cui causa deriva senza dubbio anche dalla considerazione dall'aspetto deontologico (la nascita di un credito).

<sup>79</sup> È sufficiente por mente alla distinzione qualificatoria tra contratto d'appalto e di prestazione d'opera: se essa può venire affidata alla causa (come ritiene C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 475) vuol dire che quest'ultima terrà conto dell'elemento discretivo (il prestatore d'opera è imprenditore medio-grande), il quale si inserirà come interesse nell'assetto di interessi, nel "valore" complessivo.

<sup>80</sup> Con specifico riferimento a un profilo, ossia al ruolo ermeneutico della causa, v. in dottrina già G. ALPA, *Unità*, cit., 1507 ss., e poi C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 258 (e già ID., *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 404, con richiamo dell'art. 1369 c.c.); C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione*, cit., 331 ss. (che collega causa e interpretazione già *ex art.* 1362 s., scartando invece il riferimento all'art. 1369 c.c.; v. però pure 404 ss.); E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 320 (valorizzando il richiamo al «senso» di cui all'art. 1363 c.c.); D. ACHILLE, *Metodo dell'interpretazione contrattuale e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 155 ss.; ID., *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 37 ss. (il quale si riferisce anche all'art. 1362 c.c.). V. anche la peculiare posizione di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, cit., 533 e 597 ss. (il quale attribuisce all'art. 1369 c.c. un ruolo abbastanza secondario e, mentre ritiene che l'interpretazione collegata all'individuazione della causa nasconda in realtà un ragionamento «circolare», esalta il ruolo dell'interpretazione teleologica); in giurisprudenza Cass. 22 novembre 2016, n. 23701, inedita. In Germania cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II<sup>3</sup>, cit., 315.

<sup>81</sup> Quest'ultima, come anticipato, rappresenta un momento ideale, che coincide con lo "spirito" del patto e che racchiude *in nuce* tutta la disciplina del contratto (la quale, a sua volta, si può trarre automaticamente "svolgendo" tale nuova *Interessenlage*).

## JUS CIVILE



Entrambe, a loro volta, non possono essere che dominate da un'istanza di socialità<sup>82</sup>, intesa non come limite dell'autonomia, ma come fondamento dell'autonomia stessa: quest'ultima, infatti, viene naturalmente esercitata adoperando strutture di senso, le quali, a loro volta, riguardano anche i profili più particolari dei contratti. Fuori da questa socialità non vi è autonomia difettosa (esercizio invalido della stessa<sup>83</sup>): semplicemente non vi è autonomia.

Apparirà chiaro, a questo punto, quali rischi porti con sé un concetto così ampio di causa, in cui si rinvenga tutto l'assetto di interessi visto, staticamente, come "valore" e, dinamicamente, come "valore" che si forma, ossia come insieme delle convenzioni sociali che presiedono a tale sviluppo ricostruttivo.

In prima battuta essi appaiono essere due, tra loro strettamente connessi: da un lato, v'è il pericolo che la causa finisca semplicemente per coincidere con il contratto<sup>84</sup>; dall'altro, v'è quello che essa si sovrapponga ad altri istituti, svuotandoli di contenuto o, più probabilmente, finendo per essere un istituto inutile<sup>85</sup>.

Si apre allora, a ben vedere, un terzo rischio: dove vi è inutilità vi è un ulteriore pericolo, ossia quello di confusione. Questo, a sua volta, emerge chiaro, se si pensa che una nozione come quella di causa, proprio per la sua potenziale vastità – non va tra l'altro dimenticato che la causa, oltre al ruolo ricostruttivo, ha pure una funzione di controllo della realizzabilità e della liceità del patto, nonché, per chi l'ammette, di meritevolezza –, finisce per poter essere piegata ai più diversi utilizzi, permettendo di mascherare la reale operazione di volta in volta compiuta dal giudice dietro a una formula *passe-partout*.

Verrebbe fatto di chiedersi, a questo punto, quale sia la legittimità teorica di un istituto come la causa, quanto meno perché il suo spazio d'azione sembrerebbe sovrapposto a quello di altri istituti. E la risposta che a questo punto sovviene è proprio quella indicata da Roppo.

Non solo perché altri ordinamenti ne fanno a meno<sup>86</sup>, addossando immediatamente ad altri

---

<sup>82</sup> Avverto sempre che non si tratta di una tensione sociologica, ma di quella socialità che informa gli istituti giuridici.

<sup>83</sup> Diverso è chiedersi, dopo aver individuato un contratto (un accordo giuridicamente rilevante), se esso sia realizzabile. Tale interrogativo può portare a rievocare, in un'altra prospettiva, la normalità sociale: si pensi alla vendita *nummo uno*, che come contratto di scambio è irrealizzabile.

<sup>84</sup> Lo nota soprattutto, con riguardo alla causa intesa come funzione, R. SACCO, *Il contratto*, cit., 577 s. (più di recente R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>3</sup>, cit., 780 ss. e 784 ss., e R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>4</sup>, Torino, 2016, 788 ss.). V. già E. OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 364, testo e nt. 38. V. però allora G. DATILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 790, secondo cui la causa va intesa «come profilo piuttosto che come elemento del contratto», di talché essa corrisponderebbe a «un valore che trascende la fisionomia strutturale del contratto medesimo», e già A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 234, nonché A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957, 13 s., testo e nt. 14.

<sup>85</sup> È una delle critiche tipica degli anticausalisti, sin da M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*<sup>2</sup>, II, Paris, 1902, 322 s., e da G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno*<sup>7</sup>, III, *Fonti delle obbligazioni – Contratti*, Firenze, 1925, 621.

<sup>86</sup> Quello tedesco, come noto, parla di causa in ambito contrattuale soltanto al fine di distinguere i contratti astratti, che non sono *zweckgerichtet* (basti qui il rinvio a K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerli-*



## JUS CIVILE



istituti l'onere di cogliere la socialità del patto, l'interprete italiano deve abbandonarla<sup>87</sup>: si tratta, infatti, di uno strumento che appartiene alla nostra tradizione. Tuttavia, dev'esserne trovata una nozione equilibrata: parlare di causa nel senso vastissimo che s'è detto, senza distinguere i vari ambiti in cui essa è di un qualche rilievo, rischia di annebbiarne l'utilizzo, di rendere difficilmente controllabile (già da un punto di vista linguistico) le decisioni della giurisprudenza.

Orbene: non è difficile rendersi conto che la causa, cui mi sono riferito nel precedente paragrafo, è quella “dinamica”, che svolge la sua funzione nel corso dell'itinerario ermeneutico-ricostruttivo volto a rinvenire il “senso complessivo” del contratto (e a trarre da questo regole specifiche)<sup>88</sup>.

La soluzione implicitamente offerta da Roppo è, invece, quella di attribuire alla causa quella forma visibile che essa inevitabilmente assume per svolgere le funzioni di cui è caricata *dal punto di vista statico* (ossia, ad accordo già interpretato e ricostruito).

Se esiste una causa immediatamente operativa, infatti, essa non è quella dinamica, ma quella statica: solo questa causa può (eventualmente) avere un margine di operatività reale e, in quanto tale, non sovrapposto a quello di altri istituti. Parlare di causa, a monte di ciò, non è errato, ma non è nemmeno necessario, come a breve vedremo<sup>89</sup>.

---

*chen Rechts*<sup>7</sup>, München, 1989, 328). Sulla recente riforma del diritto francese, che ha espunto dal codice la nozione, tra l'altro non coincidente con quella di causa, di *cause* (ma di fatto sostituendola con sinonimi in tutte le ipotesi in cui essa godeva di una concreta applicazione giurisprudenziale, salvo forse per il caso dell'atto privo di *expressio causae*) cfr. G. WICKER, *La suppression de la cause et les solutions alternatives*, in *La réforme du droit des obligations en France. 5<sup>e</sup> journées franco-allemandes*, sous la direction de R. Schulze, G. Wicker, G. Mäsch, D. Mazeaud, Paris, 2015, 19 s. e 137; D. MAZEAUD, *Pour que survive la cause, en dépit de la réforme!*, in *Droit & Patrimoine*, 2014, 38 s.; C. GRIMALDI, *Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots*, in *Recueil Dalloz*, 2015, 814 s.

<sup>87</sup> Nota il dibattito sulla causa in sede di progetti di diritto comune europeo (cfr. tra tanti V. GORLA-F. SILVA, *La causa come elemento essenziale del contratto. Assente o solo “nascosta”?*, in *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di C. Marchetti, Torino, 2012, F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*<sup>3</sup>, Wien-New York, 2009, 1150 s.; J. GHESTIN, *Faut-il conserver la cause en droit européen des contrats?*, in *European Review of Contract Law*, 2005, 416; R. RASCIO, *I Principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 255 ss.; C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, ed. italiana a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, XXIII ss.; A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 292 s.). Quanto all'abbandono della causa in Italia, si v. per tutti M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, *passim*; G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 31. Su questi punti v. di recente R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà “orizzontale” e contratto*, in *juscivile*, 2016, 508 ss.

<sup>88</sup> Rinvenire un “valore” e trarne delle regole non sono due operazioni distinte, ma due facce della stessa. In base a quanto già sostenuto, dovrebbe ammettersi che l'operazione a monte non sia solo interpretativa, ma nemmeno soltanto ricostruttiva. Compiuta l'interpretazione-ricostruzione, le regole del patto saranno implicite nel “valore”. Tra esse si potranno poi distinguere quelle poste direttamente dalle parti (ossia quelle che trovano un più diretto riferimento nella dichiarazione) e quelle, invece, derivanti dalla legge o dalla buona fede (rispetto alle quali la volontà, pur posta a fondamento della qualificazione e del più generale *oportere ex fide bona*, si atteggia in modo indiretto od obliquo, approvando semmai l'insieme degli elementi di fatto da cui trarre il “valore”). Questa contrapposizione tralattanza in realtà – come si sarà inteso – appare non del tutto perspicua, o comunque non assolutizzabile (cfr. nt. 65), in virtù dell'eterogeneità dei termini del riferimento (pur in parte collegati tra loro).

<sup>89</sup> O, meglio, può essere utile, finché però lo si faccia in modo equilibrato e senza oscurare, tramite il generico ri-

# JUS CIVILE



Ci si chiederà, a questo punto, per quali profili la causa statica assuma un rilievo direttamente operativo. Se causa è assetto di interessi, e se l'assetto di interessi non è altro che un profilo del patto, potrebbe apparire forzato ritenere che una tale causa svolga una qualche funzione: una volta interpretato e ricostruito, il contratto è identificato, e con esso anche la sua causa. Questa, assumendo una portata – per così dire – definitoria, non potrebbe presentare delle patologie.

Il ragionamento è esatto, ma manchevole. La causa statica ha davvero un ruolo operativo: anzi, *solo dal punto di vista statico il concetto di causa diviene insopprimibile*, ora per ragioni logiche (finché il diritto statuale voglia seguire la socialità e, con ciò, richiedere che ogni accordo presenti un “senso”), ora per motivi positivi.

Ritornano alla mente, qui, proprio le due funzioni della causa che Roppo sottolineava: da un lato, il controllo rispetto all'atto privo di causa; dall'altro, la verifica di realizzabilità della causa. Su di esse vale la pena di spendere alcune parole.

Quanto all'atto astratto<sup>90</sup>, effettivamente può avvenire che in via interpretativa *sembri* approvato un accordo tale, però, da non essere leggibile come “valore”. La soluzione che dovrebbe darsi a tale problema, a rigore, parrebbe essere (*ancora*) interpretativa: l'atto appare comunque incompleto e, quindi, giuridicamente irrilevante o comunque non rilevante come negozio o contratto (salvo il caso dell'art. 1988 c.c.).

A dire il vero, potrebbe anche supporre che le parti abbiano, semplicemente, voluto astrarre un effetto giuridico da un accordo più ampio. Nel qual caso, allora, ci si dovrebbero porre due interrogativi: se tale volontà abbia un rilievo per il nostro ordinamento; se, una volta correttamente qualificata, si scontri – e quindi sia nulla per violazione di una norma imperativa – con quelle disposizioni in base alle quali il giudice deve controllare (e quindi anche *poter* controllare) la realizzabilità della causa. Di tutto questo parlerò a tempo debito.

Per l'intanto, notiamo come proprio il controllo di realizzabilità tocchi la seconda dimensione operativa della causa. Si tratta di un concetto ineliminabile logicamente (fa parte dell'idea di contratto “sensato” la sua effettiva realizzabilità), ma positivamente declinabile in modi e forme diverse. Alla luce della scelta compiuta dall'ordinamento italiano, la causa, come istituto volto a

---

ferimento alla causa, la specificità dei vari momenti ricostruttivi. In questo mi pare possa trovarsi il punto di connessione dei diversi approcci al tema della causa concreta (del suo utilizzo giurisprudenziale) di Roppo e Bianca (per quest'ultimo: cfr. C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 256 ss.).

<sup>90</sup> I problemi dell'astrazione sono tali in tutti gli ordinamenti (e sono ontologicamente legati alla teoria della causa). I negozi astratti costituiscono, se ammessi, quella valvola di sfogo dell'ordinamento rispetto all'assorbimento pieno della socialità (della ricerca del “senso” sociale dei contratti, anche nel concreto) che, in pari tempo, conferma tale assorbimento (e così anche, *a fortiori*, ove i negozi astratti non siano invece ammessi). In altri termini, in tutti gli ordinamenti di *civil law* nel rifiuto dell'atto astratto (o nella sua ammissione pur circondata da note di specialità, anche formali) si può rinvenire l'adesione del sistema giuridico alle convenzioni sociali che reggono l'autonomia privata. Ciò vale, ovviamente, per i negozi obbligatori: quanto a quelli dispositivi, la scelta per l'astrazione va collocata nella più ampia sistemazione logica, che ogni ordinamento offre, del fenomeno del trasferimento della proprietà (che, a sua volta, può seguire il principio consensualistico, la distinzione tra *titulus* e *modus* causale, quella tra *titulus* e *modus* astratto o *Verfügungsgeschäft*).



consentire un controllo di realizzabilità del programma negoziale, è *de iure condito*<sup>91</sup> sicuramente insuperabile da parte dell'interprete.

Non è difficile, del resto, scorgerne l'utilità: la domanda relativa alla realizzabilità della causa (ossia del programma negoziale visto nei suoi tratti essenziali) permette di rendere solidale l'esecuzione del patto rispetto alle esigenze delle parti, anche là dove i problemi di irrealizzabilità non vengano adeguatamente coperti da istituti, per così dire, formalistici<sup>92</sup> (come l'impossibilità dell'oggetto o quella sopravvenuta della prestazione)<sup>93</sup>.

Insomma, il riferimento alla causa è volto a far affiorare proprio quei profili che solo nella causa trovano espressione<sup>94</sup>; a sua volta, l'aggettivazione della causa (che è qui *realizzabile*) permette di renderla operativa, e non solo, per così dire, definitiva. Non si tratta infatti, qui, di *cercare la causa*, ma semmai di *verificare la sua realizzabilità*. Cosa ben diversa.

Traiamone le conclusioni.

La causa dinamica non può logicamente dar luogo a una patologia del patto, rappresentando semmai una chiave di lettura (del resto, al di fuori della convenzionalità sociale semplicemente non v'è autonomia). La causa statica intercetta un vizio (in senso lato<sup>95</sup>): porti esso, per

---

<sup>91</sup> In Germania, infatti, non si parla mai di causa irrealizzabile (solo nel diritto dell'arricchimento i giuristi parlano di mancata realizzazione dello *Zweck*, e specialmente nell'ambito della *condictio causa data causa non secuta*: v. per tutti A. SÖLLNER, *Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritt des mit einer Leistung bezweckten Erfolges*, in *AcP*, 1963, 20 ss.; E. VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *Festschrift für Ernst Rabel*, I, *Rechtsvergleichung und internationales Privatrecht*, hrsg. von H. Dölle, M. Rheinstein und K. Zweigert, Tübingen, 1954, 346 s.; K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2<sup>13</sup>, *Besonderer Teil*, München, 1994, 151). Anche in Francia, oggi, non si parla più di *cause fausse*, ma – ad esempio – di *contrepartie illisore ou dérisoire* (art. 1169 *Code civil*). Il cambiamento è però in buona parte solo nominalistico (si consideri del resto J. GHESTIN, *Cause*, cit., 107 ss.); esso deriva forse dalle strettoie in cui la dottrina francese si era infilata accogliendo il concetto di causa dell'obbligazione (tipico e atomistico, in quanto tale difficilmente idoneo a sintetizzare tutto il patto), pur coniugato con quello di causa del contratto (come insieme dei motivi comuni: cfr. già H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-J. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, II, *Obligations théorie générale. Biens droit de propriété et ses démembrements*, Paris, 1956, 204 ss.). Tali concetti, privi di una portata definitiva dinamica e aventi solo un rilievo operativo nell'ambito dell'irrealizzabilità, sono stati sostituiti da disposizioni specifiche per il tramite della recente riforma (la quale, invece, non fa più cenno al problema dell'*instrumentum* privo di *expressio causae*, ossia del *billet non causé*: ma è probabile che i giudici francesi decideranno facendo applicazione dei vecchi orientamenti; d'altro canto la nuova riforma è avvenuta, come si suol dire, a "giurisprudenza costante": cfr. D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 800 ss.; P. SIRENA, *Verso una ricodificazione del diritto privato italiano? Il modello del nuovo Code Napoléon*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, II, Napoli, 2018, 1887 ss.; D. ACHILLE, *Efficacia, effettività e attualità della norma: il ruolo del precedente giurisprudenziale*, in corso di pubblicazione).

<sup>92</sup> Rischio di formalismo che di certo la causa evita, intercettando direttamente il "senso" sociale (anche concreto: ma pur sempre oggettivo, e quindi sociale) del patto. V. *infra*, più ampiamente, sulla causa come concetto "effettuale".

<sup>93</sup> Non per nulla un ordinamento, come quello tedesco, le cui categorie sono probabilmente più analitiche, sente il bisogno di sindacare quelli che per un giurista italiano sono problemi di realizzabilità della causa tramite altri istituti (non ultima, ovviamente, la *Geschäftsgrundlage*).

<sup>94</sup> Non è un caso che la causa irrealizzabile venga invocata soprattutto per casi tipici (come quelli dell'aleatorietà o della presupposizione), che si sottraggono a una diversa considerazione. Si spiega così anche la ragione per cui la causa illecita (un'altra causa *aggettivata*) si sovrappone, in numerosi casi, all'oggetto illecito: V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 380 s.

<sup>95</sup> Non è propriamente un vizio l'irrelevanza dell'atto muto. E, infatti, tale soluzione non è che un riflesso diretto

# JUS CIVILE



ragioni tecniche, all'irrelevanza giuridica dell'atto (non considerabile quale contratto<sup>96</sup>) o alla nullità del contratto<sup>97</sup>.

Sulla causa statica va, quindi, disegnata la forma visibile della causa. Giunti a questo risultato, possiamo però procedere anche oltre, al fine di verificare che rapporto vi sia tra la forma visibile della causa (plasmata sulla nozione statica) e la causa dinamica. Avvertendo però che, nel farlo, ci muoveremo in parte privandoci del saldo riferimento alle opere di Roppo<sup>98</sup>.

La nozione così tracciata di causa potrebbe – in un certo senso ed entro particolari limiti – essere utilizzata anche nell'ambito delle operazioni relative alla progressiva ricomposizione ermeneutica dell'accordo e, quindi, per aiutare interpretazione e ricostruzione (e in particolare sovrintendere a quest'ultima). Così facendo, si restituirebbe alla causa il suo ruolo dinamico.

Ci si potrebbe però chiedere se, così postulando, non riemergerebbero i rischi di sovrapposizione già prima denunciati: e, d'altro canto, ci si dovrebbe domandare se la causa abbia davvero una qualche utilità al riguardo.

Per rispondere a tale quesito, deve prima risolversi un problema assai ostico: quello della socialità dell'autonomia privata<sup>99</sup>. Se, infatti, nelle pagine precedenti ho parlato di una dimensione sociale dell'autonomia, che è comunque giuridica, debbo ora sciogliere e chiarire questa espressione. Al fondo, infatti, v'è la soluzione al nostro dubbio.

È inevitabile supporre che i privati si muovano in una prospettiva sociale (se si vuole, socio-giuridica, cui cioè è immanente la rappresentazione della sanzione giuridica statutale<sup>100</sup>). Ma è

---

della nozione dinamica di causa (interpretazione e ricostruzione impediscono di rinvenire nei dati fenomenici reali un contratto). Nondimeno, si tratta di un profilo statico della causa, giacché è staticamente che un atto senza senso pare essere giuridicamente rilevante (benché poi la soluzione richieda di riaprire l'indagine dinamica sulla causa: v. su questo profilo l'inizio del § 7). Ovviamente, di vero e proprio vizio parleranno quanti ritengono che l'atto muto sulla causa sia considerato nullo dall'ordinamento italiano (tra questi anche V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 362).

<sup>96</sup> In Germania l'atto privo di *Abstraktionswille* che non presenta una causa è probabilmente inesistente per *logischer Dissens* (in realtà, ciò avviene parlando di *essentialia contractus* e ponendo, tra essi, la scelta del tipo: cfr. U. DIEDERICHSEN, *Der logische Dissens*, in *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, hrsg. von D. Wilke, Berlin-New York, 1984, 89). In Francia l'*instrumentum* privo di *expressio causae* ha (aveva) secondo la migliore dottrina rilievo soltanto probatorio (sarà [sarebbe stato] il convenuto a provare che il contratto più ampio non è [era] stato concluso o presenta [presentava] delle patologie: cfr. F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*<sup>8</sup>, cit., 359 s.). Dirò oltre che il riferimento normativo dell'atto muto sulla causa in Italia è l'art. 1322, comma 2, c.c. (cfr. § 5).

<sup>97</sup> Cfr. ovviamente gli artt. 1325, n. 2, e 1418 c.c.

<sup>98</sup> Al fine di non sovraccaricare la causa, Roppo non sottolinea il suo ruolo interpretativo-ricostruttivo, limitandosi a taluni brevi riferimenti (cfr. V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 452, sull'interpretazione, e 812, sulla nullità parziale, ove è richiamata anche la buona fede; a dire il vero, la stessa definizione della causa come «ragione giustificativa del contratto», ossia come «*ratio*, cioè ... elemento che lo spiega razionalmente, che gli dà un senso razionale», appare vicina all'idea di causa dinamica, giacché nella *ratio* va inserito qualsivoglia elemento che può contribuire a delineare il «valore»: compresi quelli che non entrano nella forma visibile della causa). L'opzione è condivisibile; nel testo, però, vorrei provare ad approfondire proprio questa nozione dinamica di causa (centrale, invece, nel ragionamento di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 434 e 472 ss.).

<sup>99</sup> Tema notissimo. V. per tutti F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi in onore di A. Cicu*, II, Milano, 1951, 481 ss.; W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1929, spec. 53 ss.

<sup>100</sup> Effettivamente, già dal punto di vista sociale taluni rapporti, e in particolare quelli contrattuali (escluse le contrattazioni), appaiono richiedere una sanzione giuridica, che il diritto statutale (in tanto in quanto fenomeno sociale e in vir-

# JUS CIVILE



altrettanto ovvio che l'interprete giuridico – che non è certo un sociologo – debba far uso, nei suoi ragionamenti, di categorie giuridiche, al fine di ricostruire il sistema normativo (e, in particolare, di dare forma razionale agli interessi che emergono dalla realtà sociale e di trarre dalle disposizioni di legge, anche in virtù della finalità per cui sono state poste, le norme che più si confacciano a tale realtà).

Il diritto dei contratti è, a ben vedere, dominato tutto dalla socialità: del resto, sul piano sociale si formano, tramite la prassi, vere e proprie “regole” (le stesse regole secondo cui condurre l'interpretazione, come quelle relative alla rilevanza di un errore, appaiono avere un fondamento sociale). Al tempo stesso, il diritto dei contratti appartiene certo all'ordinamento giuridico statale: il che parrebbe contraddire la prima affermazione.

Onde evitare ogni incoerenza, deve ammettersi che tanto il legislatore, quanto poi l'interprete dei testi di legge, tendano a “recepire” questa socialità (allorché, ovviamente, essa appaia idonea alla sanzione giuridica statale). Nel farlo, il sistema normativo inevitabilmente declinerà e specificherà la dimensione sociale, che a livello giuridico si presenterà quindi tradotta in norme precise.

Difatti, benché nella dimensione sociale le “regole” presentino margini di vaghezza, risultando più sicure soltanto con riguardo a “casi semplici”, dal punto di vista giuridico è necessario pervenire a una e una sola soluzione per ogni caso<sup>101</sup>: quella, tra l'altro, che asseconi le esigenze di razionalità (e, in pari tempo, che – pur in ossequio a una misura minima di razionalità ineludibile – assicuri anche un qualche grado di certezza).

Orbene: in un sistema di diritto giurisprudenziale (s'intende: dominato dalla scienza giuridica) la soluzione si imporrebbe tramite un esame diretto del fatto. A sua volta, la certezza nell'applicazione del diritto, oltre che la razionalità (derivante dal trattare casi simili in modo simile), la speditezza e la controllabilità della decisione del giudice sarebbero assicurate, ad esempio, dal ricorso a metodo dogmatico o dalla tecnica del precedente.

In un sistema di diritto scritto come quello italiano (pur con le attuali forti inclinazioni verso una *judge made law*<sup>102</sup>), risulta più complesso il processo ermeneutico: esso, infatti, si trova a investire necessariamente, oltre al piano della convenzionalità sociale (ossia al piano valoriale), anche le disposizioni di legge.

---

tù soprattutto dell'opera di razionale aggiornamento degli interpreti) non potrebbe non concedere, salve ovviamente eventuali valutazioni fondate su *rationes* diverse (come quelle al fondo del controllo eteronomo: v. *infra* nel testo). V'è comunque da precisare, da un lato, che spesso le situazioni sociali concrete appaiono rientrare in una zona grigia di ambiguità e incertezza (che spetterà al diritto, in sede di recepimento, precisare); dall'altro, che socialmente talvolta si percepiscono – a livello collettivo – le particolari, e ulteriori, condizioni a cui il diritto statale subordina la predisposizione della sua sanzione (si pensi alla forma della donazione non di modico valore): ove così avvenga, l'interpretazione del volere terrà conto di questa normalità (da cui, però, in concreto le parti potranno discostarsi).

<sup>101</sup> Si pensi all'errore: è possibile annullare per errore non riconosciuto, salvo risarcire il danno, o meno? L'ordinamento italiano e quello tedesco offrono, come noto, soluzioni diverse sul punto (§ 122 II BGB e art. 1428 c.c.).

<sup>102</sup> N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1153 ss.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 765 ss.



# JUS CIVILE



Queste, a loro volta, non sono autonome rispetto alla dimensione sociale: viceversa, l'interprete dovrà interpretarle e verificare in che modo esse mirino a recepire la socialità.

Egli cercherà allora la regola entro i possibili sensi della disposizione (che lo vincolerà così entro uno steccato ermeneutico e, in tal modo, assicurerà una maggiore certezza del diritto). Nel farlo, l'interprete si avvarrà di costruzioni dogmatiche, tali da abbracciare anche le norme di legge e da inserire in un tessuto ordinato le regole sociali (di modo da concettualizzarle e da offrire una declinazione semplice e di pratico utilizzo)<sup>103</sup>.

Viceversa, là dove si esca dall'area di ambiguità della socialità (volendo: socio-giuridicità), la disposizione che tenda comunque a esserne mezzo di recepimento apparirà irrazionale (e, presumibilmente, incostituzionale). Resta fermo che talune disposizioni recepiscono dalla socialità le regole attinenti alla conclusione, all'interpretazione e alla ricostruzione dei contratti (più in generale, alla loro "rilevanza"); altre, invece, perseguono valori, sempre percepiti a livello sociale e di cui l'ordinamento giuridico si fa portatore, che definirei "trasversali", la cui concreta operatività richiede un intervento eteronomo sul contratto<sup>104</sup>.

Consideriamo a questo punto più da vicino le disposizioni di legge relative ai tipi.

Le definizioni legislative dei tipi non sempre risultano concordare a pieno con il "senso" sociale delle varie operazioni economico-giuridiche che vi sono sottese<sup>105</sup>: di talché, per lo meno ove si ritenga che dalla semplice qualificazione in un tipo derivi l'applicazione di tutta la disciplina dispositiva prevista dalla legge, risulta necessario ovviare a questo inconveniente.

Si può, in particolare, proporre di far incontrare interpretativamente le istanze sociali, da un lato, e le disposizioni di legge poc'anzi richiamate, dall'altro, proprio nella causa<sup>106</sup> (il che chiarisce la necessità del precedente *excursus*). L'idea, cioè, è che l'interprete debba guardare alle disposizioni definitorie del tipo, così come a quelle che ne recano la disciplina dispositiva, ponendole a confronto con il piano sociale. Si ricava, così, per ogni contratto tipico un "tipo effettuale", ossia uno schema sociale di senso declinato e precisato dal diritto statutale<sup>107</sup>, che costituisce il vero e proprio tipo cui ricondurre ciascun contratto concretamente concluso.

Il tipo effettuale, dunque, coincide con la portata sociale degli accordi afferenti a quel tipo,

---

<sup>103</sup> Così avviene, a voler esemplificare, per le regole di conclusione del contratto.

<sup>104</sup> A dire il vero, pure le norme relative alla patologia del contratto privo di elementi essenziali si pongono in continuità con l'autonomia dei privati. Di eteronomia può parlarsi, invece, per quanto riguarda quelle previsioni di legge che sostituiscono il contenuto del contratto in funzione della volontà ordinamentale di perseguire valori peculiari e diversi (allorché la sostituzione, invece, avviene in funzione di tutela di una parte, nella stessa può vedersi il recepimento di un'istanza sociale legata al piano precontrattuale, su cui però non v'è qui da indugiare).

<sup>105</sup> L'esempio classico è quello del comodato, la cui definizione non distingue tra un comodato con interesse patrimoniale del comodante e uno privo di tale interesse (mentre la disciplina dettata parrebbe adattarsi solo a questa seconda figura, soprattutto ove si considerino le mitigazioni della responsabilità del comodante che sono previste).

<sup>106</sup> Diversa è la soluzione di quanti (partendo tra l'altro da una concezione diversa della causa) hanno proposto di far uso del metodo tipologico (cfr. per tutti D. LEENEN, *Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB*, Berlin, 1971, 25 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, cit., *passim*; M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, spec. 223 ss.).

<sup>107</sup> Non molto diversamente in G. DATTILO, *Tipicità*, cit., 797 ss.

# JUS CIVILE



per come essa viene concettualizzata dall'ordinamento giuridico (a tal fine si terrà conto, in particolare, della disciplina dispositiva che è abbinata a ogni contratto tipico). Dovendo consentire l'apprezzamento di questo "senso complessivo", il "tipo effettuale" non può ridursi a intercettare i problemi di struttura del contratto (meno che meno formalizzata nel lessico delle varie posizioni giuridiche), né quelli di sola funzione (intesa in senso stretto come insieme degli interessi materiali da realizzare attraverso l'esecuzione dello stesso), ma dovrà congiungerli, lasciando emergere, per l'appunto, il "senso", ossia l'assetto di interessi tipico (o la funzione tipica, ma allora intesa come tipica operazione economico-giuridica).

Spetterà all'interprete, quindi, ricostruire a partire dalle disposizioni di legge il sistema effettuale, ossia la dimensione sociale per come declinata dal diritto statale: fermo restando che, successivamente, sarà sempre l'interprete a dover valutare se l'ordinamento in via eteronoma non si sovrapponga al "valore" privato, per disconoscerlo o per modificarlo<sup>108</sup>. Preciso queste osservazioni, onde evitare ogni equivoco: il livello effettuale è in tutto e per tutto giuridico, anche se non parla nel lessico delle posizioni e dei rapporti giuridici (gli effetti giuridici, in generale, appaiono in sede di "svolgimento" dell'assetto di interessi)<sup>109</sup>; esso, inoltre, individua il contratto "rilevante"<sup>110</sup>, a prescindere dalle (successive) valutazioni eteronome dell'ordinamento.

Su questo stesso piano effettuale si dovranno compiere, in generale, tutte le operazioni riconducibili alla ricostruzione: ed è facile capire, allora, in che senso la causa possa essere strumento e fine di tutte queste.

Procediamo però con ordine.

La qualificazione porta con sé l'applicazione di una certa disciplina al contratto: quella contenuta nel diritto dispositivo<sup>111</sup>. Essa, si è detto in dottrina, non è altro che una cristallizzazione legislativa della più razionale regolamentazione prevedibile per un certo tipo contrattuale<sup>112</sup> (in un certo senso, si tratta di una declinazione offerta dal legislatore di quell'*oportere ex fide bona* che è connesso alla conclusione di ogni contratto<sup>113</sup>, proprio in virtù del fatto – da più parti riconosciuto – che tutti i contratti moderni sono "di buona fede"<sup>114</sup>).

Ma, se così è, deve ammettersi che questo diritto dispositivo possa essere derogato sia in

---

<sup>108</sup> Cfr. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., 57.

<sup>109</sup> Così evitandosi le critiche reciproche di S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *In memoria di Giacomo Venezian*, Messina, 1934, 187 ss., ed E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., 180 s.

<sup>110</sup> Sulla rilevanza v. spec. N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *N. ssimo Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1094 ss.

<sup>111</sup> Su cui v. in particolare M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011.

<sup>112</sup> C.-W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner "Materialisierung"*, in *AcP*, 2000, 285.

<sup>113</sup> Già E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus. Rechtsphilosophische Studie zum Rechtsstaats- und Vertragsbegriffe*, Tübingen, 1911, 214.

<sup>114</sup> Hein. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *AcP*, 1932, 288; C.A. CANATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Tratt. Rescigno*, 9-I, Torino, 1984, 44.

# JUS CIVILE



modo espresso, sia in modo tacito: quest'ultima eventualità si porrà nel caso in cui il contratto, inteso come “valore”, risulti nel suo baricentro difforme rispetto al tipo effettuale, pur in assenza di una clausola esplicita. Si richiederà allora di escludere una parte della disciplina dispositiva (o già *ex lege*, o rinvenendo una deroga tacita nell'accordo<sup>115</sup>).

Così come la deroga tacita al diritto dispositivo, anche la stessa integrazione *ex fide bona* del contenuto espresso del contratto si avvale della causa concreta, intesa quale “baricentro di senso”<sup>116</sup>. Non solo: sempre in chiave ricostruttiva, e guardando al “valore”, possono risolversi le questioni per cui il legislatore richiama, implicitamente, un *Zuendedenken* del contratto<sup>117</sup>: il riferimento va qui soprattutto alla nullità parziale e alla conversione del contratto.

Insomma, in tutti questi casi le operazioni richieste all'interprete coinvolgono la ricerca del “senso” sociale del singolo contratto, per come recepito e declinato in seno al diritto statutale: ossia, richiedono all'interprete di porsi su un piano “effettuale”, ove sia possibile “sintetizzare” le istanze della socialità e le disposizioni giuridiche statuali.

Il piano effettuale, come luogo d'incontro e di sintesi tra il dato sociale e la disposizione di legge, non è altro che il piano della causa. È la causa che tradizionalmente consente di rinvenire il “senso” sociale (pur tenendo conto anche della sua declinazione giuridica). E per tale ragione la causa può effettivamente avere una sua utilità, giacché essa pare davvero guidare sul piano effettuale le varie operazioni ricostruttive.

Giunti a questo esito, se ne scorgono di ulteriori. Sotto questo punto di vista la causa dinamica, infatti, pare vedersi attribuita anche un'altra utilità: essa può rappresentare non solo il luogo di sintesi effettuale, ma anche quello di sintesi tra i diversi istituti che tradizionalmente presiedono alla ricostruzione del contratto (su tutti: qualificazione, integrazione). Da un altro punto di vista, la causa – una volta identificata, e però sempre in tutta la sua ampiezza e complessità – è poi essa stessa sintesi: nel senso di momento ideale in cui è racchiuso tutto il patto inteso come “valore” posto dalle parti, come assetto di interessi (momento ideale da cui è cioè possibile far discendere tutte le regole di disciplina di quell'ordinamento privato che, per le parti, è il contratto)<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Il duplice profilo – della deroga implicita al diritto dispositivo oppure della sua inapplicabilità al caso concreto – è ben conosciuto alla dottrina tedesca in tema di *ergänzende Auslegung* (v. K. LARENZ, *Ergänzende Vertragsauslegung*, cit., 737 ss.). Ad ogni modo, tramite questo istituto – l'osservazione è importante ai nostri fini – si richiede all'interprete di implementare il patto proprio richiamandone il “senso” (e, in particolare, guardando alle *Wertungen* e alla *Interessenlage* che vi sono sottese).

<sup>116</sup> Quel che non potrà avvenire, viceversa, sarà una deroga alla buona fede. Quest'ultima è imperativa non tanto nel senso che le parti non possono spostare il baricentro del loro patto: ma che, dato questo, tutto l'*oportere ex fide bona* che ne discende sarà per le parti vincolante.

<sup>117</sup> Sul ruolo dell'*hypothetischer Wille* in queste ipotesi v. soprattutto R. BORK, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*<sup>4</sup>, cit., 477 ss. e 484 ss.; E. ROPPO, *Nullità parziale*, cit., 707 ss. Ovviamente non si tratta di un volere psichico ipotetico, ma di un volere che oggettivamente il contratto, come “valore”, esprime.

<sup>118</sup> Il discorso deve snodarsi, a questo punto, proprio a partire da quella definizione di causa come «sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare»: quella definizione, cioè, che si deve alla decisione cui isticamente si fa risalire il *revirement* sulla causa concreta.

# JUS CIVILE



La causa, però, è sintesi anche sotto un altro e ulteriore punto di vista: la sua “forma visibile” – quella, cioè, che costituisce il nucleo della causa statica, di cui ho parlato in precedenza e sui cui tratti essenziali mi soffermerò a breve – fa affiorare e rende distinguibili solo alcuni dei profili dell’accordo inteso come “valore”. Proprio questa forma, dunque, impone una “perdita di senso” nel considerare l’intero assetto di interessi: ne va a scapito la completezza, ma se ne giova la nitidezza.

Si sarà compreso, a questo punto, anche il significato dell’espressione “forma visibile”: a fronte di una causa che non è altro che tutto l’assetto di interessi, colto puntualmente (ma idoneo allo “svolgimento” in singole regole), è preferibile disporre di una nozione che colga i lineamenti essenziali dello stesso, la trama fondamentale degli interessi, rendendola per l’appunto visibile grazie alla sua esplicitazione.

Questa forma visibile della causa, che poco fa dicevo essere implicitamente al centro della costruzione di Roppo della causa statica (volta a risolvere i problemi posti dall’atto privo di causa e dal contratto recante causa irrealizzabile), costituisce anche, inevitabilmente, il nucleo della causa dinamica (legata ai profili ricostruttivi). In tal senso essa finisce per risultare di utilità anche nell’ambito delle operazioni ricostruttive, permettendo alla causa di svolgere il suo ruolo di guida (sebbene la forma visibile della causa non riesca a inquadrare tutti i profili dell’assetto di interessi, inteso nel senso più ampio<sup>119</sup>).

Riassumendo: la causa dinamica coordina le operazioni di qualificazione<sup>120</sup> e di ricostruzione (in particolare sovrintendendo alle differenze tra i tipi e tra i singoli contratti riconducibili allo stesso tipo, il cui *oportere ex fide bona* è inevitabilmente sempre diverso); nel farlo, essa si serve anche della sua forma visibile, per semplificare il suo utilizzo e per rendere facilmente comunicabili i risultati ermeneutico-ricostruttivi interlocutori e finali.

Residuano, a dire il vero, due possibili obiezioni.

Anzitutto, la causa dinamica costituisce una nozione non ineliminabile, pur essendo sicuramente insuperabili le esigenze che sottende. Finanche in Italia, effettivamente, per lungo tempo non ci si è avvalsi della causa per dare risposta a tali istanze sociali (considerandosi sufficiente il richiamo di altri istituti: dalle citate qualificazione e integrazione, sino alla stessa interpretazione<sup>121</sup>). Ma coglie ancor più nel segno il riferimento all’ordinamento tedesco, il quale palese-

---

<sup>119</sup> Come si sarà inteso, tutto è dentro al “valore”: l’assetto di interessi *in nuce* contiene tutte le regole del patto (sia quelle espressamente poste, sia quelle che risulteranno tramite integrazione). Viceversa, la forma visibile della causa è parecchio più riassuntiva: lo vedremo dettagliatamente a breve, nel § 5. A voler esemplificare, basterebbe notare come la soluzione di un problema di nullità parziale richieda uno sguardo sensibile che abbracci tutto il contratto (l’assetto di interessi); non sarebbe sufficiente limitarsi a considerare, in modo asettico, i lineamenti essenziali dello scambio pur individualmente considerato (scambio del bene X per il prezzo Y) o quella loro declinazione concreta, che emerge con riferimento ai problemi della presupposizione (scambio del godimento del balcone X per vedere la sfilata di Z per il prezzo Y).

<sup>120</sup> A tal riguardo, ci si potrebbe chiedere in che senso intendere l’affermazione moderna per cui la causa è strumento della qualificazione: lo farò oltre, nel § 5.

<sup>121</sup> Tutt’al più si ammetteva un legame tra la causa e il tipo, secondo la tesi della funzione economico-sociale, e un rilievo attraverso la causa dei motivi (già ai sensi dell’art. 1345 c.c.), il quale peraltro veniva – come già sottoli-

## JUS CIVILE



mente non si serve della causa per le operazioni ricostruttive, demandandole soprattutto alla qualificazione (anche secondo la *Typuslehre*) e alla *ergänzende Auslegung*. La ragione è presto detta: manca, in quel sistema e a livello dottrinale, un concetto volto semplicemente a sintetizzare e coordinare le operazioni predette, che sono affidate direttamente ai singoli istituti. Si può rinvenire qui probabilmente la ragione per cui, al tempo stesso, un ordinamento può fare a meno della causa (concreta)<sup>122</sup>, mentre un altro finisce (oggi) per farvi ruotare attorno tutta l'autonomia privata<sup>123</sup>.

In secondo luogo, la causa dinamica rischia di indurre confusione. Da un lato, essa può essere facilmente (ma indebitamente) sovrapposta a operazioni schiettamente interpretative (e non prevalentemente ricostruttive); dall'altro lato, essa si presta comunque a confondersi con gli istituti cui sovrintende. I pericoli sono reali, specie se si tiene conto della contiguità della causa dinamica a quella statica, pur nell'insopprimibile differenza tra il momento definitorio (perché interpretativo-ricostruttivo) e quello invece valutativo (perché informato a un controllo: lì, soprattutto di realizzabilità).

Nondimeno, mi sembra che i benefici derivanti dal ricorso alla causa in funzione ricostruttiva restino maggiori dei rischi: purché, per la stessa, si adotti comunque il riferimento a una sua forma visibile (relativa al nucleo dell'assetto di interessi) e purché di volta in volta si espliciti il procedimento ermeneutico-ricostruttivo condotto anche tramite il riferimento alla causa<sup>124</sup>.

Non resta, ora, che verificare come vada composta la forma visibile della causa, che ne rappresenta il perno operativo in chiave statica e il fulcro ricostruttivo in chiave dinamica. Lo farò sempre riprendendo le opere di Roppo: in questo modo, d'altro canto, potremo apprezzare ancor più da vicino le ragioni per cui la tesi in tema di causa dello studioso appare tanto semplice, quanto, al contempo, raffinata.

Proprio indagando questi profili ci potremo avvedere, infatti, di come la causa disegnata da Roppo possa essere identificata in modo semplice e nitido, venendo quindi a essere uno strumento agile per rispondere in modo chiaro, logicamente ineccepibile e altamente controllabile ai problemi dell'atto astratto e dell'irrealizzabilità del programma negoziale<sup>125</sup>: oltre che, volendo ammettere questo ulteriore (e differente) ruolo, per coordinare le operazioni di ricostruzione del contratto.

---

neato – in larga parte occultato dalla giurisprudenza precedente al 2005-2006.

<sup>122</sup> Rendendo “invisibile” la causa: ossia, a mio avviso, rendendo “invisibile” quella riconduzione a un “senso” sociale, che è proprio della causa dinamica in tutte le sue dimensioni. Cfr. G.B. FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 897 ss.

<sup>123</sup> Mi riferisco, ovviamente, al nostro sistema giuridico e alla “stagione di successo” che la causa oggi vive. V. pure le conclusioni cui giunge R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 253 ss.

<sup>124</sup> La risposta immediata, che già trapela dalle precedenti osservazioni, per cui alla causa va attribuito un ruolo di sintesi e coordinamento, può essere accettata, a patto che si tenga conto di quell'autonomia concettuale della causa rispetto alle altre figure che parzialmente le si sovrappongono. Il rischio, di nuovo, è che questo compito, di sovrintendere alle operazioni ricostruttive, finisca ora per far sparire la causa, ora per farla espandere a dismisura (confondendone lo spazio di rilevanza con quello concesso ad altri istituti).

<sup>125</sup> Quanto a questi ultimi, con peculiare riferimento al tema della presupposizione.



# JUS CIVILE



5. – Quella che ho definito “forma visibile” della causa, e che richiama la tesi di Roppo sulla causa, costituisce quindi il nocciolo di “senso” del contratto: la sua *ratio* sintetica. Vediamo in cosa essa consista.

In ogni accordo, come si ricorderà, Roppo proponeva di rinvenire in pari tempo una causa generica, una tipica e una concreta; ciascuna poi, veniva a essere specificazione del modello più generale (quella tipica, di quella generica; quella concreta, di quella tipica o direttamente di quella generica).

Effettivamente, le operazioni di interpretazione e ricostruzione portano, inevitabilmente, a individuare anzitutto la causa astratta del singolo accordo: la quale, a sua volta, dovrà ripetere uno degli schemi astratti di “senso” sociale<sup>126</sup> previsti dall’ordinamento statale. Come nota Roppo, essi non sono in numero infinito: anzi, sono abbastanza scarsi.

Cause generiche sono lo scambio (anche empirico), la liberalità, la garanzia, l’adempimento, e via dicendo: e, si può aggiungere, l’enumerazione delle stesse è resa possibile dallo studio dei contratti tipici, giacché, accostandoli (accostando i vari tipi effettuali), è possibile trarre indicazione di tutte le cause generiche<sup>127</sup>.

Così, a partire dalla fideiussione si potrà ricavare la sussistenza di una causa generica di garanzia, al cui interno troverà spazio anche il contratto autonomo di garanzia; dalla remissione, in tanto in quanto ritenuta causale<sup>128</sup>, si appurerà l’esistenza di una causa generica di rinuncia (il che è particolarmente importante, giacché, invece, in Germania nelle rinunce si rinviengono altrettanti *Verfügungsgeschäfte* astratti).

Varie precisazioni risultano necessarie.

Anzitutto, v’è da ribadire – ma non ve ne sarà bisogno – che una causa così intesa non è certo un requisito di validità dell’accordo: essa, infatti, ne è semmai un elemento definitorio. La necessità che il patto presenti una causa generica, infatti, non costituisce un limite dell’autonomia: viceversa, rappresenta una chiave di lettura dell’autonomia.

---

<sup>126</sup> Ripeto: il riferimento non va alla funzione economico-sociale. La socialità, viceversa, a mio avviso non preclude la considerazione della dimensione concreta: anzi, il “senso” concreto è rinvenibile solo utilizzando convenzioni sociali.

<sup>127</sup> Di tutte le cause generiche sociali per come declinate dall’ordinamento giuridico. Ho parlato prima di “recepimento” da parte dell’ordinamento: potrebbe, in realtà, essere meno ambiguo il termine “declinazione”, giacché l’ordinamento giuridico non si trova di fronte a una dimensione sociale del tutto avulsa dalla giuridicità statale, ma semmai a una socialità che in sé appare essere idonea alla sanzione giuridica statale e che anzi si autopercepisce come giuridicamente rilevante (per cui, per quanto vi sia necessariamente un “recepimento” dal punto di vista tecnico, non è da pensare che esso costituisca una concessione generosa del sistema giuridico che muta qualitativamente un accordo, riducendosi piuttosto a un atto del tutto e per tutto in linea con la preesistente dimensione sociale, che viene semmai declinata e precisata). In altri termini, la causa dei contratti di cui parliamo è già socialmente sentita come giuridica (anche perché proiettata alla sanzione statale, perfino nei casi di nullità noti alle parti e salvo che, allora, l’accordo non appaia, in base all’interpretazione-ricostruzione, mantenuto su un piano solo sociale). Compiuta questa precisazione terminologica, continuerò a usare le espressioni “recepimento” e “declinazione” indifferentemente, benché esse pongano l’accento su aspetti diversi del fenomeno in parola.

<sup>128</sup> Non quale causa parziale (v. *infra* nel testo). L’interprete si trova a dover decidere se la remissione, ossia l’intento di rinunciare, basta a se stesso oppure se deve emergere (dev’essere reso rilevante) un ulteriore scopo del remittente. La prima soluzione è quella tradizionale in Italia, anche in base al dato positivo.



Proprio la causa generica permetterà una prima, generale, qualificazione dell'atto<sup>129</sup>: ovviamente poco utile là dove si tratti di contratto tipico, e ben più importante dove esso sia atipico, specialmente ove sia anche socialmente atipico. Quanto ai contratti facenti parte di quest'ultima classe, essi debbono considerarsi sicuramente esistenti e pienamente validi ed efficaci: semplicemente, saranno privi di una causa tipica (ossia rinvenuta a livello del tipo).

L'individuazione della causa generica, come già anticipato, costituisce un riferimento essenziale per il trattamento normativo dell'atto privo di causa: difatti, le cause generiche coprono tutto il sistema della contrattualità, lasciando fuori soltanto l'atto privo di "senso" sociale<sup>130</sup>. Sul punto è bene, però, compiere una distinzione.

L'atto privo di menzione della causa solitamente non appare nemmeno corrispondente a un contratto: e, ciò, già in via interpretativa. Taluni problemi si possono porre là dove sembri in prima battuta esservi una volontà contrattuale (evidentemente, avente ad oggetto la disposizione di beni, e non la costituzione di un'obbligazione: in tale ultimo caso si ricadrebbe nella fattispecie di cui all'art. 1988 c.c.<sup>131</sup>). Probabilmente, è da preferire l'idea che vi rinviene comunque un atto incompleto<sup>132</sup>, adducendo che la mancanza di un "senso" sociale (l'inidoneità dell'atto a rientrare in uno schema di senso) impedisca di ritenere il contrario.

Quanto al trattamento normativo, si potrebbe ritenere che sia proprio la meritevolezza<sup>133</sup> di

---

<sup>129</sup> A tal riguardo, conviene subito sottolineare come il richiamo alla causa sottinteso a Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Banca borsa*, 2010, II, con nota di G.B. BARILLA, 257, pur espressamente rivolto alla causa concreta, in realtà andasse alla generica funzione di garanzia: entro la quale si pongono tanto la fideiussione, quanto il contratto autonomo di garanzia, pur con le loro evidenti differenze (parlare di causa concreta, in quel contesto, poteva avere tutt'al più il ruolo di ribadire che la qualificazione contrattuale richiede di considerare tutti gli elementi di fatto). Cfr., sul punto, M. MARTINO, *L'expressio causae*, Torino, 2011, 169

<sup>130</sup> Su questi temi v. soprattutto, di recente, M. MARTINO, *L'expressio causae*, cit.; cfr. poi V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 373 ss., e P. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 673 ss.

<sup>131</sup> Gli atti promissori privi di causa, infatti, valgono come promesse di pagamento: le quali, a mio avviso, presentano un loro "senso" come negozi volti a invertire l'onere della prova. Si tratta – ritengo – della qualificazione che l'ordinamento italiano propone, specificando e declinando in questo modo le istanze sociali sottese al problema del *billet non causé*. Istanze che, come noto, in Francia prendevano tradizionalmente la forma dell'*instrumentum* privo di *expressio causae*, avente valore probatorio (testo dell'art. 1132 *Code civil* vigente sino al 2016), e che in Germania vengono soddisfatte ricercando in capo alle parti un *Abstraktionswille*, che permette di qualificare la promessa come *Schuldversprechen* (o, se si tratta di riconoscimento di debito, come *Schuldanerkenntnis*: §§ 780 s. BGB). V. rispettivamente J. CREUTZIG, *Quelques remarques sur le problème de l'obligation abstraite*, in *Rev. int. droit comp.*, 1969, 373 ss.; J. HAAS, *Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis*, Berlin, 2011, 53 ss.; W. BAUMANN, *Das Schuldanerkenntnis*, Berlin, 1992, 55 ss.

<sup>132</sup> È l'idea, a mio avviso, di *sufficient agreement* di cui all'art. II-4:101 del *Draft Common Frame of Reference*.

<sup>133</sup> La meritevolezza, come noto, ha vissuto più stagioni: emancipatasi dal modello bettiano (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., 389 ss.) si è voluto rinvenirvi nulla più che un richiamo dell'art. 1343 c.c. (è la tesi di G.B. FERRI, *Causa*, cit., 406, e dello stesso V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 346) o dei problemi di giuridicità dell'accordo (F. GAZZONI, *Atipicità*, cit., 62). A più riprese, invece, si è proposta un'interpretazione dell'art. 1322, comma 2, c.c. che permettesse di svolgere, tramite esso, un controllo dell'autonomia privata, ora ispirato a un certo dirigismo economico (F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 168 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 87 ss.), ora alla protezione del contraente debole (U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 496 s.), ora alle disposizioni della Costituzione (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, 121, 151 e 386). Da ultimo, cfr. C.M.

# JUS CIVILE



cui all'art. 1322, comma 2, c.c. a richiedere di leggere il patto secondo la convenzionalità sociale, per come recepita e declinata dall'ordinamento positivo<sup>134</sup>, imponendo di considerare irrilevante l'atto incompleto (privo di un "senso").

Così facendo, si potrebbe evitare di fare dell'art. 1322, comma 2, c.c. un doppione dell'art. 1343 c.c.<sup>135</sup> e, in pari tempo, se ne potrebbero prevenire interpretazioni funzionalizzatrici<sup>136</sup>. La meritevolezza verrebbe quindi intesa come "rispetto" delle convenzioni sociali (attinenti al "senso" degli accordi), ovviamente secondo i tratti che esse assumono in chiave giuridico-statuale. In altri termini, l'art. 1322, comma 2, c.c. impedirebbe semplicemente alle parti di basare il loro accordo su un "senso" da loro stesse attribuito: ossia, non tanto di scegliere un dato "senso", ma di creare anche le convenzioni e le regole che permettono di rinvenirvi un "senso", distaccandosi da quelle sociali cui si rifà l'ordinamento giuridico.

Non sarebbe facile, comunque, rinvenire ipotesi di violazione di queste regole di "senso": e la ragione è evidente. È scontato che i privati vi si adeguino, nei limiti di quanto, nell'approvazione di un nuovo assetto di interessi, è di loro competenza<sup>137</sup> (e infatti l'apparente insensatezza viene di norma risolta semplicemente in via interpretativo-ricostruttiva, ricomponendo i vari interessi in modo ordinato)<sup>138</sup>.

E, in effetti, l'ipotesi dell'atto totalmente privo di causa è considerata dalla dottrina irrealistica<sup>139</sup>: la si può immaginare solo come opera di un folle. Viceversa, nella quasi totalità dei casi

---

BIANCA, *Causa concreta*, cit., 253. In giurisprudenza, a fronte di un orientamento che non attribuiva valore autonomo all'art. 1322, comma 2, c.c. (cfr. le decisioni riportate in E. PAOLINI, *La causa del contratto*, Padova, 1999, 199 ss.), se n'è sviluppato uno, più recente, che lo collega soprattutto agli artt. 2, 3 e 41 Cost. e mira a farne uno strumento di controllo per lo meno dei contratti atipici (cfr. per tutte Cass. 1 aprile 2011, n. 7557, in *Foro pad.*, I, 357, con nota di M. QUAGLIARI).

<sup>134</sup> V. più ampiamente nel § 6.

<sup>135</sup> Cfr. A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, 254.

<sup>136</sup> Tanto più se orientate a una generica "giustizia" contrattuale. Su quest'ultimo tema cfr. V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 451 ss.; di recente M. PENNASILICO, *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni. Famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiele*, III, a cura di G. Conte e S. Landini, Mantova, 2017, 279 ss.

<sup>137</sup> V. meglio *supra*, § 3.

<sup>138</sup> Ma v. nuovamente § 6, per ipotesi in cui, tra l'altro, la "violazione" attiene a profili particolari (e non all'assenza di una causa generica).

<sup>139</sup> Il fatto che la mancanza totale di senso dia luogo a un'irrazionalità è un *topos* degli studi in tema di causa: sostengono che solo il folle si obblighi senza motivo, tra tanti, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*<sup>6</sup> II, Frankfurt am Main, 1887, 233, testo e nt. 1, a parer del quale «einen Vertrag ohne Verpflichtungsgrund nicht gibt», «von dem Falle der Geistesstörung wird hier natürlich abgesehen»; F. FERRARA, *Sul concetto dei negozi astratti e sul loro giuridico riconoscimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, 282; in Francia, C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 3, Bruxelles, 1847, 301; H. CAPITANT, *De la cause des obligations (Contrats, Engagements unilatéraux, Legs)*<sup>3</sup>, Paris, 1927, 17, per cui «s'obliger sans but ne pourrait être que l'acte d'un fou»; F. TERRÉ-P. SIMLER-Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*<sup>8</sup>, cit., 341, secondo i quali «à moins d'altération grave de ses facultés mentales, toute personne, lorsqu'elle souscrit une obligation, le fait en considération d'un certain but». V., infine, le interessanti considerazioni di U. BRECCIA, *Recensione a I. BIROCCI, Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 626.

## JUS CIVILE



l'atto senza causa entrerà nelle aule dei Tribunali come atto di cui non è dato (o non si è riusciti a) provare la causa (o, meglio ancora, come atto che non dà prova della causa e quindi non ha alcun rilievo, salvo che non si rientri nella fattispecie disegnata dall'art. 1988 c.c.). Di conseguenza, stando a quanto si è detto, esso sarà inevitabilmente inesistente.

Non del tutto sovrapponibile all'atto muto, invece, è l'atto astratto inteso nell'unico senso ammissibile per l'interprete italiano (in virtù delle forme qualificatorie di cui egli dispone e cui è tenuto ad adeguarsi).

Ora: con atto astratto ci si riferisce, di norma, a quell'atto che intenzionalmente si emancipa da ogni causa, o in via assoluta, o rimandandone a valle il rilievo (per mezzo dell'operare delle *conditiones*). Tale volontà – ossia l'*Abstraktionswille* – può però essere rinvenuta nel concreto solo se il sistema giuridico di riferimento ne ammetta il rilievo: così avviene ad esempio in Germania, ove l'ordinamento accetta la scissione (in sede di trasferimento e costituzione di diritti) tra *titulus* e *modus*, collegando quest'ultimo a un *Verfügungsgeschäft* di regola astratto<sup>140</sup>, e consente di creare obblighi puri perfezionando un *Schuldversprechen* (la cui efficacia non è quindi solo probatoria, ma costitutiva<sup>141</sup>).

---

<sup>140</sup> Queste forme di comprensione che l'ordinamento predispone (e che non mutano di certo la realtà sociale, ma la inseriscono in categorie diverse, declinandola in modo differente) fanno sì che il negozio causale (quello che fornisce il programma eseguito dal negozio dispositivo) non inglobi il momento di trasferimento, ma comunque debba essere adoperato per la prova di un successivo negozio di trasferimento (pur restandone estraneo quanto ad efficacia). A dire il vero, né il modello consensualistico italiano, né quello tedesco, né quello austriaco costituiscono altro che una modalità qualificatoria – di declinazione tecnica – di una realtà sociale vaga (quella che dovrebbe altrimenti individuare il momento di trasferimento e costituzione dei diritti). V. A. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion: eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts*, Tübingen, 1996, 8.

<sup>141</sup> Anche da questo punto di vista la scelta tedesca pare, in larga parte, costituire semplice declinazione differente di una realtà sociale, che – emersa sin dal tempo delle *cautiones indiscretae* medievali (cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2001, 242 ss.) – si può così sintetizzare: l'atto promissorio muto sulla causa reca prova implicita della stessa? La risposta francese, collegata alla tradizione dei Grandi Tribunali, è stata sin dal 1804 positiva: l'atto privo di *expressio causae* è valido (ma, verrebbe da dire, non è autonomamente costitutivo, ossia non è una promessa causalmente sostenuta dall'impegno già sorto, bensì è la stessa promessa causale o lo stesso atto causale, tutt'al più ripetuto), ma la controparte può provare l'accordo più generale (o quello che sarebbe dovuto essere l'accordo, tuttavia non concluso o invalidamente concluso). La soluzione tedesca, invece, è diversa: in un primo tempo (sino a metà Ottocento) negativa; poi positiva, ma basata sulla predisposizione legale di una forma astratta (lo *Schuldversprechen*). Quest'ultima in larga parte sovviene a quella esigenza, di offrire una presunzione probatoria, di cui ho già detto (in altra parte, invece, dà risposta a quei problemi della prassi che davvero richiedono un atto astratto costitutivo e cui sovengono, nel nostro ordinamento, istituti quali la cambiale; in questa parte non si tratta di recepire forme sociali, ma di predisporre di nuove, immediatamente giuridiche). Lo fa in modo peculiare – in linea con le premesse metodologiche analitiche e dogmatiche della Pandettistica –, rinvenendo nell'atto promissorio muto una promessa voluta come astratta, costitutiva, rispetto alla quale è dato rinvenire una causa esterna che la indirizza; tale causa, a sua volta, non sarà quella dell'eventuale negozio principale, ma un diverso negozio (in senso lato configurativo-causale: spesso un *Sicherungsabrede*: cfr. N. WIELANDT, *Die einseitig Verpflichtende Schuldzusage*, Frankfurt am Main, 2010, 32 ss.). In generale, su questi temi, v. C. DELOMBE, *Cours de Code civil*, édition augmentée, XII, *Des contrats*, 1, Bruxelles, 1868, 124 ss.; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, II, Paris, 1930, 65; O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*<sup>2</sup>, Kassel-Göttingen, 1867, 165 ss.; H. KIEFNER, *Der abstrakte obligatorische Vertrag in Praxis und Theorie des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft*



Viceversa, la soluzione offerta dal sistema italiano per il problema dell'atto muto e, soprattutto, l'assenza nell'ordinamento italiano di una forma di comprensione e di qualificazione dell'atto astratto (salvo, a tutto voler concedere, per la cambiale e per altri istituti analoghi) esclude che l'interprete autoctono sia legittimato a rinvenire in concreto un *Abstraktionswille*.

Potrebbe però accadere che le parti di un processo diano prova della causa voluta dalle stesse e, in pari tempo, emergano elementi volti a comprovare l'astrazione, ossia l'intenzione dei contraenti di rendere taluni effetti del patto indipendenti dalla realizzabilità dell'intero programma. In tal caso, allora, non resterebbe al giudice che pronunciarsi sulla serietà (effettività) di tale intento ed eventualmente sulla sua validità, potendosi probabilmente applicare la sanzione della nullità per mancanza di causa, qui intesa come illegittima esclusione del controllo di realizzabilità della causa stessa<sup>142</sup>. A sua volta tale nullità potrebbe anche ritenersi parziale, benché con frequente ricaduta sull'intero atto.

Così facendo, non si ammetterebbe in alcun modo la qualificazione dell'atto come astratto e, di conseguenza, la sua nullità; piuttosto, lo si qualificherebbe nel modo più corretto<sup>143</sup> – non, ripeto, come atto astratto compiuto per una certa causa che non tocca l'efficacia dell'atto, ma come atto causale recante elementi di astrazione – fino a ritenerne la parziale (e, di qui, se del caso totale) nullità.

Non è tutto.

La causa generica, così intesa, si collega anche al problema della giuridicità della volontà. Tale connessione si coglie se si considera che certe cause pongono tipicamente maggiori problemi allorché si sia chiamati a rinvenire un possibile intento delle parti di produrre un vincolo (e, tra l'altro, un vincolo percepito già in chiave sociale come giuridico).

Si tratta di quelle che Roppo denomina, con espressione icastica, «cause deboli»<sup>144</sup>. E in queste ipotesi l'ordinamento giuridico effettivamente viene incontro all'interprete, fissando un punto di rilevanza minima della giuridicità veicolata dal “senso” sociale del patto: al di sotto di

---

*und Kodifikation der Privatrechts im 19. Jahrhundert*, II, *Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*, hrsg. von H. Coing und W. Wilhelm, Frankfurt am Main, 1977, 82.

<sup>142</sup> L'esito sarebbe quello di assottigliamento della causa, non dissimile da quello che proponeva, per le prestazioni isolate (e pur imponendo il requisito dell'espressione della causa, non desumibile da altre circostanze esterne rispetto alla dichiarazione), M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 566 ss.

<sup>143</sup> Più che di una riqualificazione, si tratta dell'unica qualificazione accettabile (salvo quanto già precisato sull'art. 1988 c.c. e salvo non optare per una drastica irrilevanza giuridica), non ammettendosi il rilievo giuridico dell'atto astratto, neppure se esternamente indirizzato (come atto puro di trasferimento o di costituzione di pretesa) al soddisfacimento di certi interessi (come avviene invece per il *dinglicher Vertrag* compiuto ad esempio *donandi* o *adquirendi* causa, o per lo *Schuldversprechen* posto in essere ad esempio *schenkweise*: cfr. rispettivamente K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, *Besonderer Teil*, 1<sup>13</sup>, München, 1986, 200, e il § 518 II BGB, su cui v. J. KOCH, sub § 518 BGB, in *Münchener Kommentar*<sup>7</sup>, München, 2016, Rn. 5).

<sup>144</sup> Tra l'altro, la debolezza di cause come quella di donazione si riconosce anche dal punto di vista della disciplina applicabile (che in vario modo è ispirata dal criterio di un ammorbidimento della responsabilità gravante sul donatario) e della stabilità del vincolo (si pensi a tutto quanto attinente alla revocazione). Di *causa minor* parla W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II<sup>3</sup>, cit., 172. V. anche oggi (sebbene trattandone dal punto di vista dell'irrazionalità di mercato) M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., 357 ss.



## JUS CIVILE



questa linea non vi può essere intenzione di vincolarsi (e di vincolarsi giuridicamente) o, comunque, risulta invalida l'eventuale intenzione espressa (di regola in modo confuso, ambiguo e variamente interpretabile)<sup>145</sup>. In altri termini – senza addentrarci oltre in tale intricato problema – il legislatore si fa carico delle richiamate ambiguità e, per tali e pure per altre ragioni, finisce per richiedere peculiari “segni di giuridicità” per questi accordi<sup>146</sup>: rinviando, ad esempio, la conclusione del comodato al momento della consegna del bene oppure imponendo una peculiare forma per la donazione.

V'è ancora dell'altro.

Sempre indugiando su quella che ho definito causa generica – e che è la causa astratta di più alto livello, i cui tratti sono sempre rinvenibili in ciascun accordo concreto – si può verificare se sussista e, anzi, in che termini vada ricostruita una formula capace di descrivere il nucleo della causa: esattamente quella formula che consenta di attribuire alla stessa una forma visibile.

Mi pare possibile – coltivando uno spunto dello stesso Roppo<sup>147</sup> – ritenere che la stilizzazione della causa richieda di porre l'attenzione su quelle attribuzioni di vantaggi patrimoniali o su quella soddisfazione di interessi non patrimoniali che costituiscono il centro dell'assetto di interessi. Di talché, ad esempio, si potrà supporre che in una compravendita causa tipica sia l'attribuzione di un vantaggio (proprietà del bene) in rapporto di scambio con l'attribuzione di un altro vantaggio (prezzo), o che in una donazione a effetti reali essa consista nella soddisfazione di un interesse non patrimoniale posta in essere tramite l'attribuzione di un vantaggio.

---

<sup>145</sup> Basti considerare, in questa sede, la donazione, con i suoi requisiti materiali-formali (a seconda del valore del bene). Quanto alle ipotesi in cui è richiesto l'atto pubblico, generalmente i privati ne hanno una vaga consapevolezza (cfr. nt. 100), che incide sulla normalità ermeneutica e, quindi, sull'interpretazione dell'accordo. Ma proviamo a pensare cosa accadrebbe là dove non fosse richiesto un requisito di forma: e, per comprenderlo, è sufficiente considerare la donazione manuale. In tal caso è evidente che, sino al momento della consegna, un eventuale accordo appare non irrettabile o per lo meno di ardua interpretazione: là dove tale difficoltà è, per così dire, intrinseca al tipo di atto, che già socialmente non è di facile decifrazione. Se ne deduce che rinvenire una volontà delle parti di impegnarsi si rivelerebbe, in molti casi, una *fictio*: non tanto perché la volontà giuridica debba corrispondere sempre a quella psichica (così sappiamo non è), ma piuttosto perché la volontà giuridica deve poter corrispondere a quella psichica (come in questo caso non sarebbe). Per la donazione manuale il legislatore interviene elevando la consegna a segno di giuridicità. Per quella formale, invece, la scelta va al requisito di forma: il quale, da un lato, venendo socialmente assorbito (o essendo già socialmente assorbito allorché il legislatore lo pone) finisce anche per aiutare l'interpretazione del volere; dall'altro lato, fa sì che il giudice, anche ove si trovi a dover interpretare un accordo che sembri una donazione ma che sia sfornito della forma, possa attribuire senza timori un certo volere al donante, ben sapendo che, comunque, il contratto sarà invalido. In questo senso, allora, la forma mi pare che svolga non solo una *Warnfunktion*, una *Beweisfunktion* e una *Beratungsfunktion*, ma anche, a ben vedere, una *Seriositätsfunktion* (v. tra i tanti P. MANKOWSKI, *Formzwecke*, in *JZ*, 2010, 665), precludendo all'interprete la possibilità di argomentare per la sussistenza di una donazione (valida) ogni qual volta la forma non sia stata soddisfatta. Il che, per l'appunto, evita in radice ogni questione interpretativo-ricostruttiva (non si tratta di un vero e proprio segno di giuridicità, ma di un modo per evitare che una qualificazione – quella di contratto già concluso – sia addossata a un soggetto che difficilmente poteva rendersene conto, proprio per l'ambiguità linguistica che connota la donazione, ove non sia accompagnata da peculiari segni di giuridicità).

<sup>146</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 243; P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, 134 ss.

<sup>147</sup> Si parla di “vantaggi” (e “sacrifici”) in V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 349.

## JUS CIVILE



Queste due cause<sup>148</sup>, ossia lo scambio e la liberalità (intesa in senso amplissimo), sono per così dire “integrali” e “di primo grado”; accanto a esse ve ne sono poi altre, da tenere separate.

Alcune sono cause (sempre “di primo grado”, ma) “parziali”, giacché non lasciano emergere tutti gli interessi pattizi indirettamente implicati in un’operazione economica<sup>149</sup>. Non voglio dire che, in questi casi, la causa assumerà tratti d’astrazione: già su un piano sociale, semmai, essa corrisponderà a un “senso”, in sé e per sé pieno, indipendentemente dalla considerazione di questi diversi interessi<sup>150</sup>. Basti pensare alla garanzia o all’atto di pagamento del terzo (su cui oltre indugerò ancora): entrambi questi schemi nulla dicono a proposito della ragione per cui un soggetto garantisce o dispone, benché sia evidente che ciò, il più delle volte<sup>151</sup>, avvenga in virtù di un ulteriore accordo tra questo soggetto e un terzo (il debitore principale).

Altre sono cause (“integrali”, ma) “di secondo grado”. Si pensi, in linea generale, ai contratti che si collocano nella fase prodromica all’instaurazione del vincolo principale (siano essi normativi, interpretativi, d’opzione e più latamente configurativo-procedimentali<sup>152</sup>, preliminari e via dicendo), così come ai contratti che modificano o estinguono gli accordi che il vincolo principale ha posto (modificativi o estintivi – mutuo dissenso –). La loro causa, in effetti, indirettamente richiama quella degli accordi principali: solo rispetto a questa si può comprendere nella sua interezza la *ratio* di tali accordi, che in un certo senso appaiono “trasversali” rispetto a quelli di primo grado<sup>153</sup>.

Non posso soffermarmi su questi profili che, per quanto importanti, rischiano di far deviare la trattazione: mi limito a indicare come tra gli accordi “di primo grado” dovrebbero farsi rientrare anche quelli che si limitano a configurare una causa, ossia a dettare una regola di equivalenza tra vantaggi o tra vantaggi e interessi non patrimoniali (contratti configurativo-causali<sup>154</sup>).

---

<sup>148</sup> Tra l’altro, le uniche cui E. ROPPO, *Il contratto*, cit., 175, faceva riferimento.

<sup>149</sup> La discrepanza tra questi piani corrisponde, di regola, a una non convergenza dei problemi del contratto (della sua esecuzione, in particolare) e dell’arricchimento. Su questi temi non posso qui soffermarmi; rinvio alla lettura di P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell’attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 11 ss.

<sup>150</sup> Si tratta, spesso, dell’*Abwicklungszweck* tedesco. Cfr. già H. KREB, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, 35 ss.

<sup>151</sup> Ove così non sia, residuerà comunque un possibile problema di arricchimento: evidente nel pagamento del terzo e, a dire il vero, sussistente anche nel caso di garanzia, perfino prima del momento dell’eventuale pagamento del garante (un beneficio del debitore principale, cui corrisponde un detrimento del garante stesso, vi è già dal momento stesso della conclusione del negozio).

<sup>152</sup> Cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2003, 237 ss.; L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall’intuizione alla categoria (storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1155 ss.

<sup>153</sup> Ciò non toglie che – ad esempio – un contratto d’opzione possa a sua volta combinare una causa di scambio a quella sua propria (e altrimenti sufficiente; si tratterà di un’opzione acquistata a titolo oneroso) o che un contratto definitivo, oltre alla sua causa, possa recarne una solutoria (V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 352).

<sup>154</sup> Si tratta di un negozio che ricorda, nei suoi tratti, quella *bloße Rechtsgrundabrede* che una parte della dottrina tedesca (v. ad esempio K. LARENZ-C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 2<sup>13</sup>, cit., 137) ritiene fornire di causa il *Verfügungsgeschäft*, specialmente ove questo avvenga non *solvendi*, ma *acquirendi* o *donandi causa*. In Italia la dottrina ha parlato di negozio configurativo della causa nell’ambito della liberalità non negoziali (V. CAREDDA,

## JUS CIVILE



Mi riferisco, cioè, a quegli accordi che si limitano a configurare uno scambio o una liberalità, lasciando le parti libere di eseguirli<sup>155</sup>.

Lo schema individuato per ciascuna causa generica consente di rinvenire quei tratti essenziali, quell'impalcatura su cui dovrà venire ordinato l'assetto di interessi di ogni contratto concretamente concluso. Si parlerà, oltre che di attribuzione di vantaggi in rapporto di scambio o volti alla soddisfazione di un interesse non patrimoniale, di attribuzione di un vantaggio di garanzia, o di un vantaggio di liberazione (nella rinuncia), e così via.

Appare semplice, a questo punto, completare il discorso, passando a trattare della causa del tipo e di quella concreta (o, meglio, di quegli aspetti della causa concreta di cui la forma visibile della causa può tenere conto). Mi riservo di tornare oltre, invece, sul tema della compresenza di più cause generiche in concreto (contratti collegati, contratti che adempiono un preliminare).

La causa generica solitamente si pone a un livello più elevato, e meno dettagliato, rispetto alla causa del tipo (benché questo esito non sia imprescindibile: è probabile, ad esempio, che la causa liberale in Italia sia occupata interamente dal tipo donazione – a effetti reali od obbligatori –, salvo gli spazi che ivi si ritagliano altri accordi gratuiti tipici, ove conclusi non in virtù di un interesse patrimoniale del prestatore). Se così è, appare possibile, una volta individuata la causa generica, scendere al piano del tipo, proprio al fine di specificare la causa, che si va componendo, tramite quei riferimenti essenziali che si traggono dalla riconduzione del contratto a un tipo.

Sul punto v'è da intendersi: normalmente la ricerca di una causa generica è resa superflua dalla stessa afferenza di un contratto a un tipo (effettuale), risultando allora sufficiente il riferimento a una causa tipica (anche solo socialmente tipica) per ricondurre il contratto anche a una causa generica. In caso contrario (ove difettasse una causa anche solo socialmente tipica), sarebbe sicuramente necessario individuare la causa generica del contratto concreto<sup>156</sup>. Se ne de-

---

*La liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1996, spec. 266 ss.; G. AMADIO, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, in *I quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*, 2008, 10 ss.); viceversa, si è ritenuto che la stessa costruzione non sia necessaria per le liberalità indirette che avvengono tramite un negozio mezzo (così G. AMADIO, *Azione di riduzione e liberalità non donative [sulla legittima per equivalente]*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 704, in critica a F. MAGLIUOLO, *L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela*, in *Not.*, 2002, 93 ss.). A me pare, però, che anche in questi casi l'idea di un negozio configurativo possa risultare persuasiva: e, così, in tutti i casi di negozi indiretti (la prestazione solo configurata e quindi da compiersi liberamente, in questi casi, sarà costituita dal perfezionamento del negozio mezzo e dalla sua esecuzione).

<sup>155</sup> Lo schema dunque dovrebbe intendersi in modo peculiare: ad esempio, non come attribuzione di peculiari vantaggi in rapporto di scambio, ma come configurazione dell'equipollenza tra vantaggi.

<sup>156</sup> In altri termini, anche nell'ambito dell'atipicità sarà possibile rinvenire i tratti di una causa per così dire astratta. Ciò è facilmente ipotizzabile là dove si rinvenga, comunque, una tipicità sociale; ma lo stesso avviene pure al di fuori di questa, giacché in ogni caso si potrà individuare per lo meno una causa generica. A mancare sarà quel primo modello di distribuzione dei rischi che è rappresentato dal tipo, ma non mancherà una causa "astratta". V'è di più: anche in questo caso il riferimento ai tipi non è inutile. In casi del genere sarà ovvio, per l'interprete, guardare con più profondità al piano concreto per ricostruire l'assetto di interessi, senza potersi limitare a ricondurre l'accordo a un tipo e a verificare se i lineamenti normali di questo siano derogati. Nondimeno, sarà solo guardando ai tipi che si ricaverà la causa generica; questa, a sua volta, potrà indicare quali "porzioni" di disciplina di contratti tipici possono, in concreto, applicarsi allo specifico contratto concluso. Insomma: anche l'atipicità va letta tramite la tipicità. Ed è questo il senso, a mio avviso, dell'art. 1322, comma 2, c.c.: tutto il sistema dei contratti è dominato dal "senso" sociale per come declinato in modo diffuso dall'ordinamento giuridico (ora con una norma espressa, ora con una norma che dovrà essere il giudice a ricavare). In



duce che, in ogni singolo e concreto contratto, almeno una delle due “cause astratte” debba palesarsi (quella generica o quella tipica, a sua volta schiacciata o meno sulla prima): e attorno a essa vada ricostruito l’accordo in tutta la sua concretezza<sup>157</sup>.

Non sarà inutile, prima di passare a considerare la causa concreta, chiedersi in che senso oggi si ripeta che non è più l’accertamento della causa un portato della qualificazione nel tipo, ma è la causa concreta strumento per tale qualificazione<sup>158</sup>. Il fatto è che ancora oggi la qualificazione aiuta nella ricerca della causa: ma, al tempo stesso, la qualificazione stessa deve servirsi della causa.

Per sciogliere questo intreccio diremo: quanto alla causa statica, sul piano più astratto la qualificazione risolve ovviamente i problemi dell’atto muto in punto di causa. Con riferimento alla causa dinamica, la qualificazione aiuta nella ricerca della causa concreta, costituendo un primo modello di distribuzione dei rischi; al tempo stesso, la qualificazione non può che avvenire sul piano effettuale, valorizzando i dati fenomenici per il tramite dell’applicazione di quelle convenzioni sociali, di quell’attribuzione di “senso”, che proprio la causa dinamica richiama.

A ben vedere, la formula per cui non è il tipo che manifesta la causa, ma è dalla causa che si ricava il tipo<sup>159</sup> deriva probabilmente dalla consapevolezza attuale che la qualificazione non può formalmente basarsi sulla scelta del tipo che appare dalla dichiarazione (non nel senso dell’autoqualificazione, ma di quella struttura contrattuale che a prima vista sembra approvata dalle parti); essa, viceversa<sup>160</sup>, deve tenere conto di ogni altro elemento di fatto, sia esso desumibile dalla dichiarazione o ne sia esterno<sup>161</sup>.

---

questo senso – specie se si tiene a mente l’idea per cui il “senso” sociale è sempre tipico, basandosi sulla preesistenza di convenzioni sociali che lo rendono comprensibile – la tesi di Betti appare interamente accettabile: essa, dunque, abbisogna solo di essere slegata dal riferimento alla causa del tipo, che alternativamente può andare alla causa generica (cfr. ntt. 157 e 161; v. pure N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 52).

<sup>157</sup> In tal modo mi pare che, da un lato, si salvi l’istanza di socialità propria delle opere di Betti (istanza che è in realtà necessità della presenza concreta di un “senso” sociale) e, dall’altro, si fornisca alla causa tutta la duttilità che essa richiede (evitando le rigidità in cui la tesi di Betti cadeva: cfr. nt. 7). Per altre precisazioni v. subito *infra* nel testo, nonché, con riferimento al peculiare problema dei contratti collegati, nel § 6. L’idea di cui al testo mi pare possa dare ragione anche della rilevanza giuridica di contratti come quello sottoposto all’attenzione di Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di F. CARINGELLA (mentre, a fronte di un’attribuzione di un bene a titolo gratuito per realizzare un vantaggio del disponente, la Cassazione aveva ritenuto difettasse la causa: sebbene, probabilmente, la Suprema Corte intendesse rilevare la mancanza di un equilibrio minimo tra i vantaggi relativi allo scambio empirico, che sarebbe addivenuto in un certo senso “a prezzo vile”). Ad ogni modo, è scontato che la presenza di una causa generica o tipica vada controllata in concreto, ossia sulla base di tutti i dati fenomenici reali che possono assumere rilievo come interessi (v. *supra*, § 3).

<sup>158</sup> La tesi di una funzione economico-individuale di G.B. Ferri o quella che proponeva di ricorrere a criteri vari per la qualificazione contrattuale e non, quindi, soltanto alla causa di G. De Nova in realtà non sono riuscite a scalzare l’idea (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 472 s.) di una causa del tipo, pur intesa con ampiezza in sé e nel procedimento che permette la qualificazione (che dovrà valorizzare tutti gli elementi di fatto, di per sé abbracciati dalla volontà o quanto meno dalla consapevolezza delle parti).

<sup>159</sup> G. AMADIO, *La condizione*, cit., 200 s.

<sup>160</sup> Anche in ciò si esprime quella tendenza alla deformalizzazione su cui v. oltre, nt. 187. Un esempio palese è fornito dalla vendita *transactionis causa*, su cui v. § 6. Anche l’idea di un negozio fiduciario, unitariamente considerato, mi sembra un portato di questo progresso moderno, i cui primi fermenti risalgono agli anni Sessanta (cfr. spec. N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, *passim*, ma ad esempio 145).

<sup>161</sup> In altri termini, attualmente si riconosce che la causa del tipo tiene conto di tutto ciò che distingue un tipo (ef-

## JUS CIVILE



In ultimo, non v'è che da considerare il piano della causa concreta, nel cui ambito si pone tutto ciò che dà specificità al singolo accordo: e che, però, là dove si voglia individuare la sola forma visibile della causa statica, presuppone una selezione del materiale rinvenuto in esito alle operazioni ermeneutico-ricostruttive. Vale la pena di ribadire perché.

Già sappiamo che individuare la causa concreta in tutta la sua complessità presuppone, giocoforza, di aver trovato quella astratta (nelle due forme che essa eventualmente assume: generica e tipica): fermo restando che l'identificazione della causa astratta passa per gli elementi di fatto concreti, senza nessuna esclusione che non sia giustificata dalla ricerca del "senso" sociale e pur nell'eventuale necessità di un andirivieni ermeneutico tra interpretazione e ricostruzione (giacché il procedimento dell'interprete non è lineare in senso logico, procedendo semmai per giustapposizioni legate tra loro da sufficienti motivazioni)<sup>162</sup>. La causa concreta, di per sé, è "valore" che *in nuce* racchiude tutte le regole che dal patto discendono e che conformano quell'ordinamento che le parti, concludendo il contratto, pongono a se stesse.

Senonché, là dove si voglia abbracciare l'intera causa concreta (tanto nel suo dinamico comporsi interpretativo-ricostruttivo, quanto nel suo statico manifestarsi come già individuata)<sup>163</sup>, è evidente – secondo quanto già anticipato – che nessuna formula si rivela suffi-

---

fettuale) da un altro, giacché coincide con la sua portata sociale tipica. Per di più, oggi si ammette che nell'ambito della qualificazione sono da soppesare tutti gli elementi di fatto, senza fermarsi in modo formalistico a quanto si può trarre in via di prima approssimazione dalla dichiarazione. Quest'esito rappresenta il superamento di quell'elemento di rigidità della tesi di Betti (cfr. nt. 7), pur sempre collegato alla ricerca di una causa almeno social-tipica (giacché l'ampia libertà di cui attualmente gode l'interprete può portare in certi casi a ritenere assente una causa tipica – a livello del tipo –). Ma, al tempo stesso, tale risultato non elimina la qualificazione nel tipo: semplicemente, fonda la qualificazione sulla causa, intesa come somma dei concreti elementi di fatto e delle singole convenzioni sociali che permettono di ordinarli in modo sensato, e dalla qualificazione fa derivare un aspetto della causa, giacché la causa concreta – come esito, e non come procedimento, ricostruttivo – ha in sé anche tutto quanto riguarda il tipo (v. Trib. Ravenna 8 luglio 2013, in *www.ilcaso.it*, nonché B. IZZI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 498). In altri termini, il gioco di parole tra causa e tipo sembra superarsi là dove si ricordi che tutto ciò che attiene alla causa deriva da una convenzionalità sociale già data e solo attivata in concreto e che tutto quanto riguarda il tipo si distingue solo per il livello a cui si situa (il piano, cioè, del tipo), oltre che per il momento della sua emersione nel procedimento ermeneutico-ricostruttivo (la qualificazione, svolta pur sempre in chiave effettuale). Là dove, poi, non si tratti di contratto tipico (nemmeno socialmente), resta comunque quello spazio (quei lineamenti essenziali del patto) astratto, che verrà occupato dalla sola causa generica.

<sup>162</sup> In questo senso, a mio avviso, può sostenersi che la causa è intreccio di struttura e interessi (ad A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti [Intorno alla nozione di causa]*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 229 ss., ma spec. 241 ss.): si tratta, cioè, di un rapporto che emerge nel corso del procedimento ricostruttivo, in cui il «modello astratto utilizzato» può essere superato dalla «funzione individuale» (cfr. la massima di Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 451, con nota di C. DI LEO, reperibile in *Foro it. Rep.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 342), nel senso che la prima e interlocutoria qualificazione potrà essere rivista in virtù della valorizzazione di altri elementi di fatto (siano essi rientranti tutti in quello dichiarativo-simbolico, oppure ne siano al di fuori). All'esito della ricostruzione, però, la causa sarà semplicemente la portata sociale dell'accordo e, in essa, i vari piani (da quelli più generali a quelli più specifici, da quelli generici e tipici – o atipici, ma pur sempre propri del "livello del tipo" – a quelli particolari che specificano i primi) saranno pienamente coordinati. In ultimo, v'è da dire che causa potrà dirsi funzione, se intesa come "valore complessivo e concreto"; non, invece, ove con questo termine si ometteranno altri profili che solitamente si dicono di struttura (ma su questo v. meglio *infra*, § 5).

<sup>163</sup> Il suo epifenomeno normativo non è l'art. 1322, comma 2, c.c., ma è semmai disperso in più disposizioni, tra cui soprattutto l'art. 1375 c.c. (oltre che gli artt. 1419, 1424; le previsioni che danno per scontate le deroghe implicite al diritto dispositivo; lo stesso art. 1369 c.c., pur nella sua particolare posizione, su cui v. nt. 177). Con riferimento al



# JUS CIVILE



ciente: di talché la causa concreta finisce per essere un concetto solo ideale.

Al fine di delineare la nozione operativa di causa statica, viceversa, è necessario limitarsi a considerare alcuni profili.

Tra questi, vi saranno anzitutto e di sicuro quelli che tingono di concreto i vantaggi propri dello schema generico e tipico (dello schema letto a livello di causa generica e tipica). Così, per fare un esempio, la singola compravendita avrà ad oggetto l'attribuzione di uno specifico vantaggio a fronte di un diverso e altrettanto specifico vantaggio (consistente nella proprietà di una somma di denaro).

Ancora: sempre in quest'ottica dev'essere considerata la valorizzazione, entro lo schema contrattuale, di un peculiare aspetto del contratto: quello relativo all'esatta individuazione dei motivi delle parti che si oggettivizzano ed entrano nel regolamento contrattuale.

Tale riferimento – che sottende ovviamente i ben noti casi di presupposizione – è a una serie di convenzioni sociali che si comportano in modo ricorrente: esse permettono di rinvenire, di regola nei contratti di scambio e in virtù di un certo ammontare del corrispettivo, l'assunzione da parte di un contraente di uno specifico rischio. Un siffatto fenomeno, in un certo senso, attiene ancora all'ambito di quelli che si sono denominati vantaggi: il motivo oggettivato infatti pare proprio divenire un vantaggio secondario rilevante, idoneo a declinare quello primario attribuito contrattualmente (pur senza costituire in sé e per sé un risultato dovuto).

A tal riguardo, si può proporre di esprimere tali ipotesi (che sono poi quelle cui si riferisce l'art. 1345 c.c., sebbene dal lato dell'illiceità del motivo) tramite una peculiare forma linguistica: ritenendo – prendo ad esempio il famoso *coronation case* – che ivi, nell'ambito dello schema causale concreto, l'attribuzione di un compenso si ponga in rapporto di scambio con l'attribuzione del godimento temporaneo di uno specifico bene *per* una certa ulteriore finalità. Riservandosi questa specifica dicitura ai presupposti esterni che entrano nel regolamento contrattuale, si potrebbe evidenziarne la sussistenza e tenerne conto facilmente nel caso di irrealizzabilità sopravvenuta (o anche originaria).

Le considerazioni che precedono hanno condotto ormai a rinvenire la forma visibile della causa: quella, cioè, che assume i tratti di uno “schema causale concreto”.

Se avevamo visto la causa dinamica richiamare *tutto* il contratto, visto in una particolare angolazione (ossia nella sua portata sociale), così come *l'insieme* delle convenzioni che ne regolavano (dal lato oggettivo) la ricostruzione, appuriamo ora l'esistenza di una formula riassuntiva che consente alla causa statica di svolgere un ruolo operativo: una formula per mezzo della quale è dato sintetizzare il *nucleo* del contratto visto nella sua portata sociale.

L'interprete si trova così a disporre di una causa schematica e semplice (benché non estesa a tutti i problemi dell'accordo come “valore” che pur attengono – e restano attinenti – alla dimen-

---

piano del motivo oggettivato, v. poi in particolare gli artt. 787 (che ne determina una peculiare forma di rilevanza, in un certo senso escludendolo dalla causa per consentirgli di essere invocato ai fini dell'annullamento del contratto), 788 e 1345 c.c.

## JUS CIVILE



sione causale intesa nel senso più lato<sup>164</sup>). Quanto ai problemi cui la causa statica direttamente sovrintende, quelli dell'atto astratto interessano soprattutto la causa generica; quelli della realizzabilità dell'assetto di interessi, invece, la causa tipica e quella concreta.

La causa, in quest'ultima versione, è davvero requisito di validità del contratto: o, meglio, lo è la sua realizzabilità, la presenza di una causa – più che *concreta* – *in (o nel) concreto*<sup>165</sup>. I problemi di realizzabilità che sovengono, possiamo aggiungere, sono vari: tutti, in un certo senso, sono però legati all'effettiva fattibilità del programma negoziale, ossia alla corrispondenza di quanto approvato dalle parti alla realtà delle cose. Ciò può difettare, ad esempio, dove sia carente l'alea di un contratto di rendita vitalizia oppure dove sia concluso un contratto di scambio *nummo uno* (in tal caso secondo un giudizio sociale mancherà del tutto, stando al programma approvato dalle parti, un prezzo: né si potrà proporre una riqualificazione del contratto, giacché la questione non atterrà all'incomprensibilità e all'illeggibilità sociale dell'accordo voluto, ma semmai all'assenza nella realtà delle cose di un prezzo<sup>166</sup>).

In tutti i casi, la mancanza di causa nel concreto attiene solo e soltanto a quei lineamenti essenziali (vantaggi primari e secondari) che proprio la forma visibile della causa consente di far emergere e di evidenziare in modo chiaro.

In questa prospettiva, ma non solo in questa, è facile appurare come le indicazioni di Roppo – che passo ora a commentare più specificamente – consentano di dare alla causa una forma facile e al tempo stesso adeguata.

Ciò deriva, in particolare, dalla chiarezza con cui l'autore distingue profili diversi della causa, riducendo a due soltanto i ruoli davvero operativi. Attorno a questi viene creata una nozione di causa – che nelle pagine precedenti ho cercato di sviluppare, provando a raccogliere le indicazioni dell'autore –, *semplice*, ma al tempo stesso fondata su un precisissimo gioco di equilibri, in cui i vari livelli della causa collaborano tra loro (causa generica, tipica, concreta).

Non v'è il rischio di semplicismi, giacché la ricchezza della causa è mantenuta, ma nemme-

---

<sup>164</sup> Guardando alla sola formula sintetica proposta non si può rinvenire (nel "valore") una deroga implicita al diritto dispositivo, né la soluzione a un problema di nullità parziale: ma ciò richiede per forza di cose uno sguardo sintetico di tutto il contratto nella complessità di tutti i suoi elementi di fatto, aggregati secondo regole sociali entro il complessivo assetto di interessi, che nulla lascia fuori.

<sup>165</sup> La distinzione non è comune in dottrina; già E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., 389, però, distingueva la causa presente e quella irraggiungibile. Ammesso che la causa non può mai essere assente da un contratto, la differenza tra causa concreta (concetto definitorio) e in concreto (causa aggettivata avente una funzione di controllo) emerge evidente, giacché solo la seconda è un requisito di validità del contratto (essendo, tra l'altro, richiesta non tanto una causa, quanto una causa "realizzabile" o, da un altro punto di vista, "lecita"). V. pure E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 273, nt. 271.

<sup>166</sup> Semmai v'è da chiedersi se la questione non sia di irrazionalità interna all'assetto di interessi: e, così, se la sua soluzione tramite l'art. 1325, n. 2, c.c. non imponga di utilizzare la stessa disposizione per valutare i casi di immeritevolezza di cui parlerò nel prossimo paragrafo (e in cui appare esservi davvero una irrazionalità intrinseca al contratto). La risposta è, a mio avviso, negativa: la contraddittorietà non è qui interna al voluto delle parti, ma deriva da un elemento esterno (rientrante "nella realtà delle cose"), ossia il normale ammontare del prezzo. In altri termini, l'ordinamento non può giudicare intrinsecamente irrazionale la previsione di un prezzo vile o simbolico, dopo aver attribuito alle parti la facoltà di stabilire soggettivamente l'equivalenza delle prestazioni; può, semmai, considerare venuta meno, da un punto di vista esterno rispetto al contratto ("la realtà delle cose"), la causa di scambio.



no il pericolo di scivolare in quella confusione (o vaga indistinzione) che solitamente s'accompagna alle formule troppo brevilouquenti. La riflessione sulla causa di Roppo differenzia con precisione ambiti diversi, dando vita a un istituto non sovraccarico. Il nucleo della causa, che ne rappresenta la forma visibile, consente di individuare con chiarezza e precisione il contratto nel suo "senso"; esso ha un ruolo operativo e, al tempo stesso, non soffoca gli impieghi dinamici della causa (che pur afferiscono a una differente dimensione della causa stessa).

È implicita, nel testo di Roppo, una consapevolezza: lo studioso, nel collegare tra loro le varie dimensioni e le varie funzioni della causa, sa bene che una formula magica<sup>167</sup> che descriva il nostro istituto non potrebbe risolvere tutti i problemi cui esso sovrintende<sup>168</sup>. Al tempo stesso, una causa che non si differenzi a seconda dei vari livelli e spazi in cui viene richiamata e che, parimenti, non assuma una forma semplice e immediatamente operativa là dove ciò sia richiesto<sup>169</sup>, finisce per risultare un concetto confuso, con il rischio di un suo ipertrofismo e di una incontrollata espansione o (il che, in fin dei conti, è lo stesso) di un suo abbandono<sup>170</sup>.

6. – Su queste basi passo ora a considerare il contributo più recente di Roppo<sup>171</sup>, vera e propria rassegna della giurisprudenza attuale in tema di causa e delle fallacie argomentative in cui essa è caduta. Quest'analisi, d'altro canto, potrà confermare gli esiti cui si è giunti, oltre che permetterne un'applicazione pratica.

Le prime decisioni su cui è d'uopo soffermarsi sono quelle che richiamano la causa dinamica, in funzione ricostruttiva e qualificatoria (e, quindi, anche di complemento dell'interpretazione).

La più saliente riguarda un contratto di assicurazione<sup>172</sup>, nel cui testo figurava una clausola di limitazione dell'oggetto (del rischio assicurato). L'impresa assicuratrice convenuta faceva leva su tale clausola per escludere il suo debito. Secondo la Cassazione i giudici di merito avrebbero dovuto considerare l'interesse dell'assicurato per cogliere il reale significato della clausola in parola. Roppo avverte invece dei «pericoli di un uso poco sorvegliato della categoria»: la

---

<sup>167</sup> La nota espressione di R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, trad. it. di L.R. Amirante, Bari, 1975, è stata accostata alla causa da G. ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 258. Cfr. pure M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. mer.*, 1978, IV, 1328.

<sup>168</sup> Sulla molteplicità dei «problemi della causa» v. per tutti A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 2.

<sup>169</sup> Là dove cioè – lo ripeto – vi sia da sbarrare la via della giuridicità all'atto totalmente privo di un "senso complessivo" (atto astratto) o da assicurare che l'esecuzione del patto sia solidale rispetto alla sua *ratio*.

<sup>170</sup> Proprio per questa ragione, nonostante la scarsa importanza che Roppo attribuisce a una causa con valenza qualificatorio-ricostruttiva, non è difficile completare la nozione che egli offre integrandovi queste funzioni (come ho proposto nel testo): è semplicemente necessario distinguere in modo preciso tra loro i vari ambiti della causa.

<sup>171</sup> Tutte le citazioni proverranno quindi da V. ROPPO, *Causa*, cit., 963 ss.

<sup>172</sup> Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, cit.

## JUS CIVILE



questione, sottolinea, qui era solo interpretativa, e non aveva nulla a che vedere con la causa; per di più, se anche si ritenesse diversamente, gli interessi del solo assicurato avrebbero costituito semplici motivi e come tali presumibilmente non sarebbero rientrati nella causa<sup>173</sup>.

Effettivamente, in questo caso l'ambiguità della dichiarazione si sarebbe dovuta sciogliere, anzitutto, in chiave interpretativa: a fronte di un testo non chiaro, infatti, è possibile allargare lo sguardo al fine di ricercare materiale ermeneutico tale da superare il dubbio. Nell'ambito dell'individuazione dell'accordo nella sua portata sociale, quindi, sarebbe stata predominante – *in parte qua* – un'interpretazione vera e propria.

A dire il vero, però, si sarebbe potuto supporre che la questione involgesse sotto certi aspetti anche, e soprattutto, un problema di ricostruzione. Si ipotizzi, ad esempio, che l'assicurato (com'è probabile) avesse comunicato il suo intento alla controparte e questa gli avesse proposto un articolato non oggetto di discussione nei suoi singoli termini. Effettivamente, potrebbe affermarsi che il complessivo assetto di interessi richiedesse di essere ricostruito anche sulla base della prima dichiarazione (certamente non negoziale) e che, in virtù di questo, il testo contrattuale andasse inteso nel senso corrispondente alla *ratio contractus* così ricavata.

La questione, così impostata, diviene prevalentemente ricostruttiva proprio perché l'accento non verrebbe posto sull'interpretazione dei vari dati fenomenici in sé e per sé considerati (comunque inevitabile), ma sul loro esatto coordinamento (non solo inevitabile, ma soprattutto qui d'importanza preponderante): in altri termini, solo sul piano della causa si sarebbe potuto comprendere il rilievo esatto di quegli interessi sicuramente approvati, ma vagamente compresi dalle parti (il loro peso reciproco, il loro rapporto, la loro penetrazione nell'assetto di interessi secondo un certo ordine gerarchico)<sup>174</sup>.

Questa seconda idea si fonda sui seguenti presupposti. Anzitutto, essa richiede di ritenere che la causa del contratto – la sua complessiva economia – vada tratta anche da dati fenomenici estranei alla dichiarazione o alla sua interpretazione, pur sempre veicolati da enunciati verbali delle parti, perfino quando questi sono in disaccordo con il testo contrattuale o comunque quando vi è una clausola del testo che pare superarli<sup>175</sup>. In secondo luogo, essa presuppone che il so-

---

<sup>173</sup> V. anche M. GIROLAMI, *L'artificio*, cit., 119, nonché, con posizione opposta (e coerente con le tesi da sempre sostenute: v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 404), ID., *Causa concreta*, cit., 265.

<sup>174</sup> In fondo, il problema si riduce a questo: si tratterà di (prevalente) interpretazione se si ritiene che la dichiarazione precontrattuale costituisca (o costituisca potenzialmente, ma non in concreto) il contesto della dichiarazione; di ricostruzione se si ritiene che sia, invece, un altro e diverso elemento di fatto, veicolante il suo proprio "senso". Il caso è davvero limite (e, a dire il vero, rispondere alla domanda non è nemmeno così importante). Il criterio, comunque, è a mio avviso questo: ci si chiederà se un soggetto normale e razionale, in quella situazione, avrebbe potuto supporre di rinvenire nella dichiarazione contrattuale un implicito rinvio all'altra dichiarazione precontrattuale o se vi avrebbe visto un elemento da congiungere con essa. Con tutta probabilità, a far propendere per la ricostruzione è proprio il fatto che il caso in esame riguardava una dichiarazione scritta (quasi sicuramente) non discussa analiticamente, rispetto alla quale sarebbe arduo ritenere "contesto interpretativo" una dichiarazione precontrattuale (del contraente debole).

<sup>175</sup> Nel caso di specie, una dichiarazione volta a rivelare lo scopo dell'accordo. Non si deve pensare che valga l'equazione tra "causa" e "scopo" in modo rigido: semmai, gli elementi di fatto da cui si desume lo scopo (solitamente, quelli che individuano anche la struttura; in taluni casi, altri elementi) entrano nell'assetto di interessi, plasmando-

## JUS CIVILE



lo motivo dell'assicurato entri nell'assetto d'interessi, probabilmente in virtù del fatto che la rassicurazione prestata dalla parte forte a quella debole si inserisce immediatamente nella complessiva *Interessenlage* pattizia.

Entrambe queste idee si prestano a critiche: ma è soprattutto la prima che lascia spazio ad alcune perplessità. Effettivamente, la causa dovrebbe essere ricavata dal testo contrattuale, anzitutto, e non da elementi esterni, in modo da adattare a questi il testo: così facendo si farebbe iniziare l'operazione ermeneutica dalla coda, in modo poco razionale<sup>176</sup>. È però anche vero che, in ipotesi come quella in discussione, un intento delle parti palese e condiviso avrebbe potuto effettivamente superare, per il suo rilievo, la dichiarazione negoziale: e ciò soprattutto nell'ambito di rapporti fortemente asimmetrici, quasi come reazione al tecnicismo del testo contrattuale e alla differenza di potere delle parti.

Ad ogni modo, le operazioni che si sono richiamate si arrestavano a una interpretazione o a una ricostruzione, non richiedendo né valutazioni relative all'atipicità contrattuale, né di realizzabilità della causa in concreto. Richiamare la causa, qui, voleva dire semplicemente additare la possibile sussistenza (o, meglio, la potenziale preponderanza) di un problema ricostruttivo.

Di conseguenza, v'è spazio per supporre che effettivamente la causa concreta avesse un rilievo, a patto che si escludesse la prevalenza di una semplice interpretazione e purché fosse chiaro che tale rilevanza era tutta interna al procedimento ermeneutico-ricostruttivo<sup>177</sup>, alla se-

---

lo. Lo scopo che coincide con la causa è, invece, un concetto più complesso: è la funzione di tutto il patto, ossia l'assetto di interessi posto (il contratto visto come assetto di interessi e privato solo della sua "accensione", della sua approvazione). In esso ogni regola che la dichiarazione pone ha un ruolo (e la sua mancanza sposterebbe il baricentro dell'accordo) e, a sua volta, deriva dal complessivo procedimento ermeneutico-ricostruttivo più volte considerato. Cfr. nt. 75.

<sup>176</sup> Stando a questa critica, ci si sarebbe dovuti attenere al testo, escludendo il rilievo di quello scopo rimasto unilaterale ed estraneo all'assetto di interessi. L'interpretazione della dichiarazione avrebbe, poi, richiesto di per sé di sciogliere l'ambiguità guardando al contesto. Ove lo scopo in parola, espresso verbalmente, fosse sembrato troppo distante (o non condiviso), non vi sarebbe stata altra via che quella di una disambiguazione fondata sui criteri di interpretazione oggettiva (restando il dubbio nonostante il tentativo di scioglierlo in via di interpretazione soggettiva).

<sup>177</sup> Non si tratterebbe di predominanza dell'interpretazione, proprio perché lo scopo divenuto comune non costituirebbe il contesto della dichiarazione, ma di un ulteriore elemento di fatto, il cui esatto rilievo resterebbe dubbio sino alla ricostruzione ordinata dell'assetto di interessi (del resto, non essendo palese o immediato comprendere come avvenga tale composizione ordinata, si dovrebbe sciogliere la questione proprio in via ricostruttiva: e da qui apparirebbe la preponderanza di questo profilo). Ci si potrebbe allora chiedere se il ruolo (indirettamente) ermeneutico della causa sia qui proprio quello veicolato dall'art. 1369 c.c. (rispondo con questo anche alla questione del rapporto tra tale disposizione e la causa: cfr. nt. **Errore. Il segnalibro non è definito.**). A mio avviso la risposta è negativa: tale disposizione, in effetti, pare richiamare un fenomeno in parte diverso, così sintetizzabile: vi è una questione che, pur essendo normalmente interpretativa (normalmente di competenza dei contraenti, secondo l'espressione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., 85 s.), è risolta in chiave ricostruttiva. Vero è, però, che allorché si richiama la ricostruzione (come a ben vedere accade anche per l'art. 1367 c.c. e, forse, anche per l'art. 1371 c.c.) sfuma la distinzione: nel senso che se la questione, pur originariamente interpretativa (perché normalmente tale), viene spostata in sede soprattutto ricostruttiva, essa finisce per perdere i suoi normali connotati. Di talché, mi pare che nell'art. 1369 c.c. non possa essere rinvenuta la norma che fonda il ruolo indirettamente ermeneutico della causa, nemmeno in casi come quello di cui al testo (in cui, ammesso il rilievo dell'elemento di fatto esterno alla dichiarazione, non v'è alcun dubbio ermeneutico da sciogliere con riguardo alla dichiarazione). Ciò non toglie che l'art. 1369 c.c. riguardi un peculiare caso di rilievo indirettamente ermeneutico della causa: quello in cui una questione normalmente interpretativa viene risolta eccezionalmente (a causa del dubbio residuo) in via ricostruttiva. Allo stesso modo (e passo qui a



## JUS CIVILE



quenza delle operazioni compiute dall'interprete per ricavare in via di successive approssimazioni lo "spirito" del contratto. La causa che così veniva adoperata doveva allora essere quella dinamica, ossia quella intesa come strumento per ordinare l'*Interessenlage* e per indirizzare l'interpretazione<sup>178</sup>.

Proprio per tali ragioni la decisione della Corte può sembrare, alternativamente, banale o rivoluzionaria.

Non dice molto di nuovo, se ci si sofferma sull'indicazione rivolta al giudice di merito, secondo cui v'è necessità in pari tempo di interpretare e ricostruire, tenendo conto di tutti gli elementi di fatto rilevanti (in base a quelle stesse convenzioni sociali, per come declinate dal diritto statutale, idonee a dare forma all'assetto di interessi)<sup>179</sup>.

Lo stesso arresto, però, è estremamente innovativo<sup>180</sup>, là dove amplia il novero degli elementi di fatto da considerare, rendendone preminente uno esterno a quello simbolico-dichiarativo, il cui rilievo peraltro può apparire abbastanza dubbio sia per il suo carattere, per così dire, unilaterale, sia per la sussistenza di un testo contrattuale.

E lungo quest'ultimo itinerario di pensiero (che non è semplicemente quello dei rapporti tra interpretazione e causa, ma quello relativo a un certo modo di intendere questi rapporti) si è mossa la giurisprudenza più recente, arricchendolo di profili di novità ancora più profondi, su cui è bene soffermarsi, in virtù della loro forza dirompente.

Nel caso poc'anzi riportato, il dubbio riguardava l'ingresso, tra gli elementi di fatto (tra gli interessi), di un'indicazione di scopo unilaterale ed esterna alla dichiarazione, laddove quest'ultima avrebbe potuto, di per sé, essere interpretata al di fuori delle implicazioni di quell'elemento di fatto (o utilizzandolo, a monte, per disambiguarla in via – principalmente – interpretativa).

Viceversa, in altre ipotesi taluni interpreti hanno ritenuto di compiere un'operazione ancora più estrema: ossia, ricostruire l'assetto di interessi tramite coordinate di senso che si ponevano in chiaro contrasto con il tenore della dichiarazione. Si è, in particolare, voluto dedurre da dati fenomenici esterni a quest'ultima un "senso" del patto in (parziale) contraddittorietà con quello veicolato dalla dichiarazione: il quale, lungi dal poter essere ricalibrato, è stato cancellato. Per

---

rispondere all'altra questione rimasta aperta) il generico ruolo indirettamente ermeneutico della causa può ritenersi, come non ritenersi, veicolato dagli artt. 1362 s. c.c. E la ragione è presto detta: ove si supponga che queste disposizioni si interessino, oltre che dell'interpretazione (delle questioni normalmente interpretative), dei suoi riflessi sulla ricostruzione, si propenderà per la prima tesi; ove, invece, si ipotizzi il contrario (le disposizioni menzionate riguardano solo il lato prettamente ermeneutico), si preferirà una soluzione differente.

<sup>178</sup> In virtù di quanto si è detto, apparirà chiaro perché Roppo tendesse comunque a escludere, nel caso deciso dalla sentenza in commento, il ruolo della causa (V. ROPPO, *Causa*, cit., 971): la questione poteva essere facilmente fatta afferire (con prevalenza) all'interpretazione. Ma ciò non contraddice gli utilizzi della causa dinamica, cui comunque Roppo non dà molto rilievo nelle sue opere al fine di non appesantire il concetto di causa (v. già nt. 98), ma che comunque non sono dall'autore radicalmente esclusi (essendo collegate causa, *ratio contractus*, interpretazione, nullità parziale). Non è allora così difficile far convivere la tesi dell'autore con quelle di Bianca, che appare essere molto più propenso a valorizzare la causa dinamica.

<sup>179</sup> Anzi, è finanche poco accettabile qualora si ritenesse prevalente, nel caso a giudizio, il momento schiettamente interpretativo.

<sup>180</sup> V. C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa concreta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 451 ss.



tale via si è assistito a una prevalenza assoluta dello “spirito” sulla “lettera”.

Ora: anche così descritto, questo esito non è inedito; appare esserlo, però, ove si consideri la casistica in cui, a mio avviso, si è voluta applicare questa argomentazione (per vero, nascondendola sotto un diverso riferimento normativo).

La predominanza di certi elementi di fatto rispetto alla dichiarazione, infatti, in taluni casi è scontata e del tutto accettabile, rispondendo pianamente alla convenzionalità sociale: si pensi al noto *Hamburger Parkplatzfall*<sup>181</sup>, in cui un soggetto, posteggiata la sua vettura in uno spazio a pagamento, si rivolgeva al titolare dello stesso affermando di non voler concludere alcun contratto di parcheggio e, successivamente, si allontanava, lasciando ivi l’auto. In tale ipotesi l’insieme di elementi di fatto materiali conduce senza dubbio a rinvenire l’approvazione di un nuovo assetto di interessi (l’atto di volontà è qui veicolato anch’esso da un elemento materiale, posto per l’appunto volontariamente). La dichiarazione, viceversa, si può ritenere “non seria”<sup>182</sup>: una *protestatio contra factum* che *non valet*<sup>183</sup>, non avendo la forza di scardinare il “valore” che promana dagli altri elementi di fatto.

Un’idea non dissimile è, per quanto implicitamente, alla base delle decisioni che poc’anzi richiama: solo che, in esse, la predominanza di taluni elementi di fatto su altri non assume tratti altrettanto chiari e, anzi, è fortemente dubitabile.

La prima decisione che sovviene non è di un giudice italiano, ma della Cour de cassation francese. Si tratta del noto caso *Chronopost*<sup>184</sup>: un soggetto si rivolgeva a un noto vettore francese, e cioè alla società Chronopost, per la spedizione di un plico, il cui arrivo a destinazione senza ritardi era necessario per rispettare i termini previsti da una gara d’appalto. La prestazione

---

<sup>181</sup> V. BGH 14 Juli 1956, V ZR 223/54, in *NJW*, 1956, 1475. Non è un caso che J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tübingen, 1999, 5 s., lo colleghi alla *ergänzende Auslegung*.

<sup>182</sup> Ma la mancanza di serietà si può ravvisare anche in altri casi, tutti accomunati dal fatto che il tenore apparente di una dichiarazione è svuotato in virtù della sua considerazione pragmatica (e, quindi, del suo andare a comporre un “senso” ordinato e più compiuto). Oltre, ovviamente, alla dichiarazione *ioci causa*, basti pensare alle ipotesi di cortesia assistite da una dichiarazione di vincolatività ritenuta “non seria” (anche qui, a ben vedere, si dà un problema di ricostruzione dell’assetto di interessi) o a quelle in cui una dichiarazione, che potrebbe in astratto fondare un vincolo giuridico, lascia percepire un intento non ancora risolto e fermo e, quindi, appare “non seria”.

<sup>183</sup> Di recente N. MUCCIOLI, *Studio sul contegno concludente*, Torino, 2012, 100, e R. GIAMPETRAGLIA, *Protestatio contra factum non valet*, Napoli, 2000, 94. Sui comportamenti concludenti v. qui, per tutti, G. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 1961, spec. ai nostri fini 781 e 789, nonché E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, cit., in particolare 139 s., e M. SEGNI, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, spec. 218 (e già, per un esempio ulteriore, H. ISAY, *Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1899, 82 s.).

<sup>184</sup> Cass. com. 22 octobre 1996, in *Bull. civ.*, 261, IV, 223; per un elenco dei commenti apparsi v. J. GHESTIN, *Cause*, cit., 181, nt. 54; in realtà gli *arrêts* Chronopost si sono susseguiti, a ritmo sostenuto, fino a tempi recenti, suggerendo a un autore di parlare di una vera e propria “saga”, con *revirement* continui della Suprema Corte francese: cfr. D. MAZEAUD, *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?*, in *Recueil Dalloz*, 2010, 1832 ss., e già ID., *Saga “Chronopost”: les maîtres du temps perdent une manche*, in *Recueil Dalloz*, 2006, 2288 ss.; ID., *Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons*, in *Recueil Dalloz*, 2008, 1776 ss.; sempre sulla prima decisione cfr. J. GHESTIN, *Cause*, cit., 180 ss.; A. SÉRIAUX, *L’affaire Chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d’obligation essentielle*, in *Recueil Dalloz*, 1997, 122 s.; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, Paris, 1999, 439 ss.

## JUS CIVILE



non era eseguita correttamente (il plico giungeva oltre i suddetti termini) e il creditore chiedeva allora un risarcimento del danno; Chronopost si difendeva facendo valere una clausola di limitazione di responsabilità. La Corte francese riteneva che il contratto, per essere stato concluso proprio e soltanto perché il termine venisse rispettato, doveva essere privato di tale clausola.

Effettivamente, ove ritenessimo che, per il prezzo pagato o per i servizi normalmente offerti da Chronopost, sussistesse un elemento di fatto materiale tale da far ritenere acquisita una prestazione del tipo “spedizione garantita dai ritardi”, la limitazione di responsabilità si sarebbe posta in insanabile contrasto. Essa, però, era scritta: di qui la difficoltà a ricostruire il contratto in un senso o nell’altro.

L’idea, direi quasi intuitiva (e comunque, come norma per il giudice francese, non motivata), di ricorrere alla causa per cancellare la clausola richiama il ragionamento sopra svolto: tanto più che, a ben vedere, la Cour de cassation (come oggi il *Code civil* dopo la riforma<sup>185</sup>) parlava di “clausola da reputare non scritta”, quasi che essa fosse “non seria” e quindi da espungere.

L’idea della Corte è, da un lato, raffinata (come ogni percorso ermeneutico-ricostruttivo complesso, a partire da quella rivoluzionaria, e non così dissimile, idea romana volta a rendere negozi astratti solo in senso debole la *mancipatio* e la *sponsio*<sup>186</sup>)<sup>187</sup>; dall’altro, pericolosa. Difficile è comprendere, a questo punto, quale sia il confine tra elementi di fatto rilevanti e non rilevanti: solo un interprete molto sensibile può compiere una tale valutazione.

Verrebbe poi fatto di chiedersi se una *ratio decidendi* simile non sia al fondo di un certo utilizzo, da parte dei giudici italiani, della clausola di meritevolezza.

Già ho detto di come essa potrebbe essere utilizzata per privare di sanzione giuridico-statuale l’atto muto sulla causa, in quanto socialmente privo di “senso”. Questa funzione – sostenevo<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> Sulla contraddittorietà tra l’obbligazione essenziale e una clausola che, per l’appunto, si reputerà “non scritta” (ciò che evoca – intuitivamente? – la “non serietà”) v. oggi l’art. 1170 *Code civil*.

<sup>186</sup> Mi riferisco a quell’idea, sviluppatasi nell’età repubblicana romana, in virtù della quale si ritenne che negozi considerati astratti in senso forte – come la *mancipatio* e la *sponsio* – dovessero esserlo solo in senso debole: e ciò si fece ammettendo la rilevanza giuridica dell’accordo, esterno a tali negozi, volto a dare causa all’attribuzione economica (rilevanza che si esprimeva, a sua volta, tramite la concessione di una *condictio* o di una *exceptio doli generalis*). V. spec. A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell’esperienza romana*, Torino, 1994, 81 ss.

<sup>187</sup> È, questo, forse un ulteriore aspetto dell’attuale *Materialisierung* del diritto privato (C.-W. CANARIS, *Wandlungen*, cit., 273 ss.; in Italia A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) procedura*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 797 ss.). Infatti, il sempre più ampio riferimento alla causa in funzione ricostruttivo-qualificatoria si può probabilmente collegare alla sempre maggiore de-formalizzazione del diritto privato contrattuale, tanto nel rapporto con le disposizioni di legge, quanto in quello con la dichiarazione pattizia. Se le prime, tramontato ormai il positivismo, vengono intese in modo sempre più flessibile, nel rapporto con il “valore” sottostante (e talvolta perfino sovvertendo il dato espresso, in nome della preminenza del “valore” pur sempre recepito positivamente), lo stesso vale per la seconda, che concorre a chiarire il “valore” contrattuale, ma da esso è poi implicata (finendosi, in taluni casi, finanche per ritenere che una parte della dichiarazione non sia “seria” e per ciò stesso sia “inefficace”). L’ampio rilievo del piano degli interessi – del “valore” – si collega, con tutta probabilità, a un cambiamento sociale, che influenza le categorie giuridiche, spostando l’angolo prospettico da cui l’interprete guarda al sistema giuridico. Ma, a ben vedere, si tratta pur sempre delle convenzioni sociali che presiedono l’individuazione dell’assetto di interessi approvato: le quali vedono oggi depotenziata la singola dichiarazione contrattuale (intesa in senso stretto) rispetto agli interessi che gli altri dati fenomenici concreti esprimono.

<sup>188</sup> Cfr. § 5.

## JUS CIVILE



– potrebbe evitare sia di rinvenire nell’art. 1322, comma 2, c.c. un doppione di altre disposizioni (su tutte, l’art. 1343 c.c.), sia di rintracciarvi uno strumento volto alla funzionalizzazione dell’autonomia privata.

L’art. 1322, comma 2, c.c. contiene, in questa prospettiva, proprio quella norma che ricorda all’interprete la recezione giuridico-statuale delle forme sociali e che, nel farlo, sancisce che esse vanno declinate secondo le categorie giuridico-statuali, anche ove manchino previsioni espresse (per mezzo del coordinamento, anzitutto sul piano “effettuale”, tra il dato sociale e il sistema normativo intero<sup>189</sup>).

Nei casi limite (in cui le parti sembrano davvero creare un accordo senza senso o parzialmente senza senso), la meritevolezza impone ora di ritenere “incompleto” o “insufficiente” un atto muto sulla causa, ora – e qui veniamo al tema di nostro interesse – di leggere in modo socialmente razionale contratti il cui assetto di interessi all’apparenza sembra internamente contraddittorio, consentendo di eliminare le parti del regolamento incoerenti e recessive (l’alternativa sarebbe, tutt’al più, quella di ricorrere alla sanzione della nullità per mancanza di causa – di una causa razionale<sup>190</sup> –). Così, la necessità di restare aderenti alle forme sociali declinate dal diritto resterebbe valida non solo nei casi fisiologici, ma anche in quelli patologici: quando, cioè, in prima battuta paia sussistere un atto giuridicamente vincolante (e anzitutto, quindi, rilevante) o un atto vincolante (e rilevante) ma contraddittorio.

Orbene: non è in parte questo ciò che la Cassazione propone, allorché valuta, ad esempio, la meritevolezza del contratto di assicurazione *claims made*<sup>191</sup> – meglio: di sue singole clausole –

---

<sup>189</sup> E, così, per mezzo di un gioco di incastri e di distinzioni, volti a permettere al giudice di ottenere – ad esempio – una disciplina anche per i contratti non corrispondenti ad alcun tipo. In questo senso parlerei di una “normatività diffusa” nel diritto dei contratti, non sempre veicolata da disposizioni espresse: del resto, l’art. 1322, comma 2, c.c. si riferisce al perseguire interessi meritevoli «secondo l’ordinamento giuridico».

<sup>190</sup> Come già per l’atto muto sulla causa, vi è senza dubbio chi potrebbe ritenere preferibile risolvere la questione dal punto di vista della validità e non dell’irrelevanza (beninteso: ove si ritenga che una contraddittorietà da superare vi sia). Del resto, l’art. 1229 c.c. (ove il problema è proprio di contraddittorietà, a mio avviso, derivante da uno “svuotamento” del “senso”) parla di “nullità”. Ma, in assenza di indicazioni positive, credo sia preferibile avvalersi del circuito interpretativo-ricostruttivo e, quindi, far afferire l’argomentazione al tema della rilevanza del contratto (dell’individuazione dell’assetto di interessi approvato). Del resto l’art. 1325, n. 2, c.c. risulta difficilmente applicabile ai casi in esame (che non riguardano la forma visibile della causa); per di più, anche quando tale disposizione finisce per valutare la “razionalità” della causa (vendita *nummo uno*), lo fa, come già ho affermato, sulla base di considerazioni non intrinseche all’assetto di interessi (cfr. nt. 166).

<sup>191</sup> Cfr. soprattutto Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014. A tal proposito v. tra tanti i recenti interventi di M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *Foro it.*, 2017, I, 3115 ss.; M. FRANZONI, *La causa e l’interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico*, in *juscivile*, 2017, 417 ss.). Di pochi giorni fa è una nuova ordinanza di remissione alle Sezioni Unite relativa ai problemi che la clausola *claims made* pone (Cass. 19 gennaio 2018, n. 1465, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)): e, scorrendo il testo, sorge effettivamente l’impressione che la Cassazione reputi “immeritevole” il contratto “intrinsecamente contraddittorio” (soprattutto ove si richiama la presenza di un vantaggio senza contropartita o la soggezione indeterminata di una parte all’altra; su questi punti mi permetto di rinviare al mio *Meritevolezza degli interessi e correzione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1210 ss.). Resta semmai da vedere se, in sé, la clausola *claims made* produca sempre e comunque una contraddittorietà interna all’assetto di interessi: ciò che, peraltro, escluderei, non sembrandomi fondati gli argomenti addotti nell’ordinanza, che si basano in generale sull’incompatibilità tra i tratti del tipo assicurazione come tradizionalmente inteso e la clausola in parola e che, dunque, non tengono conto dell’eventualità che i primi siano mutati

## JUS CIVILE



alla luce dell'interesse dell'assicurato e, soprattutto, della presenza di lacune assicurative? I frequenti richiami alla buona fede e alla Costituzione si spiegherebbero, in tal senso, come richiamo del piano sociale: meglio ancora, come recepimento di quel piano per come declinato (non forgiato, ma solo declinato) dalle norme giuridico-statuali e, anzitutto, dalla Costituzione<sup>192</sup>. Del resto, ove vi sia un'ambiguità sociale, la legge può aiutare l'interprete nel fissare (anche trasversalmente, per un intero settore di contrattazione) il grado di collaborazione che vi è tra le parti e, così, sia gli oneri precontrattuali, sia l'assetto contrattuale che dall'accordo deriva (con riferimento agli elementi di fatto da valorizzare, al loro reciproco rapporto e alla loro precisa specificazione nel "valore" contrattuale).

Non revoco in dubbio che, in taluni casi, la meritevolezza venga utilizzata dalla giurisprudenza proprio per sanzionare contratti che repellono all'ordinamento giuridico (ma, allora, il riferimento più corretto è all'illiceità e alla violazione di norme imperative<sup>193</sup>). Tuttavia, in altre ipotesi il ragionamento della Corte mi pare svolgersi nel senso predetto: tra l'altro, manifestandosi così l'implicito obiettivo della Cassazione, ossia quello di applicare regole di validità (tramite l'ingresso di certi interessi nel contratto) anziché regole di responsabilità (come sarebbe derivato dal rilievo solo precontrattuale di quegli interessi, in virtù di un testo contrattuale con gli stessi incompatibile)<sup>194</sup>, talvolta per caducare l'intero vincolo, talaltra per correggerlo puntualmente.

Il dubbio, allora, è questo: se, forse, non convenga di fronte a queste fattispecie lasciare spazio alla responsabilità precontrattuale e ai vizi del consenso (pur interpretati in modo moderno ed espansivo). Probabilmente la risposta attende la formazione di una categoria nuova: o forse è rimesso semplicemente alla sensibilità dell'interprete individuare i casi in cui la meritevolezza permette di trarre norme imperative per la disciplina di contratti atipici (o addirittura tipici)<sup>195</sup>,

---

dalla seconda senza che l'esito finale sia intrinsecamente irrazionale (tant'è vero che la sentenza delle Sezioni Unite del 2016 faceva riferimento, piuttosto, alla contraddittorietà derivante da lacune di tutela).

<sup>192</sup> In quanto Carta fondamentale dei valori espressi dalla nostra società. V. sul punto (in particolare sul diritto come fenomeno culturale, che vive all'interno di una società) P. PERLINGIERI, *Il diritto*, cit., 56 s.

<sup>193</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 345 s.

<sup>194</sup> Cfr. ovviamente Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 784. Sul tema è intervenuto lo stesso Roppo, in varie occasioni, tra cui si v.: V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza "Rordorf"*, in *Danno resp.*, 2008, 536 ss.; V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno resp.*, 2006, spec. 31; V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*<sup>3</sup>, Torino, 2011, 81 ss. V. pure, tra i tanti, E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2008, I, 785 ss.; A. ALBANESE, *Regole di comportamento e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria; quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, 107 ss.; V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, *ivi*, 230 ss.; F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, *ivi*, 546 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: "ratio decidendi" e "obiter dicta" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 445 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, 104 ss.; G. NAPPI, *Le Sezioni Unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 1189 ss.

<sup>195</sup> O, il che è lo stesso, norme dispositive di applicazione imperativa là dove non si siano travalicati i confini del tipo o non si sia davvero voluta una deroga alla disciplina tipica.





reputando a seconda delle preferenze dogmatiche “non scritta” o “nulla” la clausola (o finanche l’intero contratto, se privo di ogni coerenza intrinseca), da quei diversi casi in cui non si possono rinvenire elementi di fatto valorizzabili contrattualmente, ma solo precontrattualmente<sup>196</sup>.

Prima di passare a considerare l’impiego giurisprudenziale della causa realizzabile (meglio: della disposizione che permette di dichiarare nullo il contratto la cui causa sia irrealizzabile), vorrei concludere questa rassegna di utilizzi della causa definitiva (inerente, cioè, all’esatta individuazione dell’assetto di interessi) richiamando un problema classico della teoria della causa: quello dei negozi indiretti e collegati.

Per farlo, vorrei però anzitutto considerare un caso “difficile”<sup>197</sup> che la dottrina ha ipotizzato nell’ambito dello studio del nostro istituto, il quale consente di rivelare – come un test di Rorschach – in che modo davvero venga intesa, secondo le varie tesi, la causa.

L’ipotesi è quella di una vendita conclusa *transactionis causa*. I suoi tratti caratteristici sembrerebbero avvalorare quell’orientamento dottrinale secondo cui un approccio alla causa troppo sbilanciato sugli scopi pattizi risulta insufficiente, dovendosi considerare anche la struttura voluta dalle parti (il che ha un suo rilievo, soprattutto, per distinguere già causalmente donazioni indirette e dirette)<sup>198</sup>: sarebbe, in quel caso, insufficiente considerare solo la struttura di vendita, così come solo lo scopo di transazione (questa tesi, ad ogni modo, utilizza una nozione di “scopo” e di “interessi” più ristretta di quella di cui ho fatto uso: negli scopi vengono abbracciate solo le finalità materiali ultime).

A mio avviso, anche la fattispecie della vendita *transactionis causa* dev’essere calata nel discorso ricostruttivo-ermeneutico già svolto. Il congiungersi di struttura e interessi rappresenta, infatti, una “fase” del procedimento ermeneutico-ricostruttivo: la struttura, che risulta dalla prima interpretazione del voluto pattizio, veicola una causa; la presenza di interessi ulteriori che uno sguardo più ampio permette di identificare muta necessariamente la causa (e quindi ridonda

---

<sup>196</sup> Un altro esempio di contraddittorietà interna all’assetto di interessi è fornito da Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Contratto in genere*, n. 303 (in dottrina v. A.A. DOLMETTA, “My Way”, “For You”, “Piano visione Europa” e *Corte di cassazione*, in *www.ilcaso.it*, 2016, 1 ss.; M. COSTANZA, *For You for Nothing o immeritevolezza*, in *Soc.*, 2016, 721 ss.). Anch’esso deriva dall’elevazione a interesse di un dato fenomenico reale – una dichiarazione precontrattuale – esterno alla dichiarazione contrattuale in sé considerata: e, come nel caso dell’assicurazione richiamato all’inizio del paragrafo, probabilmente anche in tale ipotesi ciò avveniva al fine di rendere rilevante un interesse della parte debole del rapporto, deformalizzando per quanto possibile l’approccio dell’interprete e ampliando l’estensione dell’assetto di interessi (specialmente per non far restare fuori da esso quello “scopo” che la parte debole crede, perché di ciò informata, di stare perseguendo, pur non avendo contezza della realtà delle cose a causa della difficoltà tecnica del testo contrattuale). In tale ottica dovrebbero poi menzionarsi talune recenti decisioni in tema di *interest rate swap*, su cui lo stesso Roppo si sofferma (cfr. da ultimo Cass. 31 luglio 2017, n. 19013, in *Foro it. Rep.*, 2017, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 46; in precedenza soprattutto Trib. Milano 14 aprile 2011, n. 5118; App. Milano 18 settembre 2013, in *Soc.*, 1253, con nota di A. STABILINI; Trib. Monza 17 luglio 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 139, con commento di D. TOMMASINI): senonché esse pongono problemi tanto complessi, anche dal punto di vista tecnico, che risulta impossibile in poche righe darne conto.

<sup>197</sup> R.M. DWORKIN, *Law’s Empire*, 1986, Cambridge-London, 39.

<sup>198</sup> A. CHECCHINI, *Regolamento contrattuale*, cit., 229 ss.; G. AMADIO, *La condizione*, cit., 194 ss. Ciò avviene in critica all’opinione di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 452 ss., che oggi, specie con riferimento ai contratti collegati e ai negozi indiretti (*ivi*, 481 s. e 485 s.), appare seguita dalla giurisprudenza (v. *infra*).

## JUS CIVILE



in una re-interpretazione). La causa finale deriverà, quindi, dalla necessità di congiungere e coordinare in modo ordinato, come “senso”, il materiale in prima battuta estratto ermeneuticamente: e, dunque, la causa potrà individuarsi sistemando ordinatamente questi elementi di fatto (cui si dà il nome di struttura e interessi, giacché il primo incide sulla dimensione analitica delle regole approvate dalle parti per come interpretate in prima battuta, mentre i secondi su quella più generica e sintetica e, cioè, sugli scopi finali e materiali: ma entrambi, nel loro congiungersi, si implicano a vicenda, divenendo “interessi” in un senso più lato e dando luogo a un “senso complessivo” vagamente orientato in una certa direzione, che solo in via ricostruttiva potrà precisarsi).

L'interprete, di fronte alla non perfetta combinabilità delle cause di “vendita” e di “transazione”, si dovrà far carico di riqualificare il contratto come transazione (o come contratto atipico o, addirittura, come collegamento tra un negozio di accertamento e una compravendita), pur traendo dall'*Interessenlage* una deroga alla “normale” disciplina contrattuale (ad esempio, ove si opti per la transazione, con riferimento alle garanzie per vizi ed evizione, da ritenere implicitamente previste)<sup>199</sup>.

Questo congiungersi e mischiarsi di struttura e interessi (o, meglio, di elementi di fatto che richiamano all'apparenza l'una e gli altri) non avviene, o non avviene allo stesso modo, nelle altre ipotesi che, come anticipavo, vorrei considerare: negozi collegati e negozi indiretti.

Quanto al collegamento negoziale<sup>200</sup>, si assiste comunque a un peculiare intersecarsi di cause diverse. Nel caso di un contratto privo di corrispettivo, collegato però funzionalmente a un altro contratto che un corrispettivo prevede<sup>201</sup>, non può ritenersi che il primo sia mancante nella sua causa, né che il secondo concreti uno scambio insensibile all'attribuzione veicolata dall'altro negozio.

In realtà, la causa apparente in prima battuta di ciascun contratto è, in virtù del collegamento, svuotata. Tanto la semplice attribuzione (consista essa in un effetto reale o sia essa veicolata da un'obbligazione), quanto lo scambio, sono strutture senz'anima: esse sono volute, ma ricevono il loro “senso” solo dalla causa più generale, in tanto in quanto sugli stessi riflessa: e, quindi, dal più generale scambio, che si proietta in ogni contratto in modo peculiare.

Il primo, infatti, causalmente consisterà nell'attribuzione di un vantaggio “nell'ambito” di uno scambio più vasto; il secondo, nell'attribuzione di vantaggi in rapporto di scambio tra loro,

---

<sup>199</sup> Il che escluderà la nullità per l'acquisto di cosa che risulti già dell'acquirente. Non si deve credere, però, che in questo caso sia un “motivo” a reggere la “causa”. Una tale idea sarebbe erronea, giacché il congiungersi di elementi di fatto anche all'apparenza poco compatibili trova sempre un ordinato riassunto nella causa, in tutti i suoi livelli. In altri termini, si individuerà sempre una causa generica tipica (e poi una causa del tipo, oppure si ammetterà di trovarsi di fronte a un contratto anche socialmente atipico).

<sup>200</sup> Su cui v. qui, per tutti, M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 235 ss.; F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 412 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto collegato*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 48 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997; C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

<sup>201</sup> Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*<sup>2</sup>, cit., 370 s.

## JUS CIVILE



anch'essi “nell'ambito” di uno scambio più vasto. Tuttavia, non può nemmeno ritenersi che la causa generica concretamente attivata in ciascun contratto sia quella dell'operazione nel suo complesso in sé e per sé considerata<sup>202</sup>: essa è, viceversa, la causa di tale complessiva operazione economico-giuridica, ma *in tanto in quanto proiettata sul singolo negozio*<sup>203</sup>. Il particolare sovrapporsi di struttura e interessi lascia, in questo caso, i due elementi parzialmente distinti (proprio in virtù delle peculiarità del fenomeno “collegamento”, che in quanto tale si distingue – anche nel suo “senso” sociale – dalle corrispondenti ipotesi di operazioni veicolate da un solo contratto); nondimeno, è dalla sommatoria di questi due elementi che dovrà dedursi l'altrettanto particolare disciplina del contratto (l'assetto di interessi sarà costituito pur sempre, in altri termini, dall'intreccio di struttura e interessi).

Il fenomeno assume tratti più semplici allorché si passa a considerare il negozio indiretto<sup>204</sup>. In tal caso, infatti, la causa (struttura) piegata ad altri fini (interessi) non conduce né a un fenomeno di mistione, che impone di riconsiderare la causa nell'ambito dell'operazione ermeneutico-ricostruttiva, né al peculiare congiungimento tipico del collegamento contrattuale, che sempre impone di rivalutare la dimensione causale, ma che tollera, all'esito del procedimento ermeneutico-ricostruttivo, una certa scissione tra struttura e interessi.

Nel negozio indiretto, infatti, tali elementi restano del tutto distinti. Da un lato vi è il negozio mezzo, che ha sicuramente la sua causa; dall'altro vi è il diverso fine perseguito dalle parti. Non credo che quest'ultimo possa, in qualche modo, entrare nella causa del primo negozio e manipolarla: se così fosse, infatti, il negozio mezzo dovrebbe risentire, nella sua disciplina, di tutto quanto tocchi la funzione che apparentemente vi resta esterna.

Così, invece, non è: per quanto la funzione sia approvata dalle parti, e quindi abbia un suo rilievo sociale in termini di disciplina, esso non incide direttamente sul negozio strumentale. Per tale ragione, allora, può sembrare corretto ammettere, seguendo una proposta dottrinale avanzata in tema di liberalità non negoziali, che in ogni negozio indiretto si possa rintracciare anche un negozio configurativo esterno, il quale, a sua volta, si limiterebbe a porre una regola causale: una regola, cioè, di norma di equivalenza tra attribuzioni e interessi<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> In giurisprudenza, invece, v. Cass. 11 settembre 2014, n. 19161, in *Foro it.*, 2014, I, 3459, con nota di G. LENER. Questa formulazione, che comunque non conduce a risultati pratici da disattendere, appare in parte ambigua: e, soprattutto, dà luogo a un uso non del tutto corretto della causa concreta.

<sup>203</sup> Nemmeno in questo caso, dunque, il contratto sarà causalmente sostenuto da un motivo. Parlare di causa concreta, anche in questo caso, significherà indurre l'interprete a guardare il piano concreto, con tutte le sue sfumature, per ricostruire il contratto, in tutti i suoi livelli. La peculiarità, qui, è comunque forte: non solo manca, come nel contratto socialmente atipico, una causa a livello del tipo (ciò che in tal caso impone di ricostruire tutta la causa a partire dal piano concreto, salvi i riferimenti offerti dalla causa generica); soprattutto la causa deve essere evinta dal particolare congiungimento di un contratto con la sua causa generica e dalla più vasta operazione economico-giuridica.

<sup>204</sup> Su cui v. specialmente T. ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, 462 ss.; D. RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milano, 1937, spec. 103 ss. per i problemi inerenti alla causa; G. DE GENNARO, *Il negozio giuridico indiretto*, in *Temi emiliana*, 1939, II, 41 ss.; M. DI PAOLO, voce *Negozio indiretto*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 124 ss. Sulle norme materiali della donazione v. soprattutto di L. CARRARO, *Il mandato ad alienare*, Padova, 1947, 138 ss.

<sup>205</sup> Si palesa, così, la vicinanza, cui ho già accennato, tra il nostro negozio configurativo della causa e il *Rech-*

## JUS CIVILE



Non si cadrebbe, così, in una *fictio*, giacché è ovvio che il negozio configurativo (causale) sarebbe una struttura logica necessaria per dare forma all'assetto di interessi approvato dalle parti. E, allora, dovrebbe ritenersi che – ad esempio in una donazione compiuta per mezzo di intestazione di un bene a nome altrui – accanto al negozio mezzo (pagamento del terzo) vi sia una configurazione, stando alla quale l'attività compiuta tramite il mezzo (negozio di pagamento) soddisfa un interesse non patrimoniale di una parte<sup>206</sup>.

Se tutto questo è vero – e se tutto questo rappresenta un portato della causa definitiva – appare allora incoerente rinvenire una causa concreta insita nell'atto di pagamento del terzo (e diversa dalla pura causa solutoria).

A tal riguardo appare rilevante la menzione di una sentenza di Cassazione, che richiamava la causa come punto di emersione della funzione concreta (come risposta alla domanda «qual è l'operazione economico-giuridica voluta dalle parti?»), al fine di distinguere atti gratuiti e onerosi e di decidere sull'applicazione delle norme sulla revocatoria fallimentare a un atto di pagamento da parte di un terzo<sup>207</sup>. Proprio Roppo, nel contributo del 2013, ha sottolineato come nel caso in parola il rinvio alla causa fosse inutile: la distinzione tra gratuità e onerosità, afferma l'autore, intercetta un problema di struttura, e non di funzione, dandosi il caso di atti gratuiti non disinteressati.

E questa conclusione si può spiegare proprio tenendo conto dei problemi che pone la causa dei negozi indiretti. La Cassazione, con il suo *dictum*, ha ritenuto rilevante ai fini della disciplina del pagamento del terzo un negozio esterno, quello configurativo, facendone discendere un profilo di disciplina del negozio mezzo. Ma, allora, avrebbe dovuto – più che chiedersi qual era la “causa concreta” del pagamento, rispondendo poi in realtà alla (diversa) domanda sulla causa del negozio configurativo – a cosa il legislatore, con le norme sulla revocatoria fallimentare, fa riferimento: se, cioè, nel caso di negozi indiretti possa essere eccezionalmente concessa rilevanza alla funzione indirettamente perseguita<sup>208</sup>. È palese il rilievo pratico della domanda: rispon-

---

*tsgrundabrede*: nozione che taluni giuristi tedeschi usano per indicare la *causa* (*adquirendi* o *donandi*) per cui avviene una *Verfügung*, allorché essa sia necessariamente concordata (la *causa solvendi* ha, di norma, bisogno solo di un'imputazione: che taluni ritengono negoziale bilaterale o unilaterale, altri pseudo-negoziale, altri ancora non negoziale, a seconda della soluzione data al problema della natura dell'atto di pagamento: v. per tutti G.K. BECKHAUS, *Die Rechtsnatur der Erfüllung: Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung*, Tübingen, 2013). Cfr. § 5.

<sup>206</sup> Il che permetterebbe, ad esempio, di caducare il negozio configurativo per vizi del consenso (si pensi a un errore sul motivo); ciò non farebbe venire meno anche il negozio mezzo, ma consentirebbe di agire tramite rimedi restitutori. Ammettendo, del resto, che anche il vantaggio semplicemente configurato concreti, in termini giuridico-formali, una prestazione, dovrebbe accettarsi l'idea di una sua ripetibilità (tramite, appunto, l'art. 2033 c.c.).

<sup>207</sup> Cass., Sez. Un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Giur. comm.*, 2011, II, 561, con nota di L. BENEDETTI.

<sup>208</sup> Vi sono casi in cui ciò avviene: l'esempio più lampante è, a mio avviso, l'art. 1344 c.c. A ritenere diversamente (a voler costruire diversamente il fenomeno dei negozi indiretti) esso finirebbe per apparire una replica dell'art. 1345 c.c.: il che è un dato ulteriore per avvalorare la ricostruzione proposta. V. ad esempio Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Riv. not.*, 2015, 182. Sul negozio in frode alla legge v. in particolare L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943; U. MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969; G. D'AMICO, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Milano, 1993.



dendo affermativamente, si coinvolge un soggetto terzo (il creditore) rispetto alla configurazione (che avviene tra debitore e pagante) in un esito di disciplina che la stessa implica.

Non era, quindi, del tutto corretto in questa ipotesi parlare di causa concreta (salvo non volersi riferire alla causa del negozio configurativo): ma, soprattutto, avrebbe richiesto un più profondo sforzo ermeneutico da un lato diverso, quello delle disposizioni di legge.

7. – La causa sottesa alle decisioni giurisprudenziali citate era, in breve, quella definitoria, intesa come richiamo del “senso” dell’accordo e delle convenzioni sociali che permettono di individuare quest’ultimo.

Si trattava della causa dinamica: d’altronde è vero che, nell’esposizione precedente, ho fatto coincidere i problemi dell’atto muto sulla causa con il concetto statico di causa, ma è anche vero che, utilizzando la meritevolezza per risolverli, essi vengono per così dire riportati (all’indietro) alla fase ermeneutico-ricostruttiva, trovando ivi soluzione<sup>209</sup>. Questo è più evidente qualora l’immeritevolezza riguardi la contraddittorietà dell’assetto di interessi: ove, del resto, essa finisce per toccare profili specifici del contratto, di cui la causa statica, ridotta a una forma visibile, non potrebbe tenere conto. Allo stesso modo, anche i profili di qualificazione dell’atto, da cui deriva l’applicazione di una certa e ulteriore disciplina (nel caso di cui ho parlato, quella della revocatoria fallimentare), riguardano una causa necessariamente statica (già accertata e individuata), ma ben più ricca di quella ridotta a una forma visibile e, soprattutto, non inerente ai soli problemi di realizzabilità del programma negoziale.

Consideriamo, ora, la causa come requisito di validità del contratto: consideriamo, cioè, proprio la realizzabilità della causa, vista ora come il luogo in cui la causa – tramite la sua forma visibile – si rende operativa<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Insomma: si tratta di problemi di una causa già accertata e individuata (che nel caso dell’atto astratto possono e debbono venire riassunti tramite l’indicazione della forma visibile della causa, proprio per palesare l’assenza di una causa generica calzante per l’atto); ma, al tempo stesso, si tratta di problemi risolti mediante la causa dinamica, ossia facendo rifluire la questione in sede di interpretazione-ricostruzione e, così, espungendo dalla rilevanza giuridica l’atto o i profili dell’atto che risultano insensati.

<sup>210</sup> Un’ipotesi di irrealizzabilità della causa abbastanza tradizionale nella *ratio*, ma fortemente innovativa nel merito, è al centro di Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, 1534, con note di G. COSTANTINO, di M. FABIANI e di E. SCODITTI, a proposito del controllo sulla proposta di concordato preventivo. A tal riguardo v. pure G. VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa e concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. impr.*, 2013, 1203 (e, più in generale, M. FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013, 156 ss., e L. BALESTRA, *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle Sezioni Unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, 383 ss.). Discorso simile può svolgersi con riguardo alle problematiche poste dal contratto di rete: v., pur senza richiamare espressamente la “falsità” della causa, C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contr.*, 2009, 961 ss. Sicuramente tradizionale è l’orientamento volto a valutare la presenza di un prezzo vile o l’assenza – anche sotto forma di irrisorietà del rischio di una parte – dell’alea in una rendita vitalizia (ipotesi di causa falsa o irrealizzabile: v. rispettivamente, prima del 2005-2006, Cass. 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994, I, 2489, con nota di F. CARINGELLA, e Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, nonché, dopo il *revirement*, App. Trieste 5 novembre 2010, in *Giur. it.*, 2011, 1544, con nota di M. RIZZUTI – ma v. Cass. 4 novembre 2015, n. 22567, in *Contr.*, 559, volta



# JUS CIVILE



A tal riguardo, Roppo denuncia anzitutto le incomprensioni cui vanno incontro un certo numero di sentenze in cui, pur parlandosi di causa concreta, in realtà non se ne fa utilizzo.

Ciò avviene in tema di contratti volti a un'elusione fiscale, di contratti preliminari di preliminare e finanche nel caso deciso dalla notissima sentenza 10490/2006, cui si deve il *revirement* e l'abbandono della causa come funzione economico-sociale.

In tutti questi arresti la Suprema Corte, nonostante i propositi, non guardava ai reali interessi delle parti: anziché apprezzarli e tutt'al più dichiararli illeciti, li trascurava, ritenendo che i contratti in esame non fossero sorretti da alcuna giustificazione o comunque non perseguissero un assetto di interessi realizzabile.

Nell'ipotesi di elusione fiscale<sup>211</sup>, in effetti, non era possibile ritenere che il contratto fosse privo di una giustificazione: anche se il suo senso era tutto racchiuso nel consentire unicamente un risparmio fiscale, non per questo risultava insignificante o socialmente irrazionale (e, quindi, privo di causa nel concreto).

Là dove, del resto, un soggetto riceva un doppio emolumento per degli incarichi che gli sono affidati in virtù di due contratti diversi, risulta sbrigativo omologare il caso a quello di acquisto di cosa propria<sup>212</sup>. Nulla vieta, infatti, di retribuire due volte la stessa attività, se, così facendo, si intende in realtà aumentare il corrispettivo (nel qual caso si dovrebbe, semmai, ritenere l'accordo sorretto da un intento in senso lato modificativo, ammettendone il collegamento unilaterale con l'altro contratto<sup>213</sup>)<sup>214</sup>.

---

a escludere tendenzialmente la nullità per mancanza di causa in caso di squilibrio iniziale tra le prestazioni, salvi i casi di prezzo simbolico – e Cass. 28 settembre 2016, n. 19214, in *Foro it. Rep.*, 2016, voce *Rendita vitalizia*, n. 2).

<sup>211</sup> Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, cit.; Cass. 14 novembre 2005, n. 22932, cit.

<sup>212</sup> Cfr. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit. (più di recente cfr., in tema di contratto di *temporary management*, Trib. Milano 23 dicembre 2013, in *Contr.*, 2014, 387, con nota di V. AMENDOLAGINE). M. CUCCOVILLO, *La nullità del contratto d'opera per difetto di causa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 303 ss., osserva come probabilmente la Cassazione volesse sanzionare un'ipotesi di duplice compenso, cui l'ordinamento – ma per mezzo di altri istituti – guarda con cautela. Si è, inoltre, evidenziato come, a rigore, la motivazione della sentenza non avesse bisogno di far riferimento alla causa concreta (così F. ROLFI, *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, 1720 ss.), trattandosi in quel caso di un problema di realizzabilità in concreto della causa letta a livello del tipo (a dire il vero, la verifica di realizzabilità in concreto della causa del tipo richiede comunque di valorizzare, per lo meno entro una certa misura, la concretezza del singolo accordo; la discussione, a questo punto, rischia però – come già osservato alla nt. 29 – di diventare sterile e nominalistica). Altri motivi di perplessità sono adottati da C. UNGARI TRANSATTI, *La Cassazione sposa la tesi della causa in concreto del contratto*, in *Riv. not.*, 2007, 187 s. Inoltre, non v'è da sottacere che i vari incarichi erano affidati da parti diverse, pur tutte appartenenti allo stesso gruppo societario. Risulta, infine, interessante confrontare la decisione in commento (e ancor più quella resa dal Tribunale di Milano citata in apertura di nota) con la più risalente App. Milano 29 dicembre 1970, in *Temi*, 1973, 596 ss., riformata poi da Cass. 2 luglio 1975, n. 2578, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 770, che stimolava le riflessioni di G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81 ss., e oggi in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 324 s., e di G. FERRANDO, *Meritevolezza dell'interesse e causa del contratto*, in *Temi*, 1973, 596 ss.

<sup>213</sup> Il tema richiama quanto già osservato a proposito di vendita *transactionis causa* e di contratto collegato. Nel caso di specie, dovrebbe ammettersi – ove si optasse per la tesi del collegamento – che l'apparente distinzione tra cause – scambio e modifica, tra l'altro di primo e di secondo grado – derivi dal peculiare fenomeno del collegamento contrattuale, che impedisce una missione o l'assorbimento in un tipo. Lo scambio, pur mantenuto, si ridurrebbe però a struttura senz'anima. Per tale ragione non si potrebbe parlare di contratto di scambio: ma nemmeno di contratto modificativo. Si tratterebbe, semmai, di un contratto le cui regole rispondono per lo più a uno scambio, pur adattandosi in



Infine, nel contratto preliminare di preliminare – come più di recente ha riconosciuto, pur non senza ambiguità, la Cassazione – non v'è un accordo privo di senso<sup>215</sup>. Tutt'al più, v'è un accordo che necessita di riqualificazione: come preliminare puro oppure come preliminare cui accede un (ulteriore) obbligo di negoziare, secondo buona fede, taluni punti dell'accordo futuro lasciati ancora aperti.

Resta da chiedersi perché la Suprema Corte, di fronte a queste fattispecie, le liquidasse come sprovviste di causa concreta (o, meglio, in concreto). Probabilmente, ciò avveniva per esigenze di speditezza nella decisione: ora al fine di evitare un'indagine concreta dettagliata, ora al fine di pervenire alla dichiarazione della nullità di contratti ritenuti non in linea con i principi dell'ordinamento, senza però argomentare (come sarebbe stato più corretto, sebbene più difficoltoso) ricorrendo a istituti più calzanti.

Sono, poi, da considerare ipotesi in cui la causa, pur invocata dalla giurisprudenza, poco aveva a che fare con la *ratio decidendi* della sentenza: e, qui, anche a prescindere dal ricorso a un'idea di causa concreta molto ampia, corrispondente all'intera portata sociale del patto.

Particolarmente interessante un caso del 2007, in cui la Cassazione risolveva nell'ottica causale un problema di «impossibilità creditoria di utilizzo della prestazione» (nella specie, non era possibile il godimento di una vacanza a Cuba giacché ivi si era sviluppata un'epidemia di dengue)<sup>216</sup>.

Lo strumento, avverte sempre Roppo, non è congruo: la causa in concreto guarda solo all'oggettiva fruibilità della prestazione, senza escludere dal rimedio risolutorio o addirittura dalla patologia genetica i casi in cui l'impossibilità di utilizzo della prestazione dipenda da un dato riferibile alla sfera del creditore. Di talché essa, se invocata, porterebbe a decisioni assolutamente irragionevoli e contrastanti con quel “diritto” che il “fatto” stesso esprime.

Possiamo aggiungere: in un certo senso questo “diritto” nascente dal “fatto” è tutto racchiuso, *in nuce*, nella causa concreta<sup>217</sup>; ma ciò non toglie che, volta per volta, gli istituti attraverso cui es-

---

virtù della più generica e ampia finalità (che non è motivo rilevante, ma causa generica) di modificare una diversa operazione economico-giuridica.

<sup>214</sup> Tra l'altro, nel caso di specie i contratti dichiarati nulli erano precedenti rispetto a uno successivo che li avrebbe assorbiti (sicché, tutt'al più, doveva parlarsi di risoluzione, salvo che il successivo contratto non si fosse semplicemente collegato ai primi, così tra l'altro garantendone la persistenza).

<sup>215</sup> Cass. 2 aprile 2009, n. 8038, in *Contr.*, 2009, 986, con nota di F. TOSCHI VESPASIANI. La decisione, nel riferirsi alla causa in concreto, invoca la norma di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. In esito all'ordinanza di rimessione Cass. 12 marzo 2014, n. 5779, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 735, con nota di R. MAZZARIOL, si è pronunciata la Corte Suprema nella sua più autorevole composizione – Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Riv. not.*, 2015, II, 597, con nota di C. CICERO –, sempre impostando la questione nell'ottica della causa in concreto e della meritevolezza.

<sup>216</sup> Cass. 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, 214. V. pure Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota di F. ROLFI (in quest'ultimo caso la rinuncia al soggiorno era conseguenza della morte di uno dei coniugi che avrebbero dovuto goderne).

<sup>217</sup> Qualcosa di simile avviene nell'ipotesi di cui alle notissime Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972-26975, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 102, con note di E. NAVARRETTA e G. PONZANELLI. Ivi si trattava di verificare la risarcibilità di un danno non patrimoniale in sede di responsabilità contrattuale; la Cassazione affermava che, per rispondere al quesito, si sarebbe dovuta valutare la causa concreta (come sintesi e ragione concreta del contratto). Il punto, a ben vedere, è sempre lo stesso: rinvenire nella causa il complessivo assetto di interessi, ossia lo “spirito” dell'accordo, il momento logico-sintetico (ma idoneo a tenere conto della complessità di tutto l'accordo), da cui trarre

# JUS CIVILE



so opera formalmente sono vari e diversi. Ove si volesse ritenere che, nel caso di specie, figuri un problema di causa – o, meglio, un problema per cui la causa è immediatamente operativa –, dovrebbe ritenersi che l’irrealizzabilità della stessa si colleghi non solo a tutti i casi in cui il creditore non si può vedere attribuito un vantaggio secondario la cui sussistenza effettiva non è oggetto della prestazione del debitore né può essere impedita dal creditore, ma anche a tutte le ipotesi in cui il vantaggio secondario (che qui coincide con la finalità turistica) è in sé e per sé strettamente connesso alla qualità della prestazione fornita ed è pure in parte rientrante nella sfera di rischio del creditore (e del debitore), e però viene a mancare per ragioni non imputabili ad alcuna parte.

Questa operazione implica l’ampliamento di un istituto oltre i suoi limiti tradizionali e, per tale ragione, richiede una congrua motivazione<sup>218</sup>. Il che, come nota il nostro autore, non avveniva nel caso concreto.

Una critica opposta può levarsi, poi, contro quelle sentenze che hanno distinto invece tra presupposizione e causa concreta, in base a un dato di fatto difficilmente individuabile, e cioè a seconda che venisse meno un presupposto o un interesse da realizzare con il contratto, facendone derivare anche un differente trattamento sul piano dei rimedi<sup>219</sup>. Così facendo, infatti, si finiva per distinguere una serie di ipotesi del tutto analoghe, che, proprio per il loro “valore”, non postulavano differenziazioni e ben potevano essere risolte, tutte, per mezzo dello stesso istituto: la verifica di realizzabilità in concreto della causa (con conseguente nullità o caducazione del vincolo, in ipotesi di irrealizzabilità originaria o sopravvenuta).

Giunti a questo punto, mi pare ormai evidente come, con il contributo più recente, Roppo non abbia voluto mettere in guardia circa il richiamo alla causa concreta, ma circa una sua valorizzazione poco accorta e avveduta.

La causa vive in varie dimensioni, la sua nozione è complessa e molto estesa: per questa ragione, dunque, la causa va trattata con attenzione e utilizzata con parsimonia. Le parole, con cui i giudici motivano le loro decisioni, non sono prive di rilievo: esse vanno dosate e ponderate, così come gli strumenti giuridici cui esse si riferiscono.

E l’importanza delle parole è evidente, se sol si ricorda come la giurisprudenza per lungo tempo non abbia citato espressamente la causa concreta, pur facendone uso; da quando, invece, l’ha esplicitamente ammessa, ha finito<sup>220</sup> per rinvenirla dovunque e però spesso in modo approssimativo<sup>221</sup>.

---

(per mezzo di un’operazione di “svolgimento”, di “srotolamento”) l’esatto funzionamento degli strumenti giuridici tecnico-formali (in questo caso: risarcimento per inadempimento dell’obbligazione).

<sup>218</sup> V. allora anche C.M. BIANCA, *Causa concreta*, cit., 262 ss.: il quale, nel difendere il ragionamento della Cassazione, non mi sembra sostenga una tesi del tutto contrapposta a quella di Roppo. Il primo autore ritiene, semmai, più fecondo il riferimento, nel caso di specie, alla realizzabilità della causa concreta, che quello all’inesigibilità (per ragioni attinenti anche a quest’ultima).

<sup>219</sup> Qui, a dire il vero, la distanza tra Roppo e Bianca è evidente e insuperabile: proprio perché la tesi sostenuta dalla Cassazione era quella di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III<sup>2</sup>, cit., 463 ss., e ID., *Causa concreta*, cit., 261.

<sup>220</sup> Di frequente anche a causa della citazione delle sole massime (e addirittura della lettura delle sole massime) di precedenti sentenze: usanza contro cui si scagliava già G. GORLA, *Raccolta di saggi sull’interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quaderni de “Il foro italiano”*, Roma, 1966, 24.

<sup>221</sup> Del resto, lo svelamento delle formule giurisprudenziali mentitorie e la sostituzione di istituti poco rispondenti

# JUS CIVILE



Roppo, di fronte a tali imprecisioni, invita all'equilibrio, rievocando implicitamente la sua tesi in tema di causa, ma soprattutto le sue convinzioni – peraltro, sempre lasciate implicite – di metodo.

Sebbene rimaste inespresse, non è arduo averne contezza: la causa, come ogni istituto, dev'essere uno strumento facile per decisioni giuste, ossia da un lato semplice; dall'altro in linea tanto con la struttura giuridica (i vincoli ordinamentali positivi e sistematici), quanto con gli interessi sottesi, con il diritto che promana dal fatto. La dogmatica consente una decisione rapida, controllabile e razionale, dando forma teorica alle istanze di giustizia: ma la dogmatica richiede anzitutto l'esatta delimitazione degli istituti, la chiara indicazione del loro funzionamento e la diffusione di convenzioni linguistiche stipulative che permettano di rendere facilmente comunicabile la *ratio* della decisione.

Ciò vale anche per la causa: se essa viene adottata, dev'essere resa uno strumento tecnico per teorizzare il fenomeno contrattuale visto nella sua realtà viva e pulsante, nella sua realtà sociale. Tuttavia, è necessario che alla causa sia data una forma dogmatica cristallina e adeguata agli interessi in gioco. Solo tramite una logica robusta e una chiarezza operativa la causa, differenziata a seconda dei vari ambiti operativi in cui può risultare di una qualche utilità, semplificata là dove ciò risulti possibile e, infine, privata delle funzioni che non può svolgere, ha un futuro.

**8.** – Introducendo il discorso, avevo anticipato che le pagine di Roppo in materia di causa risultano un ottimo prisma per valutare quest'istituto soprattutto nelle sue applicazioni giurisprudenziali, così come un modello di metodo per il giurista.

Quanto al merito, se si volesse riassumere brevemente il percorso seguito, basterebbe affermare che, mentre negli anni Settanta Roppo si preoccupava di denunciare quell'orientamento giurisprudenziale che parlava di una rigida funzione economico-sociale, pur velatamente riappropriandosi della dimensione individuale, oggi l'autore ha indicato come la giurisprudenza sia caduta in un eccesso diverso, ma altrettanto nocivo, finendo per parlare spesso inopinatamente o poco accuratamente di causa in concreto<sup>222</sup>.

---

alla realtà delle cose con altri più congrui era il fondamentale obiettivo dello studio di M. BESSONE (v. ad esempio *Obiter dicta*, cit., 950; *Causa del contratto*, cit., 1330; *Causa tipica*, cit., 1107). Non si trattava, né oggi si tratta, di un problema solo nominalistico: le parole sono gli strumenti della motivazione delle sentenze, ciò che quindi rende razionali e controllabili le decisioni. Per questo, pur a fronte dell'osservazione per cui la giurisprudenza degli anni Novanta appariva «padrona di una tecnica che le consent[iva] di sbandierare ... la definizione della causa come funzione economico-sociale ...», ma di non farsene poi inceppare nel ragionamento che conduce alla soluzione operativa» (R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*<sup>3</sup>, I, cit., 788; v. pure C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 93), la dottrina continuava a denunciare lo iato tra declamazioni e decisioni (A. GAMBARO, *Sintesi inconclusiva in materia di contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso Internazionale ARISTEC. Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 553; v. anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 85 ss.).

<sup>222</sup> L'itinerario così descritto accomuna, singolarmente, causa concreta e buona fede: pure quest'ultima, in effetti, è stata in un primo tempo trascurata dalla giurisprudenza e, oggi, al contrario, probabilmente troppo valorizzata dalle



Con riferimento al metodo, risulta ormai evidente che la preoccupazione dello studioso, ora come allora, è sempre stata quella di sottolineare le potenzialità della causa, ricostruendone la nozione nella sua complessità, ossia nella sfaccettatura dei vari problemi cui è chiamata a dare risposta, e però comunque sempre con grande chiarezza e nitidezza. Le varie dimensioni della causa sono state collegate tra loro e alla causa stessa è stata attribuita una posizione precisa nello studio del contratto.

In ogni sviluppo della tesi, il pensiero dell'autore si è informato all'equilibrio e all'eleganza. Esso ha espresso la ponderatezza nel dare a un istituto la forma "migliore", ossia la più semplice, rigorosa e congrua rispetto alla giustizia che il fatto stesso evoca.

Uno sguardo spregiudicato impone di ammettere la relatività degli istituti giuridici<sup>223</sup>; al tempo stesso, consente di guardarli con più distacco e impone all'interprete di aggiornarli ove necessario, così come di individuarne con precisione i vari ambiti di operatività al fine di evitarne una loro incontrollata e imponderata espansione (a scapito di altri strumenti "migliori") o un uso poco accorto (da cui deriverebbe una carenza in punto di motivazione).

Alla tesi di Roppo in materia di causa va riconosciuto un doppio elogio: sul piano del merito, perché, nell'identificazione della causa con la *ratio contractus*, come nella connessione e nella reciproca implicazione tra piano astratto e piano concreto, essa è convincente; prima ancora, però, sul piano del metodo.

Proprio questo metodo, che coniuga la precisione dogmatica e la sensibilità verso le istanze sociali, costituisce un insegnamento quanto mai attuale in un'epoca di crisi delle categorie<sup>224</sup>, giacché traccia la strada per evitare di cadere negli eccessi opposti della *Begriff-* e della *Interessenjurisprudenz*<sup>225</sup>. Un insegnamento, anzi, non solo persuasivo per l'attualità, ma soprattutto valevole per il futuro, giacché coglie nel più profondo il compito del giurista.

---

decisioni giurisprudenziali. Basti qui il riferimento a Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248, *Foro it.*, 2014, I, 382, e Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, *ivi*, 2035.

<sup>223</sup> Sulla storicità del diritto v. per tutti R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 113 ss.

<sup>224</sup> Sulla crisi della causa v., da ultimo, R. SENIGAGLIA, *Per un'«ermeneutica del concetto di causa»*, cit., 508. Cfr. già N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 171; E. NAVARRETTA, *La causa*, cit., 184; G. TAMBURRINO, *Osservazioni*, cit., 1965, 726; M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., 573. La metafora della «morte della causa» in sede europea è stata utilizzata anzitutto da A. DI MAJO, *I principi*, cit., 292.

<sup>225</sup> E, quanto alla causa, per evitare gli estremi opposti della «venerazione», dello «sconcerto», dell'«esaltazione mistica», dell'«enfasi retorica»: cfr. G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 1. La difficoltà e finanche il «mistero» della causa, che conducono agli eccessi segnalati, sono spesso evocati in letteratura: v. per tutti P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1908, 115 (per cui la causa è «il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica»); G. VENEZIAN, *La causa dei contratti*, in *Opere giuridiche di G. Venezian*, a cura della famiglia e della R. Accademia delle scienze di Bologna, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, 347; C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980, 38; U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto*, I, *La causa ed il trasferimento dei diritti*, Torino, 2000, nella pagina di *Premessa*; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 1 ss.; D. MAZEAUD, *La cause, in 1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, 451 (che riferisce una *boutade* di un professore di diritto parigino: «si vous avez compris la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliqué!»).