

Enc. - Giur.  
Truc. vol. VI  
Roma 1998

# CAUSA DEL NEGOZIO GIURIDICO

## SOMMARIO

1. - NOZIONI PRELIMINARI
  - 1.1. - La causa nei codici
  - 1.2. - La causa e l'autonomia delle parti
  - 1.3. - La problematica
2. - LA CAUSA E LE FORME DI CIRCOLAZIONE DEI BENI
  - 2.1. - Causa dell'obbligazione e causa del contratto
  - 2.2. - La causa e le forme economiche della circolazione
  - 2.3. - Le promesse unilaterali
3. - CONTRATTO OBBLIGATORIO ED ATTO DI TRASFERIMENTO
  - 3.1. - Il principio causale negli spostamenti patrimoniali
  - 3.2. - Trasferimenti causali ed astratti
  - 3.3. - Le c.d. prestazioni «isolate»
  - 3.4. - La ripetibilità delle prestazioni *sine causa*
  - 3.5. - L'astrazione dalla causa
4. - CAUSA E TIPO
5. - LA «SOCIALIZZAZIONE» DELLA CAUSA
6. - IL PRINCIPIO CAUSALE NELL'ATTUAZIONE NEGOZIALE
7. - L'ADEGUATEZZA DELLE PRESTAZIONI
8. - GLI «INTERESSI APPREZZABILI» E L'ECONOMIA DELL'AFFARE
9. - LA ILLECITITÀ DELLA CAUSA
  - 9.1. - Contratto tipico e causa illecita. La frode alla legge
  - 9.2. - Il controllo attraverso la causa illecita
  - 9.3. - Gli indirizzi giurisprudenziali
10. - FONTI NORMATIVE
11. - BIBLIOGRAFIA

### 1. - NOZIONI PRELIMINARI

1.1. - *La causa nei codici.* - Della causa, nel linguaggio corrente, non si parla soltanto con riferimento ai negozi giuridici ma altresì con riguardo alle obbligazioni, alle prestazioni e agli spostamenti patrimoniali («causa dell'obbligazione», «causa della prestazione»; RESCIGNO, P., [28], 333). Con riguardo all'obbligazione il richiamo della causa ha un significato poco tecnico, intendendosi con tale richiamo fare riferimento al «titolo» o alla «fonte» da cui nasce l'obbligazione.

Per «causa» invece delle prestazioni o spostamenti patrimoniali si intendono le giustificazioni di ordine economico materiale che sorreggono i movimenti di beni o di servizi tra i soggetti. Sotto questo riguardo la causa potrà meritare l'appellativo di «giusta» (v. art. 2041 c.c. sull'azione generale di arricchimento).

I movimenti dei beni contribuiscono a realizzare la distribuzione della ricchezza in un qualsiasi assetto sociale. Questi movimenti, se non vogliono rispondere a criteri arbitrari o essere il frutto del caso, debbono trovare giustificazione in specifiche «cause» o ragioni economico-materiali.

A questo aspetto, si raccorda la tematica della «causa» nei negozi giuridici. Il che naturalmente già implica che si possa procedere a delineare l'ambito di concreta incidenza di essa.

Gli ordinamenti positivi (e si veda, per essi, il diritto italiano e quello francese) riferiscono la causa al contratto (art. 1325 c.c.; art. 1131 *code civil*) cioè al principale negozio giuridico patrimoniale. Ma è opinione largamente condivisa che la nozione di causa rilevi anche con riguardo ai negozi giuridici non aventi natura di contratto (ad es. testamento, promesse unilaterali, atti di rinuncia ecc.). Il che appunto è reso possibile, in sede teorica, dalla figura generale del *negozio giuridico* (v. *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, *passim*) in quanto categoria unificante i diversi atti negoziali e, in sede pratica, da disposizioni che estendono la normativa contrattuale anche ad atti diversi dal contratto (purché aventi contenuto patrimoniale; art. 1324 c.c.).

Altri ordinamenti (come ad es. il diritto tedesco) non riferiscono la causa né al negozio né al contratto, preferendo, più empiricamente, riconoscerne il rilievo con riferimento alla tutela apprestata contro gli arricchimenti «ingiustificati» (v. §§ 812 ss. *BGB*).

Infine, in sistemi di diritto non codificato (come nel diritto anglosassone), le dottrine continentali sulla causa trovano rispondenza, anche se in un contesto assai diverso, in quella che è stata definita la dottrina della *consideration* che è appunto l'elemento sul quale si fonda l'azionabilità delle promesse contrattuali (GORLA, G., [22], 341 ss.).

1.2. - *La causa e l'autonomia delle parti.* - La nozione di causa è in stretta relazione con l'autonomia delle parti. Per autonomia delle parti, com'è noto, deve intendersi la libertà di costituire, modificare od estinguere rapporti giuridici (artt. 1321, 1322 c.c.; RESCIGNO, P., [28], 264; TRIMARCHI, P., [24], 177; GALGANO, F., [29], 207). Questa libertà è riconosciuta anche con riferimento agli *scopi o funzioni* in ragione dei quali i rapporti vengono creati, modificati od estinti. Detti «scopi» possono essere liberamente fissati dalle parti, nei limiti naturalmente del lecito e del rispetto dei diritti dei terzi.

La massima posizione di autonomia è riconosciuta alle parti nella creazione di rapporti obbligatori (artt. 1173 ss. c.c.). Il contratto, quale «fonte» di obbligazioni, non è altro che lo strumento con il quale si realizzano le operazioni di scambio (di beni o di servizi). L'obbligazione può essere al servizio delle più diverse finalità. Si è soliti considerare il *contratto obbligatorio* come l'erede dell'antica *stipulatio* romana e della duttilità che questa esibiva. Minore spazio avrà l'autonomia delle parti con riguardo alla *condizione giuridica* dei beni (forme di appartenenza e di godimento). Com'è noto, dato il principio di tipicità dei diritti reali (v. BELFIORE, A., *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, *passim*; BURDESE, A., *Il problema del diritto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 210 ss.), la libertà delle parti dovrà limitarsi a rispettare le forme di appartenenza e di godimento giuridicamente riconosciute. Può parlarsi, al riguardo, di una

vera e propria «riserva di legge» (art. 42, 2° co., Cost.). La tematica della «causa», tuttavia, non è direttamente richiamata in questo settore, avendo essa riguardo prevalentemente al fenomeno della circolazione dei beni e cioè ai rapporti di scambio di beni o servizi.

Entro quest'ottica, anche le forme di godimento possono essere oggetto di scambio ed influenzate dalla causa negoziale (v. INZITARI, B., *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979, 9 ss.), ma non quelle di appartenenza (se si eccettuano le ipotesi dei trasferimenti sospensivamente o risolutivamente condizionati). Un'eccezione è stata intravista con riferimento ai trasferimenti che si giustificano in base ad una *causa fiduciae* giacché si è sostenuto che causa dell'acquisto della proprietà può essere (anche) *un trasferire ora per riavere dopo* (GRASSETTI, A., *Del negozio giuridico e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, 345 ss.; GENTILI, A., *Società fiduciaria e negozio fiduciario*, Milano, 1979, 63 ss.), nel qual caso una peculiare «causa» (operante a livello di circolazione) avrebbe influenza anche sulla forma di appartenenza del bene (e cioè sulla proprietà c.d. fiduciaria).

Dalle considerazioni che precedono deriva che, ove la libertà contrattuale non sia riconosciuta o comunque ne siano predeterminati il contenuto e le modalità di esercizio, il richiamo alla nozione di causa avrà un significato diverso. Con essa dovrà intendersi la ragione o funzione che tipicamente contrassegna quell'atto o negozio in ordine al quale al privato spetta solo la libertà di compierlo o meno. Potranno sempre insorgere problemi riguardanti il mancato rispetto o lo snaturamento di detta funzione. Entro questi limiti può apprezzarsi il richiamo alla nozione di causa nel campo dei *negozi giuridici familiari* (ad es. matrimonio, riconoscimento di figli naturali, adozione ecc.). Con riguardo all'area degli interessi patrimoniali nel matrimonio la libertà dei soggetti è limitata alla scelta del regime patrimoniale da adottare (art. 159 c.c.) o ad eventuali modifiche al regime legale applicabile (art. 210 c.c.).

1.3. - *La problematica.* - Attorno alla «causa del negozio» ruotano diversi problemi. Le dottrine non sempre hanno consapevolezza di ciò e continuano a confondere l'un problema od aspetto con l'altro, a criticare l'una nozione di causa per contrapporvene un'altra, che si dichiara l'unica rispondente al diritto positivo. La circostanza che si siano affermate, di volta in volta, dottrine *causaliste* e *anticausaliste* (v. GIORGIANNI, M., [31], 548 ss.; SACCO, R., [23], 576 ss.) testimonia del fatto che la causa non è un elemento come un altro (e cioè come l'oggetto o la forma), nonostante la forzata classificazione del legislatore (art. 1325 c.c.). Essa è un modo per guardare complessivamente al ruolo degli atti di privata autonomia (contratti e negozi) e al loro rapporto complessivo con gli interessi (individuali) delle parti e con l'ordinamento.

Come si è detto, attorno alla causa ruotano problemi distinti. Questi problemi possono schematizzarsi nel modo seguente:

a) vi è, in primo luogo, un problema *interno*, per così dire, ad ogni economia di mercato e che riguarda la necessaria connessione tra le forme della «mediazione giuridica» (tra le quali ha il suo posto il contratto) e la circolazione dei beni (o servizi). Il requisito causale, come vedremo, risponde all'esigenza di salvaguardare, in forme e modi differenti, a seconda anche delle diverse epoche storiche, questa connessione (BARCELLONA, P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, 211 ss.).

b) Vi è, in secondo luogo, un problema riguardante principalmente la tutela dell'un contraente nei riguardi dell'altro, la tutela cioè degli scopi od obbiettivi che ciascun

contraente si pone quando entra in rapporto con altri. A suo modo la causa ha rappresentato un tentativo di rispondere anche a questo problema. Si può affermare ad es. che la concezione «subiettiva» della causa sia in funzione della tutela dell'interesse *individuale* del contraente (FLOUR, J., [17], 186). Antichi autori (Domat) solevano definire la causa come «*le but en vue du quel les parties ont contracté*». Nei contratti sinallagmatici la causa dell'obbligazione dell'uno è nell'obbligazione dell'altro (v. in tal senso Cass., 16 febbraio 1949, n. 255, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1949, II, 340), nei contratti c.d. reali è nella prestazione già ricevuta, nei contratti a titolo gratuito è nella volontà di sottoporsi ad un sacrificio senza ricevere una contropartita.

c) Vi è, in terzo luogo, un problema di carattere più generale che riguarda complessivamente il rapporto tra la autonomia delle parti, quale si esprime nelle forme negoziali, e l'ordinamento giuridico. In tale quadro si iscrive la tendenza ad assegnare alla causa una *funzione di controllo* sulla libertà contrattuale delle parti. Una espressione esasperata di tale tendenza può considerarsi quell'indirizzio che si propone, per così dire, di «socializzare» la causa (CARBONNIER, J., [16], 103) definendola come la «funzione economico-sociale» del contratto (BETTI, E., [19], 183; *contra* GORLA, G., [22], 199 ss.). In tale direzione vanno le parole del Relatore al codice civile quando esso polemizza «contro il pregiudizio incline ad identificare la causa con lo scopo pratico individuale» per affermare che «la causa è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata». La causa, aggiunge il Relatore, non solo deve essere conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume ma deve rispondere «alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica» (Rel. al c.c., n. 613). Il problema della causa, sotto questo profilo, s'identifica con quello della «meritevolezza degli interessi» che sono oggetto del contratto (art. 1322, 2° co., c.c.). Per i contratti tipici, si dice, questa «meritevolezza» è *in re ipsa*, nel fatto stesso che le parti hanno scelto un contratto rispondente ai tipi previsti dalla legge, per i contratti *atipici*, invece, va verificata dal giudice quando i privati invocano la tutela giudiziale del contratto (art. 1322, 2° co., c.c.). La causa, in sostanza, è il criterio per giudicare se gli interessi fatti valere dai contraenti siano o meno *meritevoli di tutela*.

## 2. - LA CAUSA E LE FORME DI CIRCOLAZIONE DEI BENI

2.1. - *Causa dell'obbligazione e causa del contratto.* - Volendosi limitare ad una lettura delle norme in tema di causa, non si individuerebbero i diversi aspetti o profili enunciati. La causa, come si è detto, viene considerata uno dei «requisiti» del contratto, accanto all'accordo delle parti, all'oggetto ed alla forma (art. 1325 c.c.). Il legislatore menziona la «causa del contratto» per definire le ipotesi in cui la causa è *illecita* (art. 1343 c.c.) o almeno si reputa tale (art. 1344 c.c.) o quando è illecito il contratto perché concluso per un *motivo illecito* comune ad entrambe le parti (art. 1345 c.c.).

Occorre osservare che, nel codice del 1865, sulle orme di quello francese, la causa era riferita all'obbligazione e non al contratto (art. 1104 c.c. 1865). La giustificazione era da vedere nel fatto che, prevalendo in quel codice il modello del *contratto obbligatorio* o meglio il modello di un contratto ancora concepito come la risultante delle singole «promesse» dei contraenti, il punto di riferimento della causa era la singola «promessa» e non il contratto, unitariamente considerato, come nel codice attuale. È certo dunque che la prevalenza nel codice attuale di una

concezione unitaria del contratto, trascendente dunque le singole «promesse» dei contraenti, ha avuto i suoi riflessi anche sulla nozione di *causa*, rafforzando la tesi del riferimento di essa all'intero contratto.

Avendo dunque presente che il problema della causa non è tanto il problema di un elemento, pur peculiare, del contratto ma quello più complessivo del ruolo del contratto nel sistema, si può enunciare la tesi secondo cui il requisito causale è stato sempre tendenzialmente l'espressione della connessione tra quella forma di mediazione giuridica che si esprime nel consenso (come tale vincolante) e la circolazione dei beni.

Un rilievo può ritenersi significativo per suffragare questa tesi: la elaborazione, pratica e teorica, della nozione di causa si è avuta storicamente nel momento in cui si andava affermando il principio della efficacia vincolante del «nudo» consenso, requisito necessario e sufficiente per assumere obblighi o trasferire beni (o diritti su beni) (GORLA, G., [22], 81).

Occorre dunque sviluppare questa ipotesi di lettura. La causa, almeno in astratto, dovrebbe rappresentare un limite, di natura economico-materiale, all'efficacia vincolante del «nudo» consenso (GORLA, G., [22], 81; CARBONNIER, J., [16], 99). Storicamente, preoccupazioni canonistiche, relative al rispetto di un principio di giustizia commutativa, sono all'origine della nozione di causa (ignota al diritto romano). Tale limite dovrebbe essere espressione dell'esigenza di una connessione tra il consenso delle parti e il rapporto economico sottostante (il c.d. «affare»). Se da un lato, dunque, l'ordinamento assegna al *consenso contrattuale* la funzione di assicurare l'astrazione dal singolo rapporto economico sottostante, dall'altro lato, tuttavia, esso impone che sia garantita, a livello di causa, una connessione con tale rapporto.

A mutare, storicamente, sono le forme di questa connessione, non già l'esigenza di essa, avvertita sin dal legislatore dell'Ottocento come da quello dei giorni nostri. Nel quadro di tale evoluzione può trovare spiegazione come si sia passati da una concezione *soggettiva* ed *individuale* della causa ad una *oggettiva*, che è quella accolta dal codice del 1942.

**2.2. - La causa e le forme economiche della circolazione.** - Si potrebbe ritenere una tale differenza (tra concezioni *soggettiva* e *oggettiva* della causa) meramente formale, perché si risolve nel riferire la causa all'intero contratto anziché alla singola obbligazione o prestazione. La differenza sarebbe l'ovvio risultato di una concezione *unitaria* del contratto e cioè del superamento della concezione del contratto considerato come la somma di due «promesse».

Ma la differenza è, in realtà, il segno di una evoluzione più profonda. Basta pensare che, assieme al processo di *oggettivazione* che subisce il contratto, si viene affermando la esigenza di una connessione più stretta tra (il principio del) l'efficacia vincolante del «nudo» consenso e le forme (economiche) della circolazione. Si è visto come storicamente questa connessione viene assicurata a livello di causa considerata come *contropartita* dell'assunzione di un obbligo. In una concezione liberoscambista questa connessione viene raffigurata nei termini dello scopo soggettivo o dell'obbiettivo che si ripropone l'un contraente quando «si obbliga» nei riguardi dell'altro. In una fase diversa, al contrario, contrassegnata da un diverso rapporto tra l'ordinamento e la volontà delle parti, la causa diviene espressione di una connessione *oggettiva*, e non più *soggettiva*, tra la volontà delle parti, espressa nelle forme del *consenso*, e la circolazione dei beni (BONFANTE, P., [2], 115 ss.; VENEZIAN, G., [3], 347 ss.). In tale fase abbiamo dunque, come si è visto, la prevalenza di una nozione *oggettiva* in una causa definita come la «funzione

economica» del contratto. Taluno addirittura si chiede se, così definita, la causa non finisca con il mutare il proprio ruolo originario, «servendo a risolvere esclusivamente i rapporti tra la volontà e l'ordinamento, ovvero sia il problema dei limiti dell'autonomia privata» (GIORGIANNI, M., [31], 573). V'è anche il timore che, così definita, la causa altro non rappresenti che un'inutile ripetizione del contenuto del contratto (v. sul punto SACCO, R., [23], 577). È nota altresì la definizione della causa quale «sintesi degli effetti giuridici essenziali» (PUGLIATTI, S., [30], 119; TRIMARCHI, P., [24], 224).

Di «scopo obbiettivo» del negozio in contrapposizione allo «scopo individuale» parla la giurisprudenza (Cass., 7 aprile 1971, n. 1028, in *Giust. civ. Mass.*, 1971, 552). Di «scopo tipico» altre pronunce (Cass., 2 agosto 1980, n. 4921, in *Foro it. Mass.*, 1980, 960).

Stabilire una connessione di tipo *oggettivo* tra il consenso delle parti e la causa significa in primo luogo subordinare l'efficacia vincolante del *consenso* (e non più della sola «promessa» del contraente) alla (presenza della) causa; significa subordinare l'azionabilità dell'intero contratto alla *causa-contropartita*.

Deve chiedersi quali sono i corollari, sia pratici che teorici, di una connessione di tipo *oggettivo* e *complessivo* tra la *volontà contrattuale* e il *requisito causale*. Per effetto di tale connessione, come si è detto, è l'intero rapporto economico che deve trovare il suo «rispecchiamento» nella volontà delle parti. Il che comporta ad es. che non è consentito alle parti di rompere l'unità del rapporto (economico) affidando la tutela di esso a singole «promesse» separate. Si è parlato di principio «di inscindibilità degli effetti voluti» (SACCO, R., [23], 595). Ha osservato, al riguardo, uno Scrittore: «Se due persone, accordatesi per scambiare la merce e il prezzo, volessero astrarre le due promesse, in modo che l'eventuale ed occulta causa di nullità che inficia una di esse non incida sulla validità dell'altra... par certo che esse non potrebbero farlo» (SACCO, R., [23], 595). È evidente che, attraverso tale divieto, non è in gioco l'interesse individuale del contraente, interesse che potrebbe trovare la sua tutela anche attraverso la giustapposizione di due «promesse», bensì quello più generale riguardante la circolazione dei beni. Questo interesse richiede, come si è visto, che l'intero rapporto economico sia «rispecchiato» nel *consenso* delle parti, ossia reso «trasparente» attraverso di esso. Tale «rispecchiamento» non si realizza nell'ipotesi descritta in cui ciascuno dei contraenti affida la propria prestazione ad una promessa «separata» dall'altra; a maggior ragione non si realizza quando le parti sono d'accordo sul trasferimento della proprietà ma non indicano la causa del trasferimento. È stato così ritenuto che la convenzione, con la quale si ceda ad altri la proprietà senza che risulti esplicitamente od implicitamente il titolo specifico (donazione, vendita, permuta ecc.) che qualifica il negozio, sia nulla per mancanza di causa (Cass., 21 giugno 1965, n. 1299, in *Giust. civ. Mass.*, 1965, 671).

**2.3. - Le promesse unilaterali.** - La diffidenza del legislatore verso l'efficacia vincolante delle «promesse unilaterali» va spiegata in questo quadro. Ha osservato il Relatore al codice civile (n. 781) che «non si potrebbe concedere alla promessa unilaterale di operare illimitatamente, senza scompaginare il campo di applicazione del contratto ed atomizzare gli elementi costitutivi di questo». In sostanza la preoccupazione del legislatore è di controllare il movimento dei beni attraverso una struttura, come quella contrattuale, che possa «rispecchiare» più direttamente e complessivamente le forme economiche della circolazione. Questo controllo riesce più agevole e sicuro di quanto lo sarebbe se si dovesse ricostruire l'intero rapporto economico attraverso le singole pro-

messe «unilaterali» dei contraenti o attraverso promesse «condizionate».

Occorre ricordare che le c.d. promesse unilaterali rispondono ad un rigoroso criterio di *tipicità* (art. 1987 c.c.; TRIMARCHI, P., [24], 298; GALGANO, F., [29], 360; Cass., 4 agosto 1952, n. 2514, in *Foro it. Mass.*, 1952, 586). Esse sono la promessa di pagamento e la ricognizione di debito (art. 1988 c.c.) nonché la promessa al pubblico (artt. 1989 ss. c.c.). La giurisprudenza ad es. nega che la promessa unilaterale di trasferimento della proprietà di un immobile abbia effetti obbligatori (Cass., 24 novembre 1980, n. 6234, in *Foro it. Mass.*, 1980, 1182). Nel settore delle promesse destinate alla circolazione, si annoverano i titoli di credito (artt. 1992 ss. c.c.). Un principio di tipicità è affermato con riguardo ai titoli al portatore (art. 2004 c.c.).

Esclusa l'ipotesi delle promesse di pagamento e delle ricognizioni di debito (DONATI, A., *La dichiarazione ricognitiva di debito*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 520 ss.), il cui rilievo sostanziale appare limitato alla c.d. *astrazione processuale* della causa (art. 1988 c.c.; GRAZIANI, C.A., *Il riconoscimento dei diritti reali*, Padova, 1979, 246 ss.), parte della dottrina si è adoperata per dimostrare come il principio del riconoscimento della sola promessa al pubblico non equivalga a negare effetto alle promesse «individualizzate», aventi identico oggetto (SACCO, R., [23], 38 ss.); si è contestato il principio della tipicità delle promesse unilaterali obbligatorie, anche sulle orme di indicazioni offerte dalla dottrina commercialistica (FERRI, G., *Autonomia privata e promesse unilaterali*, in *Banca borsa*, 1960, I, 481 ss.). Si è tratto argomento da disposizioni, come quella contenuta nell'art. 1333 c.c., che eleva a contratto la proposta da cui derivino obbligazioni solo per il proponente (SACCO, R., [23], 39 ss.).

Ma una tale visuale presta il fianco alla critica. Essa presuppone, in altre parole, l'ammissibilità di un potere generalizzato dei soggetti di realizzare operazioni di scambio (con l'eccezione del trasferimento dei beni), anziché attraverso il contratto, *attraverso promesse unilaterali* (SBISA, G., *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, 12). Il che contrasterebbe a chiare lettere con quella tendenziale *connessione* di cui si è parlato.

La promessa al pubblico, per i suoi limiti strutturali (se non anche tipologici), non è strumento adeguato allo scopo. Essa (a differenza dell'offerta al pubblico, art. 1336 c.c.) non è destinata a creare alcun rapporto tra il promittente e il beneficiario, se non *ex post* nelle forme di un diritto al compenso (promesso) per l'azione intrapresa (o per la situazione creatasi). Solo al prezzo di vanificare la stessa lettera della norma ed una secolare tradizione si può ritenere che la *connessione* esistente tra l'attribuzione del promittente e «l'azione», così come da esso richiesta al *quisque de populo*, riproduca sostanzialmente una delle tante connessioni che caratterizzano lo scambio di prestazioni nel commercio giuridico (DI MAJO, A., *Offerta al pubblico*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 764). Il richiamo all'art. 1333 c.c. (e cioè al contratto unilaterale; patto di prelazione senza corrispettivo) chiaramente dimostra che, ove un soggetto intenda assumere obblighi nei riguardi di un altro anche senza contropartita, deve ricorrere al contratto e non all'atto unilaterale (BENEDETTI, G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 185 ss.).

### 3. - CONTRATTO OBBLIGATORIO ED ATTO DI TRASFERIMENTO

3.1. - *Il principio causale negli spostamenti patrimoniali*. - Occorre chiedersi a questo punto quale nesso o relazione intercorra tra una problematica, come quella ora

individuata, e il rispetto del principio causale negli spostamenti patrimoniali. In realtà, la problematica cui si è fatto riferimento riguarda prevalentemente la connessione esistente tra il principio dell'efficacia vincolante del (nudo) consenso e il rispetto della causa, intesa quale *limite* di carattere oggettivo a tale principio. Si è presa in esame la evoluzione che ha subito nel corso del tempo questa connessione.

Ma v'è un aspetto ulteriore che può rendere ancora più stretta e ravvicinata la connessione descritta. Si tratta di pre-figurare un movimento di circolazione dei beni che unifichi, si può dire, *nello stesso atto*, tanto il concreto «spostamento patrimoniale» (assuma esso l'aspetto del trasferimento di un bene o quello dell'assunzione dell'obbligo) quanto la fissazione *dello scopo o del fine* (causa di scambio, associativa, donandi, credendi) in ragione del quale quello spostamento è pensato (GORLA, G., [7], 13 ss.). Il che significa che il movimento di circolazione dei beni avrà una struttura semplificata, giacché essa sarà realizzata da atti che sono espressione, in pari tempo, tanto delle possibili e lecite «cause traslative» quanto dei modi o delle procedure che attuano il trasferimento medesimo.

Adottando un linguaggio più aderente alle concrete realtà storiche, si può dire che una siffatta vicenda ha caratterizzato il diritto francese e, sulle orme di esso, quello italiano (CROME, C., [5], 9). Quali che siano state le ragioni storicamente più profonde alla base di tale evoluzione, è certo che, in tal modo, la causa veniva a conquistare anche un terreno ad essa tradizionalmente precluso, *quello delle concrete modalità di trasferimento dei beni* (CROME, C., [6], 340 ss.). La tradizione romanistica, com'è noto, era invece nel senso della chiara separazione tra *titulus* e *modus acquirendi* (PALERMO, G., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, 47 ss.). La causa non interferiva con il *modus acquirendi*.

3.2. - *Trasferimenti causali ed astratti*. - I corollari di una tale configurazione del movimento dei beni si lasciano abbastanza facilmente individuare. La confluenza, nello stesso atto, del c.d. *contratto obbligatorio e dell'atto di trasferimento* non poteva non determinare la estensione a quest'ultimo delle carenze o dei vizi che per avventura avevano colpito il primo. Se il rilievo della (mancanza di) causa è nel senso della invalidità del contratto, anche il trasferimento in esso contenuto viene travolto, con effetti rilevanti verso i terzi. Gli ordinamenti dimostrano con ciò di (voler) preferire gli interessi e le ragioni di coloro che alienano (e si identifichino, tali interessi, con quelli dei proprietari) rispetto a quelli dei soggetti-terzi (e cioè a quelli, più generali, della sicurezza della circolazione) (GALGANO, F., *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1976, *passim*).

Un modello alternativo non è solo quello offerto storicamente dal diritto romano (separazione del *titulus* dal *modus acquirendi*) ma è quello attualmente vigente nel diritto tedesco, ove si perpetua la divaricazione, di antica data, tra il contratto-quale-fonte-di-obbligazione (o *Kausalgeschäft*, così definito) e l'atto o negozio con il quale si realizza in concreto lo spostamento patrimoniale, atto, se si vuole, di *attuazione* dello scopo o del fine posto dal primo (*Leistungsgeschäft*; SCHÖNINGER, A., [8], 127 ss.) ma da esso comunque separato e quindi idoneo a determinare lo spostamento anche nell'ipotesi in cui il negozio causale dovesse mancare (*Abstraktionsprinzip*; LARENZ, K., [13], 298 ss.; ESSER, J.-SCHMIDT, E., [14], 11 ss.). I problemi dunque riguardanti la reazione contro gli spostamenti ingiustificati non sono risolti sul terreno dell'invalidità del negozio per carenza di causa (come in ordinamenti ispirati al principio causale), ma su quello della reazione contro l'arricchimento «ingiustificato» (*ungere-*

*cht-fertigte Bereicherung*, §§ 812 ss. BGB), a mezzo di azioni *lato sensu* di restituzione (del tipo delle *condictiones*, § 813, o delle *exceptiones*, § 821). Il che significa che la tutela restitutoria assume nel diritto tedesco un valore inconsueto, di correggere spostamenti ingiustificati cioè non assistiti da «valide cause».

A difesa di tale versione si adducono le ragioni della circolazione e gli interessi dei terzi. Ma accesi critici di essa ne mettono in luce l'artificiosità, potendo l'affidamento dei terzi essere tutelato anche in altro modo (BOEHMER, G., *Einführung in das bürgerl. Recht*, Tübingen, 1954, 215; BRANDT, E., *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft*, Berlin, 1940, *passim*).

**3.3. - Le c.d. prestazioni «isolate».** - È opinione abbastanza diffusa che, nei moderni sistemi, accanto ai contratti la cui «causa», si è visto, si identifica con la stessa funzione del contratto, coesistono forme di attribuzioni patrimoniali che si realizzano attraverso atti o prestazioni c.d. «isolate» che di per sé non esprimono alcuna forma di connessione *oggettiva* con il rapporto economico che si mira a realizzare. Queste forme di attribuzione patrimoniale, si osserva, di per sé, non sono caratterizzate da alcuna *funzione oggettiva*, nel senso appunto della connessione *oggettiva* con operazioni economico-giuridiche, ma dallo *scopo* che *soggettivamente* a tali atti imprime il soggetto mentre la giustificazione (oggettiva) di tali prestazioni è posta al di fuori di esse (GIORGIANNI, M., [31], 564; TRIMARCHI, P., [24], 225; MOSCATI, E., [37], 180 ss.). Qualche esempio potrà chiarire queste fattispecie.

Quando un soggetto trasferisce la proprietà di un bene in adempimento di un obbligo preesistente, l'atto di trasferimento non è correlato al pagamento di un prezzo e cioè non esprime alcuna connessione *oggettiva* con una operazione di scambio. L'atto di trasferimento si perfeziona con la sola volontà di colui che trasferisce ed è caratterizzato dallo *scopo* (soggettivo) che vuole realizzare il *solvens* (*animus solvendi*). Il controllo dell'ordinamento giuridico non potrebbe esercitarsi sul singolo atto (di adempimento dell'obbligo) ma in ordine *allo scopo* che il soggetto intende realizzare (ad es. per mancata esistenza dell'obbligo).

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi. Si può fare riferimento alle ipotesi di trasferimenti che attuino obbligazioni naturali (art. 2034 c.c.) o *dationes in solutum* (art. 1197 c.c.), adempimenti del terzo (art. 1180 c.c.), atti di esecuzione della *causa mandati* (art. 1706 c.c.), atti di trasferimento, da parte dell'onerato, nel legato di cosa altrui (art. 651 c.c.), atti di conferma od esecuzione di negozi nulli (artt. 590 e 799 c.c.) e, più in generale, adempimenti di obblighi risarcitori che non si risolvono nel pagamento di somme (BENATTI, F., *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 479 ss.; MOSCATI, E., [37], 199; GAZZONI, F., *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, 214 ss.; LENER, A., [40], 30 ss.).

L'esistenza di tali fattispecie ha dato luogo ad interpretazioni non sempre uniformi nella nostra dottrina. Si è tornati sull'annosa *querelle* riguardante l'ammissibilità di *negozi astratti* nel nostro sistema (SCALISI, V., *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 106 ss.). In particolare, si è tornati a riflettere sul tema degli atti (traslativi) non contenenti una *expressio causae* (LENER, A., [40], 35 ss.).

Traendo spunto ad esempio dalla figura dell'adempimento dell'obbligo altrui da parte del terzo (art. 1180 c.c.), si è sostenuto che in tale figura fa difetto una causa in senso tecnico; giacché sarebbe «sforzo vano tentare di trovare nell'interno del negozio la giustificazione obiettiva di quello spostamento» (NICOLÒ, R., [38], 187). Con riguardo all'atto con cui un soggetto, conoscendo la cau-

sa di nullità, provvede a confermare la disposizione testamentaria (art. 590 c.c.) o la donazione (art. 799 c.c.) *nulle* si è sostenuto che l'atto, avente natura di negozio (unilaterale) attributivo (nei riguardi di chi risulta beneficiario delle disposizioni oggetto di conferma), è in sé un atto astratto perché non è *causa ipsius* ma trova la sua giustificazione nell'*animus* di attuare la volontà del *de cuius* (o del donante; GAZZONI, F., *L'attribuzione*, cit., 214 ss.).

A risultati opposti perviene invece altra dottrina, secondo la quale il fenomeno delle prestazioni c.d. *isolate* non deve indurre ad ammettere nel nostro sistema principi che sarebbero con esso incompatibili (come quello del trasferimento «astratto»). Si può parlare, in tal caso, di trasferimento che, poggiando su cause preesistenti, ad esso *esterne*, si realizza attraverso un atto unilaterale e non già attraverso un contratto. Il che significa semmai ipotizzare un atto traslativo *causale* che non si identifica con alcuno dei tipi di contratto *ad effetti reali* (PORTALE, G., *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc.*, 1970, 937).

Una soluzione intermedia è patrocinata da chi, avendo sostenuto la «diversità» delle c.d. «prestazioni isolate», rispetto ai comuni negozi e contratti *qui sunt causa ipsius*, riscontra tale «diversità» sul terreno della reazione alla mancanza della causa. Questa reazione non si sostanzia nella invalidità (nullità) dello spostamento realizzatosi a mezzo della prestazione ma semplicemente *nella ripetibilità di essa* e ciò nel senso che il *tradens* avrà a disposizione esclusivamente un'azione personale verso l'*accipiens*. Di fronte ai terzi avrà azione solo se essi abbiano acquistato a titolo gratuito (art. 2038 c.c.; GIORGIANNI, M., [31], 568).

Vengono investiti in tal modo i problemi riguardanti la nullità dei negozi traslativi (per mancanza di causa) e l'autonomo fondamento della normativa sulla ripetizione dell'indebito, che è il risultato di una tradizione secolare (artt. 2033 ss. c.c.). Lo scopo è di restituire a tale normativa un autonomo spazio, pur in un sistema, quale il nostro, che è ispirato al principio causale degli spostamenti patrimoniali. Tale spazio è offerto dalle fattispecie delle c.d. «prestazioni isolate», le quali richiedono un tipo di risposta diversa sul terreno della mancanza di causa. La validità di tali prestazioni, si afferma, è sorretta da un elemento *soggettivo* (ad es. *animus solvendi*) mentre quello *oggettivo* è necessario *al solo fine della conservazione degli effetti* (GIORGIANNI, M., [31], 568).

**3.4. - La ripetibilità delle prestazioni «sine causa».** - Sul fenomeno delle c.d. *prestazioni isolate* si fa sentire l'influenza di modelli d'oltr'Alpe. Il modello tedesco ad es. mantiene la divaricazione tra il contratto obbligatorio e l'atto di trasferimento. Anche le risposte che si propongono (ripetibilità e non nullità) si ispirano indirettamente a tali modelli.

Con riguardo al diritto italiano ne sarebbe problematica la proposizione, dato, si è visto, il riconoscimento del principio causale in ordine agli spostamenti patrimoniali. Occorre aggiungere altresì che il preteso «isolamento» è più apparente che reale.

Il supposto «isolamento» è in realtà connotato di un fenomeno più generale, che vede gli spostamenti patrimoniali realizzati *in due tempi* (per circostanze riguardanti la stessa struttura dei trasferimenti): (per mezzo del) l'atto di assunzione di obbligo e comunque di pre-determinazione *dello scopo o funzione* di un certo spostamento patrimoniale e (per mezzo del) l'atto successivo con il quale a tale scopo o funzione si dà attuazione (SCALISI, V., *Negozio*, cit., 114 ss.). L'area dei c.d. «atti esecutivi» può essere più ampia dell'area occupata dagli atti (dovuti) compiuti in esecuzione di obblighi (BRECCIA, U., [39], 385-386).

## CAUSA DEL NEGOZIO GIURIDICO

Con riguardo alla vasta serie di atti che si qualificano in qualche modo per il rilievo di una *causa solvendi*, è dimostrato ad es. che, anche nell'ipotesi in cui la *solutio* sia destinata ad avere effetti traslativi (consegna di cose fungibili, ri-trasferimenti di cose determinate, consegna di cose determinate in attuazione di obbligazioni *ex lege*) questi effetti presuppongono non solo l'*animus solvendi* ma l'esistenza della *causa - solvendi* (NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967, 46 ss.); BENATTI, F., *Il pagamento*, cit., 479). Lo stesso può dirsi per atti che *stricto sensu* non si riconducono ad una *causa solvendi* (atti di adempimento di obbligazioni naturali, atti di adempimento del terzo, atti di esecuzione di *datio in solutum*, atti di perfezionamento di contratti reali). Non si scorge la ragione di un diverso trattamento a seconda che il singolo trasferimento sia elemento di un contratto o abbia luogo *unilateralmente* in adempimento di un obbligo precedente.

Non è questa la sede per prendere in esame fondamento e natura della normativa sulla ripetizione dell'indebitto (artt. 2033 ss. c.c.) e il suo nesso con il principio di nullità dei trasferimenti *sine causa* (BARCELLONA, P., [36], 11 ss.). Si può osservare comunque che tale normativa ha un'origine storica ben definita (quella romanistica sulla *condictio indebiti* quale fonte di *obligatio*). Essa, in ordinamenti ispirati al principio causale nelle attribuzioni patrimoniali, deve fare i conti con i principi sulla invalidità dei trasferimenti *sine causa* (e sulle azioni contrattuali conseguenti; v. MOSCATI, E., [37], 135 ss.). Il che significa che il valore pratico di essa è necessariamente limitato: ai rapporti *personali* tra *solvens* ed *accipiens* con riferimento alle prestazioni *materialmente* eseguite, quale che ne sia la natura (pagamento di somme, consegna di cose determinate, prestazioni di fare) e con l'obiettivo di *correggerne* gli effetti nell'ambito di tali rapporti.

Si spiega in tal modo come, nell'ambito di tali rapporti, abbia influenza lo stato di buona o mala fede dell'*accipiens* con riguardo all'incidenza del perimento della cosa indebitamente ricevuta (art. 2037 c.c.) o all'alienazione di essa (art. 2038 c.c.). Nella ipotesi di mancata rispondenza dell'*accipiens*, potrà ricorrersi eccezionalmente alla responsabilità del terzo acquirente a titolo gratuito ma nei soli limiti dell'arricchimento (art. 2038 c.c.).

Il rapporto può individuarsi in quello corrente tra un tipo di tutela *restitutoria*, a carattere *personale-obbligatorio*, ed un tipo di tutela più «forte» connessa al rispetto del principio causale nei trasferimenti e che ha carattere tendenzialmente «reale».

**3.5. - L'astrazione dalla causa.** - Con quanto si afferma non si disconosce peraltro che esistono ipotesi che consentono alle parti di sottrarsi, per così dire, al controllo dell'ordinamento *attraverso la causa*.

È noto ad es. che è consentito alle parti, attraverso la sostituzione di un terzo nel rapporto, realizzare *forme di astrazione* rispetto al rapporto economico sottostante (si pensi alla delegazione nella sua forma *pura* o alla girata dei titoli di credito; art. 1271 c.c.). Attraverso tale espediente può riuscire alle parti di sottrarsi all'esigenza di rendere «trasparente» la connessione causale, rendendo l'obbligazione del terzo *autonoma* e *separata* rispetto al sottostante rapporto (GIORGIANI, M., [31], 571).

Un altro espediente cui è possibile ricorrere è di *accertare* e/o *transigere* un rapporto *controverso*. È un vecchio problema quello della natura *causale* o *astratta* dei contratti diretti ad accertare e transigere rapporti (preesistenti) controversi. È certo comunque che, attraverso lo schema dell'*accertamento* e, ancor di più, attraverso quello della *transazione*, in virtù del quale le parti si fanno «reciproche concessioni» (art. 1965 c.c.), queste ultime possono sottrarsi al rispetto della *causa* (di scambio), realizzando

spostamenti patrimoniali «con una ragione solo soggettiva» (SACCO, R., [23], 587). La larghezza con cui la giurisprudenza riconosce la validità del contratto di accertamento e limita la possibilità di impugnarlo per erroneità o infondatezza di quanto accertato (Cass., 6 dicembre 1979, n. 6332, in *Foro it. Mass.*, 1979, 1283) testimonia del fatto che l'*accertamento* è una «maglia assai larga» che può consentire di sottrarsi al principio causale. Si fa riferimento «alla creazione di un'obbligazione nuova che impone alle parti il riconoscimento di quel contenuto» (*intendi* del negozio accertato; Cass., 12 novembre 1981, n. 6001, in *Foro it. Mass.*, 1981, 1226).

Infine, un espediente che si può definire *residuale* perché può essere usato per gli scopi più diversi è costituito dall'impiego del *contratto di donazione* (art. 769 c.c.). Nel contratto di donazione, com'è noto, la causa degrada ad *animus donandi* e cioè all'intento di arricchire altri «per spirito di liberalità», perde dunque ogni connotazione *oggettiva* per identificarsi con lo *scopo soggettivo* del donante. Il che ha fatto addirittura dubitare che la donazione, salvo quella modale, avesse una «causa», come gli altri contratti.

Il problema della donazione è quello del rapporto tra la particolare *forma* cui il contratto è sottoposto (art. 782 c.c.) e il requisito causale. È noto che storicamente la forma ha costituito il particolare *vestmentum* dei contratti o dei patti non assistiti da una causa di scambio. Una volta affermata, nei moderni sistemi, l'efficacia vincolante del «nudo consenso», pur limitata dalla presenza di una causa di scambio, il mantenimento dello schema *formale* della donazione ha rappresentato il mezzo per consentire, eccezionalmente, spostamenti patrimoniali *al di là del rispetto della causa*. Ha osservato, al riguardo, uno Scrittore: «quando difetta la causa, la forma salva il negozio. Il che va inteso in questo senso: quando difetta la causa, e le parti ciò nonostante vogliono il negozio, la forma salva il contratto» (SACCO, R., [23], 588).

### 4. - CAUSA E TIPO

Si è visto come uno degli sbocchi della nozione di *causa oggettiva* sia poi la tendenziale identificazione della causa con la «funzione» che appunto definisce il tipo di negozio (Cass., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Giust. civ.*, 1973, I, 603). A ciò doveva condurre l'intento di distinguere nettamente tra *causa e motivu*, dovendo apparire la causa come l'elemento sempre ricorrente in una serie di negozi riconducibili a determinate operazioni economico-sociali. In contrapposizione alla rigida tipizzazione del sistema contrattuale romano, legata in buona sostanza alla tipicità delle *actiones*, si riconosce che siffatta tipicità è da intendersi come *tipicità di carattere sociale* (più che legislativa) nel senso di cause che «pur non essendo tassativamente indicate dalla legge, debbono però in genere essere ammesse *dalla coscienza sociale*, siccome rispondenti ad una esigenza pratica legittima, a un interesse sociale durevole, e come tali sono valutate degne di tutela giuridica» (BETTI, E., [19], 195).

I problemi della causa vengono tendenzialmente ad identificarsi con quelli riguardanti la costruzione *dei tipi negoziali*, con le dottrine, di antica data, degli *essentialia, naturalia* ed *accidentalium negotii* (BEKKER, E., [9], 117 ss.). La tendenza descritta ha trovato una eco anche nella Relazione al codice civile ove si discorre «di schema causale tipico» (Rel. al c.c., n. 614). È passata tralattivamente anche nelle formule giurisprudenziali.

Trattasi tuttavia di una trasposizione di un ordine concettuale riguardante una diversa realtà. Anche a voler considerare la impostazione Pandettistica, può osservarsi che questa, nella elaborazione dei tipi negoziali, non aveva

riguardo ai problemi che storicamente si ricollegavano alla causa del negozio ma a quelli della ricostruzione normativa dell'atto negoziale, visto come risultante di elementi riconducibili a schemi prefissati e di determinazioni «individualizzanti» (BEKKER, E., [9], 119).

È merito di dottrine più recenti avere contribuito a chiarire che il problema della tipicità negoziale riguarda la disciplina da applicare all'operazione che le parti hanno scelto mentre il problema della causa investe «la natura dell'interesse che le parti perseguono» (FERRI, G.B., [32], spec. 248 ss.). La causa si identifica con «l'interesse stesso, desumibile da tutto il quadro dell'operazione economica insita nel negozio» (FERRI, G.B., [32], 249). La ricorrenza di un tipo negoziale può essere solo il sintomo che l'interesse perseguito dalle parti è meritevole di tutela. A questa soluzione induce anche la lettura dell'art. 1322, 2° co., c.c. di cui deve affermarsi il valore generale.

Trattasi di un chiarimento opportuno, che restituisce al profilo della causa la sua valenza specifica, che non è quella riguardante il metodo o le tecniche con cui i singoli ordinamenti provvedono a tipizzare le operazioni negoziali, quale «strumento concettuale... ormai diffuso e operante, in quasi tutte le discipline» (DE NOVA, G., [33], 120 ss.). In tale quadro ad es. si contesta che la causa possa essere un elemento avente virtù individuativa del tipo, sia che si identifichi la causa con la funzione del negozio, sia che la si identifichi con «la sintesi degli effetti essenziali» (DE NOVA, G., [33], 60 ss.). La individuazione del «tipo» suppone la identificazione di elementi caratterizzanti nonché dei tratti che distinguono i vari «tipi» tra loro. Questi elementi caratterizzanti potranno avere riguardo al contenuto del contratto, alla qualità delle parti, alla natura del bene, al fattore tempo, al modo di perfezionamento (DE NOVA, G., [33], 84).

Si può dunque concludere che il profilo della causa non riguarda, almeno direttamente, il metodo, in uso presso gli ordinamenti, di procedere ad una ricostruzione tipologica, più o meno esauriente e rigorosa, dei singoli atti negoziali (e massimamente dei contratti). Con questa ricostruzione si intende apprestare un modello per la disciplina (DE NOVA, G., [33], 130; COSTANZA, M., *Il contratto atipico*, Milano, 1982, 185 ss.). Si tratta di isolare tipi a partire dalle concrete prassi negoziali (ad es. il lavoro subordinato nella sua variante onerosa, l'affitto con riguardo ad un bene produttivo, la somministrazione con riguardo alla durata) e ciò al fine di fornire alle parti e ai giudici indicazioni concrete per la disciplina, la quale può trovare un importante elemento di aggregazione nel tipo negoziale. Si deve tuttavia lamentare che il legislatore italiano, anziché procedere ad una individuazione rigorosa di tipi, abbia invece abbondato in definizioni e pseudoconcetti, rendendo più ardua l'opera dell'interprete.

##### 5. - LA «SOCIALIZZAZIONE» DELLA CAUSA

L'insufficienza della nozione astratta di causa ha condotto le dottrine giuridiche ad elaborare concezioni diverse, tutte comunque ispirate all'esigenza di superare tale nozione. In merito a tali concezioni, vi è luogo a distinguere, perché ciascuna di essa corrisponde a diverse finalità e forse, più in profondità, a diversi orientamenti ideologici. Uno dei tentativi più noti, almeno nella nostra dottrina, per superare i limiti formali della causa, è costituito dalla nozione di causa intesa come funzione economico-sociale del contratto. Trattasi di una definizione assai diffusa, e anche l'unica in grado di collegare l'aspetto economico della causa (di scambio) con l'aspetto sociale riguardante il merito delle finalità che i privati intendono realizzare. Nella versione che di tale nozione offre uno dei suoi massimi fautori (BETTI, E., [19], 174), la causa viene

definita quale «interesse sociale oggettivo, e socialmente controllabile, cui il regolamento contrattuale deve rispondere». E in altro luogo, si aggiunge che «la causa è ... la funzione d'interesse sociale della autonomia privata» (BETTI, E., [19], 183). La polemica viene condotta principalmente contro coloro che hanno sostenuto una nozione soggettiva di causa o che hanno risolto la causa in uno dei termini del contratto.

L'impiego della causa in funzione di controllo dell'autonomia contrattuale è direttamente presupposto in tale definizione.

Alla stregua di tale concezione la causa dovrebbe consentire di verificare «se il risultato pratico che i soggetti si ripropongono di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico» (Rel. al c.c., n. 603). Un tale controllo è operante in primo luogo per i contratti non rispondenti ai tipi previsti dalla legge (art. 1322, 2° co., c.c.). Gli esempi ricorrenti di contratti «socialmente futili» sono costituiti da quei contratti con cui ci si astiene da un'attività produttiva o con cui ci si impegna ad una gestione anti-economica o distruttiva di un bene soggetto alla libera disposizione del proprietario «senza una ragione socialmente plausibile ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte» (Rel. al c.c., n. X).

Siffatte concezioni sono state criticate per diversi ordini di ragioni. Vi è una critica di ispirazione liberale la quale contesta che si possa utilizzare un elemento tradizionale, come la causa, per imporre ai privati finalità o scopi diversi da quelli riguardanti le operazioni economico-giuridiche che i privati intendono realizzare. Funzionalizzare il contratto attraverso la causa significherebbe alterare il rapporto tra ordinamento e libertà contrattuale, significherebbe porre in discussione la natura di atto di autonomia del contratto (FERRI, G.B., [32], 254). Siffatte letture sono state definite meramente ideologiche e ispirate al clima dell'epoca (GAZZONI, F., [42], 53 ss.). Le stesse riserve vengono manifestate per il tentativo di funzionalizzare l'impresa (MINERVINI, G., *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 626).

Ma le stesse concezioni sono state criticate anche per ragioni diverse da quelle ideologiche. Si è affermato che pretendere che i contratti non siano «socialmente futili ed improduttivi» è pretendere qualcosa che non è in pratica realizzabile. Si è cercato di dimostrare come la gran parte dei contratti che si definiscono nulli per difetto di funzione o di utilità sociale sono in realtà contratti socialmente dannosi e perciò già illeciti o proibiti dalla legge (GORLA, G., [22], 213). Si è dunque concluso che il concetto positivo di contratto «socialmente utile e produttivo» si riduce a quello negativo di contratto «non socialmente dannoso o illecito» (GORLA, G., [22], 213). Trattasi di una critica rivolta a contestare la pratica realizzabilità di una nozione di causa diretta ad assicurare l'utilità sociale ed economica dei contratti.

Altra ipotesi interpretativa è patrocinata da chi, rifiutando ogni tentativo di «funzionalizzare» la causa o meglio il requisito «di meritevolezza degli interessi» (art. 1322, 2° co., c.c.), collega tale requisito alla teoria della «tipicità sociale», nel senso che l'intento atipico privato deve essere congruo con qualsivoglia schema tipico-sociale (GAZZONI, F., [42], 94). È questa una proposta che è agli antipodi dell'idea di socializzare la causa attraverso l'interesse meritevole.

In conclusione anche in ordine allo sforzo di assegnare alla causa «una funzione sociale» un fin de non recevoir non sarebbe giustificato. Un atteggiamento totalmente negativo può giustificarsi solo in un contesto socio-economico ispirato ad un'ideologia pan-liberistica. Il che dun-

## CAUSA DEL NEGOZIO GIURIDICO

que non esclude che, in un diverso contesto, nel quale ad es. anche un'economia di mercato accolga contenuti di *programmazione* (v. art. 41, 3° co., Cost.) la causa possa costituire un utile strumento per verificare se i fini di programmazione sono stati rispettati dalle parti (sul punto v. CATAUDELLA, A., [43], 178 ss.). In tal caso potrà avere anche un senso affermare che «interessi meritevoli di tutela» (art. 1322, 2° co., c.c.) sono quegli interessi che non contrastano con le finalità enunciate negli atti di programmazione e non già solo quelli che non siano «socialmente dannosi».

### 6. - IL PRINCIPIO CAUSALE NELL'ATTUAZIONE NEGOZIALE

È opinione diffusa che il principio causale regoli solo la fase del sorgere del negozio e/o della conclusione del contratto. *Il che significa che l'attuazione del contratto non è governata dal principio causale.*

Trattasi del risultato di una lunga evoluzione storica che ha visto ridursi progressivamente l'area della mancanza della causa. È stato lucidamente affermato che, già a partire dai codici dell'Ottocento, questo processo si era già realizzato e ciò nel senso che «la causa non ha avuto più riferimento alla realizzazione dello scopo di ciascun contraente, ma esclusivamente al meccanismo idoneo a quella realizzazione» (GIORGIANI, M., [31], 552).

Una tale visuale, tuttavia, è formulata in termini troppo assoluti. Essa va verificata con riferimento al modo concreto con cui, anche dal punto di vista della attuazione negoziale, il problema della causa è riguardato dagli interpreti.

Una nota tendenza dottrinale, com'è noto, accolta anche dalla Manualistica, ritiene ad es. che difetti di funzionamento del contratto, riguardanti l'inadempimento di una delle prestazioni corrispettive (art. 1453 ss. c.c.) o la impossibilità di esecuzione di una di esse (art. 1452 c.c.), o la sopravvenuta eccessiva onerosità (art. 1467 ss. c.c.), giustificanti la risoluzione, giudiziale o di diritto, del contratto, debbano essere spiegati attraverso il ricorso alla causa, nel senso di *vizio o mancanza funzionale di essa* (SANTORO PASSARELLI, F. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, 184 ss.).

L'opinione non è nuova. Essa trova conforto in quella dottrina notissima, che si è affermata in ambiente francese, secondo la quale il ruolo della causa non si limita alla fase della formazione del contratto ma regola anche quella della *esecuzione di esso*, rendendo dunque ragione del meccanismo risolutivo (art. 1184 *code civil*; CAPITANT, H., [15], 27 ss., 259 ss.). Una tale visuale ha anche influenzato la giurisprudenza. Questa visuale non può essere respinta in linea di principio. Essa esprime l'esigenza di un controllo, a livello causale, anche (della fase) dell'*attuazione negoziale*. Trattasi di un criterio ad es. che può anche influenzare il giudizio sulla «gravità» dell'inadempimento ai fini della risoluzione del contratto (art. 1455 c.c.), sottraendo questo giudizio all'arbitrio dell'interprete (v. Cass., 17 aprile 1981, n. 2332, in *Foro it. Mass.*, 1981, 508 e Cass., 26 ottobre 1985, n. 5277, *ivi*, 1985, 972).

La sostituzione di un meccanismo di risoluzione giudiziale a quello pattizio, fondato sull'apposizione di una «condizione risolutiva tacita» (art. 1165 c.c. 1865), non costituisce un ostacolo al rilievo della causa. Né costituisce un ostacolo il fatto che il rilievo della causa si esprima nel senso della inefficacia (sopravvenuta) del contratto e non anche in quello della sua invalidità (originaria). Si tratta di aspetti formali connessi al modo particolare in cui rileva la causa.

Un'applicazione coerente del principio causale nella fase dell'attuazione negoziale si è avuta ad opera dei giudici con riguardo alla incidenza che, sul rapporto di lavoro

subordinato, hanno eventi o circostanze che determinano la *impossibilità parziale* della prestazione lavorativa, ove appunto l'interesse del datore di lavoro «a recedere» può essere «apprezzabile» alla stregua del principio causale (con riguardo alla incidenza della carcerazione preventiva v. Cass., 28 giugno 1976, n. 2469, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1407).

Per altro indirizzo il rilievo della causa *in executivis* potrebbe anche spiegarsi con riferimento alla esistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (Cass., 14 aprile 1981, n. 2256, in *Foro it. Mass.*, 1981, 493). Questi indirizzi giurisprudenziali sono testimonianza di una tendenza ad utilizzare il principio causale anche in sede di attuazione del negozio.

### 7. - L'ADEGUATEZZA DELLE PRESTAZIONI

La nozione di causa, specialmente nel suo aspetto di *causa di scambio*, appare indifferente e neutrale rispetto alla *misura* (dei termini) dello scambio. Trattasi di un risultato cui è pervenuta l'evoluzione dei rapporti in una economia di mercato. La causa è rispettata per il semplice fatto che a fronte del trasferimento di un bene si è concordato il pagamento di un prezzo, salvo che si oltrepassino i limiti oltre i quali il contratto sarebbe *rescindibile* (artt. 1448 ss. c.c.). Un concetto, come quello di *adeguatezza oggettiva* delle prestazioni (GATTI, S., *L'adeguatezza tra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 420 ss.; CATAUDELLA, A., [35], 307 ss.), ha difficoltà a trovare applicazione nel sistema. Anche il rimedio costituito dalla possibilità di risolvere il contratto *per eccessiva onerosità* (art. 1467 ss. c.c.) non costituisce una deroga: con tale rimedio si mira ad assicurare, anche per il tempo dell'esecuzione del contratto, lo stesso equilibrio di valori concordato dalle parti al momento della conclusione di esso. È dunque una tutela del rapporto di scambio, così come concordato dalle parti, *stabilito nel tempo*.

Una tale disciplina non deve sorprendere. Il fatto che non sia consentito, attraverso la causa, mettere in discussione la *misura* dello scambio risponde a quella che è la logica di una economia di mercato, consistente nel ritenere che, attraverso il libero gioco della domanda e della offerta, abbiano a realizzarsi rapporti «equi» e ragionevoli. Se ciò non si realizza, le parti lo debbono imputare a se stesse e alla loro incapacità di contrattare. L'ordinamento non si cura di garantire l'equità o la «ragionevolezza» dello scambio. Può venire in soccorso del soggetto ove la forza contrattuale di esso sia stata gravemente menomata per effetto di un vizio del volere (art. 1427 c.c.) o di uno stato di pericolo (art. 1447 c.c.) o di bisogno (art. 1448 c.c.). Leggi speciali, tuttavia, sempre più numerose, hanno contribuito a modificare la «indifferenza» dei codici. Ne sono testimonianza le leggi che fissano «canoni sociali» in materia di contratti agrari e di locazioni di immobili urbani. Per i rapporti di lavoro subordinato, oltre all'autonomia collettiva, possono richiamarsi le leggi che hanno fissato i c.d. minimi salariali (l. 14 luglio 1959, n. 741).

### 8. - GLI «INTERESSI APPREZZABILI» E L'ECONOMIA DELL'AFFARE

Per quanto riguarda l'identificazione degli interessi *apprezzabili* (ossia degli interessi di cui si può chiedere il riconoscimento in giudizio) con quelli espressi *dalla causa* del contratto trattasi di una scelta di fondo di politica del diritto. Essa si collega al rapporto tra *causa* e *motivi* e al principio di rilevanza degli uni e di irrilevanza dei secon-

## 9. - LA ILLICITÀ DELLA CAUSA

di. Per principio di *irrelevanza dei motivi* si intende tradizionalmente il principio in base al quale soltanto ciò che ha trovato espressione nel contenuto del contratto (e nelle singole clausole di esso) può ottenere riconoscimento giuridico, sia in senso *positivo* che *negativo*.

Esigenze dunque connesse alla sicurezza degli scambi, alla gelosa difesa dell'autonomia della volontà, alla diffidenza verso il potere dei giudici, hanno indotto le dottrine ad esasperare la contrapposizione tra *causa* e *motivi* e ad assegnare soltanto alla causa, *oggettiva ed astratta*, la funzione di circoscrivere l'ambito degli *interessi apprezzabili*.

Una tale visuale appare tuttavia riduttiva e schematica, specialmente in un diverso tipo di approccio. Essa è nel vero quando paventa che, attraverso il rilievo dei motivi, si possa compromettere la sicurezza degli affari e l'interesse della circolazione. È stato osservato al riguardo che «la legge non può tutelare interessi estranei all'economia dell'affare (rappresentazioni mentali, motivi ...)» (BESSONE, M., [34], 275). Tuttavia il problema non è di carattere formale, esso riguarda l'ambito degli interessi espressi dal contratto. L'insufficienza è nel ritenere che detti interessi si possano risolvere nella causa, *oggettiva ed astratta*, del contratto. Accertato ad es. che la causa del contratto è lo scambio di *cosa contro prezzo*, interessi diversi dalla consegna del bene e dal pagamento del prezzo non potrebbero essere tutelati perché non si tratterebbe di interessi «apprezzabili». Accertato che l'interesse del mutante è di ottenere il pagamento degli interessi e la restituzione della somma, non potrebbe essere «apprezzabile» un diverso interesse ad una determinata destinazione della somma mutuata.

La soluzione non può lasciare soddisfatti. È evidente che, quando si tratta di individuare, attraverso la causa, l'ambito degli interessi *apprezzabili*, non soccorre la nozione *oggettiva* di causa, essendo necessaria una concreta verifica di ciò che ha costituito oggetto di contrattazione tra le parti e cioè oggetto di reciproca assunzione di costi e (di accollo) di rischi (BESSONE, M., [34], 273). È necessario delimitare la c.d. *economia del contratto e dell'affare* (BESSONE, M., [34], 275). La causa, in quanto astratta giustificazione dello spostamento patrimoniale, non sarebbe criterio sufficiente per tale delimitazione (v. il caso di scuola dell'acquisto di area con l'intento di fabbricarvi o dell'affitto di locale per svolgervi il commercio).

La dottrina, meno sensibile ad un approccio che tenga conto di una analisi economica del contratto, segue altre vie. Preferisce ad es. estendere la nozione di *oggetto* del contratto (in relazione ad es. all'acquisto di aree fabbricabili) o ricorrere al concetto di una *condizione implicita e non sviluppata (presupposizione)*, nel senso di condizione tacitamente presupposta da entrambe le parti all'atto della contrattazione (WINDSCHEID, B., [11], 252; Cass., 8 agosto 1979, n. 3864, in *Foro it. Mass.*, 1979, 757; Cass., 2 gennaio 1986, n. 20). Altra tendenza fa riferimento alla nozione di *motivo giuridicamente rilevante*, ove naturalmente per motivo non si intenda la rappresentazione mentale (e psicologica) del contraente, rimasto nella sua interna coscienza, ma un *motivo-interesse* che è entrato a far parte dell'*assetto di interessi* nel quale si risolve il negozio; si tratta di rivalutare il ruolo dei motivi (sul punto SACCO, R., [23], 565). La via che sembra indicata anche dal legislatore è quella del «motivo comune ad entrambe le parti» e *determinante* il consenso (art. 1345 c.c.; Cass., 20 giugno 1960, n. 1627, in *Foro it.*, 1960, I, 89).

Trattasi di tentativi non sempre fruttuosi. Resta il fatto che la nozione di causa *oggettiva* è strumento insufficiente per risolvere problemi che riguardano l'individuazione di interessi «apprezzabili» sulla base di una corretta analisi *economica* del contratto in termini di costi-benefici.

**9.1. - Contratto tipico e causa illecita. La frode alla legge.** - Si può dire che il problema della causa rilevi più dal punto di vista *negativo*, della contrarietà di essa a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 c.c.), che non dal punto di vista *positivo* della sua presenza nel negozio. Riferita infatti la causa all'intero negozio o contratto e non alla singola promessa o prestazione, i problemi riguardanti *la prova* (della presenza) della causa, cui invece era sensibile il legislatore dell'Ottocento (art. 1121 c.c. 1865), risultano notevolmente ridimensionati (SACCO, R., [23], 596; Cass., 15 febbraio 1963, n. 331, in *Giust. civ.*, 1963, I, 736).

Il profilo della «illiceità» della causa segna una divaricazione, non indifferente, tra teoria e pratica ossia tra dottrina e giurisprudenza. La prima è incline tendenzialmente a svalutare questo profilo, giudicandolo di difficile concretizzazione almeno con riguardo ai contratti che hanno in se stessi la propria *funzione* e riferendolo semmai alle c.d. prestazioni «isolate» (GIORGIANI, M., [31], 573). Si trae argomento anche dalla disposizione dell'art. 2035 c.c. ove è parola di «prestazione contraria al buon costume» (RESCIGNO, P., *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 3 ss.; MOSCATI, E., [37], 359 ss.).

La seconda, al contrario, riserva ampio spazio al tema dei contratti invalidi per illiceità della causa, ritenendo che anche contratti definiti tipici possano essere ritenuti «illeciti» ove le parti «abbiano direttamente perseguito uno scopo contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume» (Cass., 11 gennaio 1973, n. 68, in *Giur. it.*, 1974, I, 996; Cass., 28 gennaio 1983, n. 808).

Lo stesso codice ha riguardo ad un contratto tipico, quale il contratto di lavoro subordinato, che può essere nullo per illiceità della causa (o dell'oggetto) (art. 2126 c.c.). Tale potrebbe ritenersi il contratto di lavoro stipulato con una retribuzione inferiore ai minimi collettivamente o legislativamente obbligatori (v. RIVA SANSEVERINO, L., *Lavoro*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 2060-2134, Bologna, 1977, sub art. 2126, 679, n. 3).

Una buona parte di decisioni giurisprudenziali riguarda ipotesi di contratti o di accordi «innominati» con i quali l'assunzione di obblighi (o la promessa di prestazioni) viene messa in relazione con *oggetto* o *materie* che non appaiono suscettibili di essere termini di scambio (Cass., 15 ottobre 1974, n. 2859, in *Giust. civ. Mass.*, 1974, 1264, con riguardo alla *incommerciabilità* del posto di lavoro). In realtà anche la presenza di contratti «tipici», come si è visto, lascia ampi spazi ad accordi o patti *innominati*, che riproducono in certa misura le forme innominate del *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. È questo il terreno in ordine al quale fini illeciti possono affermarsi.

Residuano poi le ipotesi numerose in cui anche l'uso di contratti tipici, per le forme di collegamento create dalle parti (v. CONTRATTI MISTI E CONTRATTI COLLEGATI) (Cass., 25 giugno 1979, n. 3551, in *Foro it. Mass.*, 1979, 719) o per un qualche accorgimento cui venga sottoposto lo stesso contratto tipico, configura un fenomeno di *frode alla legge* (art. 1344 c.c.). È d'obbligo fare riferimento alla vendita con patto di riscatto (art. 1500 c.c.), ove appunto il venditore figura già quale debitore del compratore ed il prezzo del riscatto sia determinato in misura tale da corrispondere al debito del venditore, magari in misura esigua rispetto al valore della cosa. Appare sotto questo profilo criticabile un indirizzo giurisprudenziale che si rifiuta di ravvisare in tale fattispecie una frode alla legge per il solo fatto che il trasferimento della proprietà è immediato ed effettivo al momento del contratto (Cass., 29 ottobre 1963, n. 2880, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1356; Cass., 18 settembre 1974, n. 2498, in *Foro it. Mass.*,

## CAUSA DEL NEGOZIO GIURIDICO

1974, 596). Qualche pronuncia è tuttavia più cauta (Cass., 1 febbraio 1974, n. 282, in *Foro it. Mass.*, 1974, 72). Con riferimento a contratti di lavoro *a tempo determinato* ..., la cui stipulazione, come è noto, incontra i limiti della l. 18 aprile 1962, n. 230, si è ritenuta sussistente la frode alla legge (prevista dall'art. 2 della legge citata) per il fatto che una serie di contratti di lavoro, pur validamente stipulati ai sensi della legge richiamata, erano tuttavia caratterizzati dall'intento di eludere la normativa sul contratto di lavoro a tempo indeterminato (Cass., 21 giugno 1980, n. 3916, in *Foro it.*, 1980, I, 1842 e Cass., 4 settembre 1981, n. 5046, in *Foro it.*, 1981, I, 2664).

**9.2. - Il controllo attraverso la causa illecita.** - Al profilo della «illiceità» della causa si dà sovente una impostazione errata. Siffatto profilo si trova «imprigionato» tra una nozione, *astratta ed oggettiva*, di causa e il criterio di «meritevolezza degli interessi» dalle parti perseguiti (arg. *ex art.* 1322, 2° co., c.c.). Da un lato, la tendenza ad identificare la causa con «il tipo negoziale» induce a confinare il profilo della illiceità della causa ai c.d. contratti *atipici*, dall'altro lato si tende a confondere il giudizio «sugli interessi meritevoli» con quello sulla liceità della causa. Trattasi di impostazioni che allontanano le dottrine da una corretta definizione della «causa illecita».

Può richiamarsi una nota dottrina (BETTI, E., [19], 394 ss.) la quale, essendo partita da una nozione del tutto *oggettiva* di causa, a tal punto da identificarla con «l'interesse oggettivo al mutamento di certi stati di fatto» e, comunque, con «la funzione economico-sociale che caratterizza il tipo del negozio» (BETTI, E., [19], 194), è poi costretta, nell'affrontare il problema della *causa illecita*, ad assegnarle una connotazione soggettiva, non molto distante dal «motivo illecito comune» (art. 1345 c.c.), anche se viene definita quale «comune intento pratico» (BETTI, E., [19], 394). Non aiuta a risolvere il problema la formulazione, ripresa da altra parte della dottrina (CAUDELLE, A., [35], spec. 320 ss.), secondo cui la causa sarebbe suscettibile di una considerazione *astratta* e di una *concreta*, avuto riguardo «ad una data causa nel suo pratico funzionamento» (BETTI, E., [19], 396).

Una corretta impostazione dovrà invece tendere ad individuare nel profilo della illiceità della causa la *funzione di controllo* che esercita l'ordinamento sugli atti di privata autonomia. Trattasi di uno degli aspetti o profili della nozione di causa, suscettibile di quelle applicazioni che storicamente saranno rese possibili nei singoli ordinamenti a seconda degli orientamenti vigenti. In sostanza, il singolo ordinamento farà ricorso alla causa illecita per negare effetti ad iniziative od operazioni che contrastano con i fini di esso, quali risultanti espressamente da norme imperative o dai principi costituenti l'ordine pubblico o il buon costume. A questo riguardo, la nozione di causa esercita una funzione insostituibile, che non potrebbe essere assolta da altri elementi, quali ad es. l'oggetto, la forma, o altri elementi del contratto.

Attraverso la causa è consentito un *controllo complessivo* sull'operazione voluta dalle parti nel suo *risultato*, palese od occulto (FERRI, G.B., [32], 244 ss.). Spetterà poi ai giudici rendere più intenso e profondo il controllo attraverso una interpretazione, più o meno estensiva, di concetti o nozioni, come quelli ad es. di ordine pubblico o di buon costume (art. 1343 c.c.).

Per queste ragioni sarebbe insoddisfacente una impostazione, formale ed astratta, dei problemi riguardanti la illiceità della causa. Questi problemi saranno ad es. meno sentiti in una ottica liberal-garantistica, che tenda a restringere i limiti della privata autonomia al rispetto dei diritti di terzi (v. accordi fraudolenti in danno di terzi). Saranno invece maggiormente sentiti in una ottica che

ritenga possibile forme di *controllo diffuso* dell'ordinamento sulla autonomia dei privati, alla luce ad esempio delle indicazioni costituzionali.

**9.3. - Gli indirizzi giurisprudenziali.** - L'analisi di indirizzi giurisprudenziali può rendere meno astratto il problema della illiceità della causa. Tali indirizzi, si è detto, si muovono all'insegna di un controllo della libertà contrattuale delle parti vista nelle sue connessioni, non solo con norme imperative di legge, ma con principi di ordine etico-morale o di ordine pubblico (art. 1343 c.c.). È nota ad es. quella interpretazione giurisprudenziale del concetto di «buon costume» inteso come «complesso di quei principi etici che, suscettivi di venire universalmente adottati, costituiscono la morale sociale perché ad essi uniforma il suo comportamento la generalità delle persone oneste, corrette, di buona fede, e di sani principi in un determinato ambiente e in 'una determinata epoca'» (Cass., 17 gennaio 1950, n. 1549, in *Foro it. Mass.*, 1950, 326, cui *adde* Cass., 7 luglio 1981, n. 4414, *ivi*, 1981, 904). Il che ha consentito certamente di allargare il controllo sulla autonomia delle parti, dalla sfera del pudore sessuale e della decenza a quella della «morale sociale». Si potrà criticare un siffatto indirizzo, per i contenuti di arbitrio che potrebbe esibire. Il che è comunque testimonianza del fatto che un elemento, quale la causa, si presta ad un controllo siffatto.

Terreni ideali per un giudizio di riprovevolezza morale sono storicamente quelli rappresentati dall'organizzazione e dalla gestione del gioco (Cass., 14 ottobre 1958, n. 3255, in *Giust. civ.*, 1959, I, 662), dal meretricio o dalla mediazione matrimoniale (Cass., 15 marzo 1966, n. 803, in *Foro it.*, 1966, I, 1963), ai quali si sono venuti aggiungendo, nel corso del tempo, anche per effetto della raggiunta consapevolezza del carattere precettivo di norme costituzionali, i terreni rappresentati dalle «libertà fondamentali» degli individui (libertà di pensiero, di movimento, libertà *lato sensu* politiche e via dicendo; v. Cass., 27 maggio 1971, n. 1574, in *Foro it.*, 1971, I, 1883, con riguardo alla «libertà di voto»). Si tenga conto anche delle tradizionali libertà garantite dai codici — come la libertà matrimoniale, quella di testare, quella di non obbligarsi *ad infinitum* — (MOSCATI, E., [37], 363). Si considerino anche accordi fraudolenti in danno di terzi (Cass., 20 giugno 1973, n. 1829, in *Giust. civ.*, 1973, I, 1467; ma v. Cass., 16 giugno 1981, n. 3905, in *Foro it. Mass.*, 1981, 798).

Sotto questo profilo i confini tra una nozione «allargata» di buon costume e quella di ordine pubblico non sono facili a tracciarsi (ROPPA, E., *Il contratto*, Bologna, 1977, 166). V'ha chi sostiene la riduzione ad unità dei due concetti, anche tenendo conto dell'esempio fornito da altri ambienti culturali (RESCIGNO, P., [28], 252). Per ordine pubblico non si intende soltanto l'*ordine pubblico politico*, attinente alla difesa dello Stato e delle pubbliche istituzioni (Cass., 14 luglio 1972, n. 2420, in *Foro it.*, 1973, I, 1224, con riguardo ad atti di raccomandazione presso la p.a.; MOSCATI, E., [37], 399, nt. 46), ma anche l'*ordine pubblico economico*, attinente alla difesa delle fondamentali regole che individuano la struttura di un sistema economico (ad es. la libertà di concorrenza, di lavoro, di professione, il divieto di esportazione di capitali ecc.) o alla difesa di posizioni contrattuali definite «deboli» — tutela del consumatore, del lavoratore subordinato — (TRIMARCHI, P., [24], 233; FERRI, G.B., [32], 244 ss.; ROPPA, E., *Il contratto*, cit., 163 ss.). Diversamente è a dirsi per il principio di *parità di trattamento* nei negozi interprivati, per il quale si esclude dalla giurisprudenza il rilievo sotto il profilo (della illiceità) della causa (Cass., 11 novembre 1976, n. 4177, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 1916).

In ordine a tale controllo possono manifestarsi riserve circa la idoneità dei giudici ad esercitarlo, ove appunto si tratti di «mediare» tra interessi contrapposti suscettibili entrambi di tutela. Il problema si pone massimamente in relazione ai conflitti che riguardano l'autonomia delle parti e scelte politiche che non sono espressamente trasfuse in testi di legge (come invece si è realizzato ad es. in tema di locazione di immobili urbani a difesa dei conduttori: v. art. 79 l. 27 luglio 1978, n. 392 che sancisce la nullità di qualsiasi pattuizione che attribuisca «vantaggi» al locatore, o in tema di affitto agrario a difesa degli affittuari: v. art. 19 l. 11 febbraio 1971, n. 11 che sancisce la nullità di clausole contrattuali che prevedono la concessione separata di colture) ma rimangono affidate appunto a principi o criteri in ordine ai quali si potrebbe predicare la esigenza di un intervento legislativo. Si sfiora in tal modo l'annoso problema del rapporto tra giudici e legislatore in ordine all'attuazione di principi che, pur presenti allo stato diffuso nell'ordinamento, non si sono tuttavia concretizzati in formule operative.

Si potrebbe ritenere, come si è detto, spettante al compito dei giudici la difesa, a livello di causa, delle «libertà fondamentali» dell'individuo (ove lese da accordi, ad es. di boicottaggio) o di diritti costituzionalmente garantiti (come quello della difesa giudiziale, art. 24 Cost. o della salute, art. 32 o il diritto a ferie annuali retribuite ecc.). Si potrebbe invece ritenere non rientrante nel compito dei giudici un tipo di controllo più penetrante, con il quale si mirasse a sindacare l'atto del privato sotto il profilo della sua congruenza con finalità socio-economiche, più sfumate ed imprecise, che il pericolo consisterebbe nell'aprire l'ingresso al *decisionismo* dei giudici.

Queste riflessioni testimoniano comunque che il profilo della illiceità della causa non può certo essere confinato negli angusti limiti dei «tipi negoziali» o della ricerca (difficile) dello «scopo pratico immediato» perseguito in concreto attraverso il negozio (BETTI, E., [19], 382). Esso deve investire complessivamente il rapporto tra l'atto di autonomia delle parti e i valori di cui l'ordinamento si rende garante. A questo riguardo non può certo essere una nozione di causa, *astratta ed oggettiva*, a far da velo ad una indagine che abbia lo scopo di verificare la *compatibilità* tra l'atto di autonomia delle parti e i valori anzidetti.

#### 10. - FONTI NORMATIVE

Artt. 1343-1345, 1987, 1988, 2033-2035, 2041, 2126 c.c.

#### 11. - BIBLIOGRAFIA

— Una rassegna della dottrina italiana in tema di causa fino alla fine del XIX secolo è in [1] BARASSI, L., *Causa*, in *E.G.I.*, III, 2. sez. I, Milano, 1905, 922 ss.

— Per la letteratura anteriore al codice vigente si può utilmente consultare [2] BONFANTE, P., *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 115 ss. nonché [3] VENEZIAN, G., *La causa dei contratti*, Roma, 1892, ora in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919, 347 ss. (detti Autori furono i primi a prospettare una concezione «oggettiva» della causa). Ad una concezione «oggettiva» della causa aderiva anche [4] COVIELLO, N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, 411, pur riferendo tuttavia la causa alla singola prestazione od obbligazione e finendo dunque con il valorizzare anche l'aspetto *soggettivo* dello «scopo pratico» voluto dal soggetto.

— Sui rapporti tra il contratto obbligatorio e l'atto (astratto) di trasferimento, come elemento di differenziazione tra il diritto francese e quello tedesco, invitava a riflettere [5] CROME, C., *Teorie fondamentali delle obbligazioni*

*nel diritto francese* (con traduzione e note di Ascoli e Cammeo), Milano, 1908, 7 ss. V. anche [6] CROME, C., *Der Begriff der Causa bei den Rechtsgeschäften und der Inhalt und das Anwendungsgebiet der Art. 1131 bis 1133 Code civil*, in *Zeitschrift für franz. Civilrecht*, 1891, 340 ss., 540 ss. A siffatta distinzione riferivasi, sotto il vigore del codice abrogato, anche [7] GORLA, G., *La compravendita*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1937, 13 ss.

— Nel diritto tedesco, una riflessione dommatica sui c.d. «negozi di prestazione» offriva [8] SCHÖNINGER, A., *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1906, spec. 127 ss.

— Per l'impostazione Pandettistica del «tipo negoziale» può vedersi [9] BEKKER, E., *System des heutigen Pandektenrechts*, II, Weimar, 1889, 117 ss. Più vicine invece alle impostazioni moderne della causa erano quelle dottrine che ragionavano in termini di «scopo sostanziale» (*substantieller Zweck*) che doveva accompagnare la volontà negoziale, scopo che poteva essere insito nello stesso «effetto giuridico» diviso dalle parti oppure «in interessi e bisogni» esterni all'atto negoziale (così [10] KARLOWA, O., *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlin, 1877, 164 ss.). Notissima era poi quell'impostazione, dovuta al [11] WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, 1906, § 98, 252, secondo il quale ogni dichiarazione di volontà «ha un primo intento e altri possibili eventuali intenti», la cui mancata realizzazione avrebbe determinato il venir meno del negozio. Si introduceva la figura della «condizione riconoscibile in base alle circostanze» (*Voraussetzung*).

— Nel diritto tedesco più moderno i problemi della causa sono visti massimamente sotto il profilo del c.d. «fondamento negoziale»: v. per tutti [12] SCHMIDT RIMPLER, W., *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift Nipperdey*, München, 1955, 1 ss. Per le trattazioni istituzionali [13] LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1983, I; [14] ESSER, J.-SCHMIDT, E., *Schuldrecht*, Teilband I, Karlsruhe, 1976, 33 ss.

— Per il diritto francese sui problemi del ruolo della causa, nella fase dell'attuazione del negozio, v. la trattazione di [15] CAPITANT, H., *De la cause des obligations*, Paris, 1927, 30 ss. Per le trattazioni istituzionali una informazione aggiornata è offerta da [16] CARBONNIER, J., *Droit civil*, 4, Paris, 1972, 100 ss. nonché da [17] FLOUR, J., *Les obligations*, Paris, 1975, 186 ss.

— Per il diritto anglosassone la tematica è oggi interamente rivisitata da [18] ATIYAH, P.S., *Contracts, promises and the Law of Obligations*, in *The Law Quarterly Review*, 1978, 94, 193 ss.

— Sotto il vigore del codice italiano vigente le trattazioni sulla causa sono parte integrante di più complessive trattazioni aventi per oggetto il negozio giuridico o il contratto. Per la teoria della causa come «funzione economico-sociale» del negozio che caratterizza il «tipo» di esso negozio quale fatto di autonomia privata v. [19] BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 184 ss. Una posizione più eclettica assumeva altro Autore ([20] CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 596 ss.). Una impostazione più pragmatica, ma sotto il cod. abr., offre [21] REDENTI, E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1933, 26 ss. Una critica puntuale alla teoria della causa quale «funzione economico-sociale» del contratto ma in una visuale più vicina all'esperienza di *Common Law* è offerta da [22] GORLA, G., *Il contratto*, I, Milano, 1955, 199 ss. (che definisce tale teoria come «il prodotto più squisito di un certo metodo di nebulose astrazioni»). Ad un approccio più realistico ai problemi sollevati dalla nozione di causa aderisce [23] SACCO, R., *Il Contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, spec. 580 ss. (v. il riferimento al concetto di *causa in concreto* e quello «a più regole» nelle

quali si articola il principio della causa). Una siffatta impostazione è anche passata in parte della manualistica. Così [24] TRIMARCHI, P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1986, 221 ss., ma v. ancora [25] TORRENTE, A. - SCHLESINGER, P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1981, 208 ss. (ove tuttavia, nelle ultimissime edizioni, vi sono echi di una visuale più articolata dei problemi della causa) e [26] TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1970, 171 e [27] SCOGNAMIGLIO, R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, Torino, 1972, 128 (ove si identifica la causa-funzione con la stessa nozione di negozio).

— Sul rapporto causa-tipo si fonda la riflessione di [28] RESCIGNO, P., *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1984. Sul principio causale quale strumento per un controllo giudiziario dell'atto di privata autonomia insiste [29] GALGANO, F., *Diritto privato*, Padova, 1987, 231 ss. — Nella letteratura che ha per oggetto specificamente i problemi della causa si segnalano nell'ordine: i numerosi contributi di [30] PUGLIATTI, S., ora pubblicati in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, 75 ss. e 105 ss. (a questo autore è dovuta la definizione della causa quale «sintesi degli effetti giuridici essenziali»); [31] GIORGIANNI, M., *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss. che si distingue per un accurato profilo storico-comparatistico; [32] FERRI, G.B., *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1965, spec. 63 ss. ove è contenuta un'analisi disaggregata dei problemi della causa e di quelli del tipo; [33] DE NOVA, G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, *passim* ove si rinuncia ad individuare nella causa l'unico elemento tipizzante; [34] BESSONE, M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 207 ss. che imposta il problema, alquanto trascurato dalla nostra dottrina, della selezione degli «interessi apprezzabili»; [35] CATAUDELLA, A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 303 ss. ove sono

contenute critiche al principio «di adeguatezza», tanto oggettiva che soggettiva.

— Ai problemi della causa sul terreno della «giusta causa» dell'attribuzione ha dedicato una riflessione originale [36] BARCELLONA, P., *Note critiche in tema di rapporti tra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 2 ss. (ove l'affermazione che i rimedi contro l'attribuzione sprovvista di giustificazione non sempre hanno origine dallo stesso meccanismo contrattuale). Una trattazione sistematica dei problemi connessi alle c.d. «prestazioni isolate» nel quadro della ripetizione di indebito è offerto da [37] MOSCATI, E., *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 2028-2042, Bologna-Roma, 1981, 180 ss.; sotto il codice abrogato [38] NICOLÒ, R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 184 ss.; v. anche [39] BRECCIA, U., *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1977, *passim*.

— Sui problemi dell'astrazione e dell'*expressio causae* v. [40] LENER, A., *Expressio causae e astrazione processuale*, in *Studi in onore di Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, 4 ss., in partic. 42 ss.

— Per la dottrina tedesca [41] KÜBLER, F., *Feststellung und Garantie*, Tübingen, 1967, *passim*. Per la connessione tra i problemi della causa e quelli riguardanti la giuridicità del vincolo v. [42] GAZZONI, F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo, e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss. Per la connessione con gli aspetti della programmazione economica v. [43] CATAUDELLA, A., *Il richiamo all'ordine pubblico e il controllo di meritevolezza come strumento per l'incidenza della programmazione economica sulla autonomia privata*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, I, Milano, 1971, 173 ss.

ADOLFO DI MAJO