

FERDINANDO MAZZARELLA

LA « RESILIENZA » DELLA CAUSA. BREVI CONSIDERAZIONI SULLE RAGIONI DI UNA CATEGORIA CONTROVERSA (*A PROPOSITO DI CAUSA CONTRACTUS. AUF DER SUCHE NACH DEN BEDINGUNGEN DER WIRKSAMKEIT DES VERTRAGLICHEN WILLENS, ED. BY G. ALBERS, F.P. PATTI AND D. PERROUIN-VERBE, TÜBINGEN, 2022*)

Estratto dal volume
QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA
DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
53 (2024)

Isbn 9788828866954

FERDINANDO MAZZARELLA

LA « RESILIENZA » DELLA CAUSA.
BREVI CONSIDERAZIONI SULLE RAGIONI
DI UNA CATEGORIA CONTROVERSA

(A proposito di *Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, ed. by G. Albers, F.P. Patti and D. Perrouin-Verbe, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022 ⁽¹⁾)

1. Nella geografia del diritto contrattuale, la nozione di causa occupa una regione centrale, è il punto focale nel quale si incontrano le teorie che aspirano a definire il fondamento del vincolo obbligatorio derivante dal contratto. Come un Aleph, la causa è il punto in cui si concentrano tutti i punti, il concetto nel quale si intersecano tutti i concetti che esprimono l'esigenza di valutare le libere espressioni dell'autonomia privata sulla base di parametri obiettivamente apprezzabili. Nelle diverse tradizioni nazionali, i discorsi sulla causa si intrecciano pertanto con le logiche della buona fede e dell'equità, con le istanze di equilibrio e proporzionalità, con i principi di giustizia, eguaglianza e solidarietà, con istituti e categorie, come l'errore, la presupposizione, l'arricchimento, la risoluzione e la nullità.

Ma è soprattutto nel modo in cui si combina con l'altro elemento del contratto, quello soggettivo della volontà, che la causa assume una specifica identità, cambiando significato e valore a seconda dei contesti, storici e culturali. Nell'equilibrio tra causa e consenso si definisce la cifra di una civiltà giuridica, perché dal reciproco rapporto tra questi due elementi, dal maggior rilievo dell'uno o dell'altro, dipende la concezione del contratto, che riflette a sua volta una precisa visione antropologica (individualistica, statualistica, comunitaristica) e una diversa concezione politica (liberale, totalitaria, democratica). La storia del negozio giuridico, come scriveva Calasso, ha ad oggetto « il processo di precipitazione dei due elementi, soggettivo e oggettivo (volontà e

⁽¹⁾ D'ora in avanti *Causa contractus*.

causa), nel *quid* in cui essi perdono la propria natura specifica e diventano l'atto o negozio previsto dall'ordinamento » (2).

Proprio per questa sua congenita poliedricità, la causa sfugge a una definizione unitaria, appare come una nebulosa, uno strumento indefinito di controllo, che minaccia, per la sua stessa vaghezza, di intaccare l'autonomia negoziale dei privati. E proprio per i suoi intrinseci collegamenti con altri istituti, la causa è stata ritenuta superflua da una serie di movimenti anti-causalisti, che ne hanno già nell'Ottocento reclamato la soppressione o avversato l'introduzione. « Purtroppo », scriveva nel 1947 Stolfi, nessuna disposizione chiarisce cosa sia la causa e in cosa si distingua dall'oggetto e dal motivo, tanto da insinuare nella dottrina la convinzione della « inutilità di questo enigmatico requisito, fino al punto da qualificarlo il quarto lato del triangolo » (3).

Annoverata tra gli elementi essenziali del contratto dall'art. 1108 del *Code civil*, la causa non ha trovato un suo specifico spazio (né come requisito né come definizione) nell'intelaiatura del BGB, formalmente inchiodato su una concezione volontaristica del negozio giuridico. I principi elaborati a livello comunitario, da quelli *Unidroit* del 1994 (PICC) al *Common European Sales Law* del 2011 (CESL), passando per i *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando (PECL), hanno indirizzato in senso liberale il diritto europeo dei contratti, risolvendo nell'accordo (e nelle fasi ad esso propedeutiche) l'essenza del vincolo contrattuale (4). Da ultimo, nel 2017, il requisito della causa è stato espunto dal Codice civile francese in forza dell'ordinanza di riforma n. 2016-131, che ha ridotto a tre i requisiti per la validità del contratto: il consenso, la capacità e un contenuto lecito e determinato (5).

2. Per quale motivo, allora, continuare a indagare e coltivare una nozione controversa come la causa (6)? Perché smarrirsi dentro l'enigma, ostinarsi a sostenere la rilevanza di un istituto che sembra

(2) F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 293.

(3) G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, p. 29. Il riferimento era in particolare a G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, Cammelli, 1877, n. 446, p. 514.

(4) R. SCHULZE, F. ZOLL, *European Contract Law*, Baden-Baden-München-Oxford, Nomos-Beck-Hart, 2021³, pp. 131-133. Cfr. già l'approccio problematizzante di E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in « Rivista di diritto commerciale », 101 (2003), I, pp. 979-1002.

(5) Art. 1128 del Codice civile francese vigente.

(6) Una delle teorie « più difficili », equivocate e incomprese dell'intero *Code civil*, annotava già B. WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, Buddeus, 1847, p. 270.

vivere una « crisi » perenne ⁽⁷⁾ e insistere nell'uso di una categoria che una dottrina autorevole considera ormai « affievolita », « svuotata » ⁽⁸⁾? Le ragioni sono illustrate da Gregor Albers nell'introduzione di un volume, intitolato *Causa contractus*, curato insieme a Francesco Paolo Patti e Dorothée Perrouin-Verbe, al termine di un triennio di conferenze trilaterali presso il Centro di ricerca di Villa Vigoni ⁽⁹⁾. Un volume enciclopedico, a testimonianza della complessità del tema, che declina la nozione di causa sia in prospettiva diacronica, dal diritto romano a un futuro indefinito, che in prospettiva sincronica, attraverso una stimolante comparazione tra i regimi (e le tradizioni) vigenti in Francia, Italia, Germania e Inghilterra ⁽¹⁰⁾. La causa — è l'idea che sta al fondo del volume — continua a dividere, a far discutere, a catturare l'attenzione dei giuristi per la sua « resilienza », che dimostra la sua interconnessione con le più rilevanti questioni del diritto dei contratti ⁽¹¹⁾. Forse non sono rubricate sotto la voce « causa », ma tutte le operazioni volte a valutare la validità di un contratto rispetto alle logiche dell'ordinamento implicano un riferimento diretto o indiretto al tema della causa.

Anche dove è stata nominalmente soppressa o idealmente respinta, la causa riaffiora sul piano filosofico in una moltitudine di teorie, che prediligono sul piano tecnico l'impiego di categorie e istituti diversi. Anche in Francia, dove il requisito della causa è stato « abbandonato », sembra chiaro trattarsi, come rileva Thomas Genicon, di un « abbandono formale », non di un « abbandono sostanziale », perché il legislatore non ha certo voluto (e forse nemmeno avrebbe potuto) rinunciare al ruolo sostanziale svolto dalla teoria della causa ⁽¹²⁾. Anche in Germania, dove l'ostracismo della dottrina l'ha relegata al di fuori dei confini codicistici, la nozione di causa è stata al centro di appassionate discussioni tra Otto e Novecento, ripresentandosi puntualmente sotto molteplici forme, presupposta o sottintesa quando si trattava di giustificare il diritto di non adempiere una prestazione, di averla indietro o di vederla modificata a

⁽⁷⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 547.

⁽⁸⁾ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 166-173. In senso critico F.D. BUSNELL, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in « Rivista di diritto civile », 2015, pp. 5-6.

⁽⁹⁾ G. ALBERS, *Why Cause of Contract again, and how?*, in *Causa contractus*, pp. 1-16.

⁽¹⁰⁾ Un esperimento simile era già stato felicemente compiuto in un noto congresso internazionale tenuto tra Palermo e Trapani dal 7 al 10 giugno del 1995: *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, Giappichelli, 1997.

⁽¹¹⁾ ALBERS, *Why Cause of Contract again*, cit., pp. 1-4.

⁽¹²⁾ T. GENICON, *L'avenir de la cause en droit français des contrats*, in *Causa contractus*, p. 717.

seguito del mutamento delle circostanze ⁽¹³⁾. La nozione di causa è stata ritenuta superflua o comunque non necessaria, ma la sua funzione riconosciuta implicitamente come indispensabile proprio da quelle teorie tedesche che tra sostituzione, accettazione e adattamento, hanno escogitato modi diversi o paralleli per raggiungere gli stessi risultati pratici ⁽¹⁴⁾: le teorie che inquadravano il tema nella disciplina dell'arricchimento, facendo leva sul principio restitutorio della *condictio causa data causa non secuta* e della *condictio ob turpem vel iniustam causam* ⁽¹⁵⁾; la teoria della presupposizione di Windscheid (« Voraussetzungslehre »), che salvaguardava chi avesse assunto un'obbligazione nel presupposto implicito che esistesse e permanesse una determinata situazione, suggerendo una lettura in chiave soggettivistica della clausola *rebus sic stantibus* ⁽¹⁶⁾; la teoria della base negoziale di Oertmann (« Geschäftsgrundlagenlehre »), che sviluppava in senso oggettivistico la teoria di Windscheid, traslando la logica della presupposizione verso il fondamento dell'intero negozio, ma conservando la prospettiva soggettivistica nel rilievo dato alla rappresentazione delle parti ⁽¹⁷⁾.

3. La teoria della causa ha trasversalmente risposto alle problematiche affrontate nell'articolata galassia delle teorie contrattuali, fornendo uno strumento concettuale unitario per vagliare la 'razionalità', diversamente intesa ed estesa a seconda del contesto, dell'atto di autonomia privata, nel condiviso presupposto che non fosse sufficiente il mero accordo, il solo consenso, il nudo patto, per costituire e mantenere un'obbligazione valida.

Già la tipicità del diritto romano, mediante l'inquadramento negli schemi previsti dall'ordinamento, implicava un 'controllo' sulle manifestazioni dell'autonomia privata. L'antico sistema contrattuale romano prevedeva che l'*obligatio ex contractu* potesse nascere soltanto dall'attuazione di una serie limitata di figure tipiche, raggruppate nelle quattro categorie gaiane dello *obligari re, verbis, litteris e consensu* (*Inst.* 3.89), identificando dunque la fonte dell'obbligazione non già nel « consensus dei contraenti, solo timidamente e limitatamente affermantesi nella categoria dei contratti consensuali », ma nel *negotium*, e segnatamente

⁽¹³⁾ Proprio al tema del mutamento delle circostanze è opportunamente dedicato il terzo dei quattro capitoli del volume *Causa contractus*, pp. 517-702.

⁽¹⁴⁾ G. ALBERS, *Die causa vom Code civil zum BGB. Zuwendungen tragen statt Verpflichtungen begründen*, in *Causa contractus*, pp. 263-321.

⁽¹⁵⁾ Ivi, pp. 273-275.

⁽¹⁶⁾ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Buddeus, 1850, specialmente pp. 1-11. Ma già prima, estesamente, Id., *Zur Lehre des Code Napoleon*, cit., pp. 270-322.

⁽¹⁷⁾ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, Deichert'sche-Scholl, 1921, pp. 25-38.

nella « obbiettività dei suoi requisiti formali o materiali »⁽¹⁸⁾. Perfino nei quattro contratti consensuali (« emptio venditio », « locatio conductio », « mandatum » e « societas »), non era tanto sul consenso che il diritto romano poneva l'accento, quanto sulla bilateralità del rapporto obbligatorio, sulla sinallagmaticità, che faceva sì, causalmente appunto, che l'assunzione di un'obbligazione di una parte fosse giustificata dall'obbligazione dell'altra.

È precisamente questo elemento, la sinallagmaticità, a connotare la funzione del contratto nel diritto romano, secondo un modo di pensare destinato a condizionare la cultura giuridica occidentale. L'esistenza di una causa è in grado di giustificare la nascita di un'obbligazione anche al di fuori delle figure contrattuali tipiche, ma la causa esiste solo quando il contratto è strutturato in modo da realizzare un sinallagma, uno scambio di prestazioni. Non è il consenso, ma l'adempimento della prestazione, nei contratti innominati, a giustificare la pretesa della controprestazione (*do ut des, do ut facias*). Il sinallagma — come ricostruisce brillantemente Tommaso dalla Massara — dall'etica aristotelica giunge attraverso Labeone fino ad Aristone, che ne affina il senso facendone il perno della teoria del contratto⁽¹⁹⁾. La causa, per il giurista di età traiana, consiste nella funzione del contratto, che può dirsi assoluta, nei contratti a titolo oneroso, quando lo spostamento patrimoniale avviene sulla base di una struttura sinallagmatica, a fronte cioè di uno scambio, di un reciproco vantaggio, in omaggio a un principio di giustizia commutativa. La causa si presenta dunque come la funzione, il sinallagma come la struttura⁽²⁰⁾.

Nemmeno nei contratti innominati, come argomentava già Astuti, è dunque possibile ravvisare nel consenso l'elemento centrale, perché

anzi la loro efficacia obbligatoria è riconosciuta precisamente in quanto si osserva che in queste fattispecie 'conventio non est nuda... sed habet in se negotium aliquod' (D.19.5.15). E proprio in antitesi a queste figure, la giurisprudenza enuncia il principio fondamentale per cui 'cum nulla subest

(18) G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in « Annali di Storia del Diritto », 1 (1957), pp. 13-41, ora in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, E.S.I., 1984, vol. II, p. 1034.

(19) T. DALLA MASSARA, *Die causa des Vertrages im Denken des Aristo: zu den Ursprüngen einer Idee*, in *Causa contractus*, pp. 37-66. Cfr. anche Id., *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, Cedam, 2004, pp. 293-326. La teoria di Aristone, che rispondeva a Celso, è riferita da Ulpiano, come risulta nel frammento D.50.16.19, del quale si riporta qui solo la prima parte: « sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem ».

(20) DALLA MASSARA, *Die causa des Vertrages im Denken des Aristo*, cit., p. 57.

causa, propter conventionem... constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit' (D.2.14.7.4) ⁽²¹⁾.

Il *pactum* o la *conventio* sono nudi non solo perché non rivestiti da una forma, ma anche e soprattutto perché non sorretti dal necessario fondamento obiettivo di una causa. Perfino nella *stipulatio*, la cui validità derivava dalla pronuncia di *certa verba*, il debitore avrebbe potuto ottenere dal pretore, dimostrando un difetto di causa, una *exceptio* per paralizzare la domanda di adempimento o una *condictio* per avere indietro la prestazione adempiuta *sine causa* ⁽²²⁾.

4. I Glossatori avrebbero formalmente ricalcato le linee dell'impianto giustiniano, tenendo fermo il principio *ex nudo pacto obligatio non oritur*, ma avrebbero anche dato un primo fondamentale impulso all'elaborazione di una categoria generale di contratto basata sulla causa ⁽²³⁾. La teoria dei *vestimenta pactorum*, con la quale Piacentino e Azzone cercavano di allentare le maglie della tipicità romanistica, cristallizzava infatti in termini generali la necessità di ancorare le manifestazioni di volontà all'ordinamento giuridico ⁽²⁴⁾.

Il grande merito dei Glossatori fu quello di fare del *contractus*, in quanto *pactum vestitum*, una *species* del più ampio *genus* del *pactum*. Quella dei *pacta vestita*, ha scritto Birocchi, era « una creazione di notevole rilievo, destinata a inserirsi come un cuneo nella disciplina

⁽²¹⁾ ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti*, cit., p. 1039. Si veda anche Id., *Contratto (dir. intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 759-784.

⁽²²⁾ G. ALBERS, *History of a Notion*, in *Causa contractus*, p. 21. Sul punto anche E. GIANNOZZI, *Le caractère contraignant des contrats en droit romain classique*, ivi, pp. 394-399.

⁽²³⁾ Il contributo di novità dato dalla giurisprudenza medievale alla disciplina dei contratti è sottolineato da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 242-253.

⁽²⁴⁾ Il tema è affrontato nella sua interezza da M. SCHERMAIER, *Die Rolle der causa bei der Überwindung des Typenzwangs durch die mittelalterlichen Juristen*, in *Causa contractus*, pp. 97-152. Sul concetto giuridico di *pactum* e sulla teoria dei *vestimenta* nel diritto comune cfr. estesamente R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001. Si vedano inoltre H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », 67 (1960), RA, pp. 270-303; J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 30-68; 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 « Revista de estudios histórico-jurídicos », 23 (2001), pp. 209-367; A. SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », 67 (1960), RA, pp. 182-269.

delineata nel *corpus iuris* perché faceva emergere il principio che l'accordo (*pactum*), cui si aggiungesse un particolare elemento (*vestmentum*) che lo giustificasse in seno all'ordinamento, era produttivo di effetti giuridici » (25). Ogni *conventio* avrebbe potuto generare un'obbligazione valida, purché sorretta da un elemento obiettivo, un 'vestmento' aggiuntivo riconosciuto dall'ordinamento, fosse « un *nomen* speciale, come nelle quattro categorie dei contratti nominati, o una prestazione (*res*) già compiuta, o la connessione con un contratto (*cohaerentia contractui*), o ancora la speciale previsione di una legge (*pacta legitima*) o la specifica tutela pretoria (*pacta pretoria*) » (26).

Sullo sfondo della teoria, i Glossatori sviluppavano una dottrina generale della causa, una dottrina di matrice etico-religiosa, retta dai principi dell'*aequitas*: al pari della *lex*, l'atto di autonomia privata si fondava su una causa, una *causa civilis*, che si presumeva conforme ai principi dell'etica civile e religiosa, ovvero, da una diversa prospettiva, alla *causa naturalis* (27). La causa si presentava come « la cerniera ove entravano in contatto il *licitum* e l'*honestum* », tendeva a convergere con la *ratio*, con l'*aequitas*, con i principi inespressi, etici e fattuali, che sottostavano all'ordine positivo della comunità civile (28). « Causa, nella sua maggiore latitudine concettuale è, pei Glossatori, la rilevanza giuridica dei fatti umani, e precisamente quell'elemento che consente a questi fatti di produrre le conseguenze che l'ordinamento giuridico prevede » (29).

5. Schiacciato dall'*auctoritas* del diritto romano, il principio consensualistico iniziava invece la sua ascesa in ordinamenti diversi, come il *ius canonicum* e il *ius mercatorum*, che attribuivano alla parola data un'efficacia vincolante, in virtù di un 'sacro' principio di affidabilità (e di *simplicitas*), radicato tanto nell'*aequitas canonica* (e per vero anche *civile*) quanto nella *fides mercatorum*. Una tendenza che emergeva dalla prassi, registrata anche dai Commentatori, che si spingevano infatti oltre gli approdi della Glossa. Da un lato, come conferma Martin Schermaier, distinguendo, grazie alla rilettura tomistica di Aristotele, la *causa impulsiva* dalla *causa finalis* e definendo quest'ultima come scopo obiettivo dell'atto, come aspettativa di ciascuna parte di ricevere

(25) I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cucc, 1988, p. 107.

(26) *Ibidem*.

(27) E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 183-296; Id., *Causa (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 540-542.

(28) CORTESE, *La norma giuridica*, cit., p. 188. Sulla dimensione fattuale dell'*aequitas* medievale GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 175-182.

(29) CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 216.

l'adempimento dell'altra ⁽³⁰⁾. Dall'altro lato mostrando un inedito interesse per l'elemento soggettivo, valorizzando il ruolo del consenso, di per sé ritenuto non sufficiente, ma considerato un elemento essenziale del contratto (« ubi deest consensus, ibi non est stipulatio, nam ut sic dixerim Medulla cuiuslibet contractus stat in consensu ») ⁽³¹⁾.

Il punto di svolta, come ricorda Klaus Kowalski, giungeva però con la filosofia giusnaturalistica dell'età moderna, nel clima di storicizzazione del diritto romano, e di contestuale apertura verso i diritti nazionali, favorito dall'Umanesimo giuridico ⁽³²⁾. Dopo le fondamenta romane e medievali, il tornante dei secoli XVI e XVII scolpiva le linee del modello individualistico di contratto e in ultima analisi del « modello di contratto del diritto privato europeo » ⁽³³⁾. La dottrina dei *pacta* costituiva un terreno ideale sul quale sperimentare l'atteggiamento di ricostruzione critica del diritto romano, secondo quella tecnica che consisteva nell'evidenziare la distanza tra il diritto comune e il diritto vigente ⁽³⁴⁾.

Riletto dalla moderna dottrina del diritto naturale, il principio in base al quale il nudo patto generava una *naturalis obligatio* spingeva a riconoscere forza obbligatoria a qualunque promessa, indipendentemente dal tipo e dalla forma, in perfetta sintonia con i *mores* e le normative locali delle nuove realtà nazionali. Da Lessius a Molina, da Soto a Covarrubias, da Grozio a Pufendorf, gli esponenti della Seconda Scolastica spagnola e dell'*Usus modernus Pandectarum* superavano la distinzione tra patto e contratto e quella tra patto nudo e patto vestito, approdando a una categoria generale di contratto, imperniata sull'elemento volontaristico. La riflessione della dottrina si spostava sull'elemento soggettivo del negozio giuridico, sulla volontà e sui suoi requisiti, sulla disciplina dei vizi della volontà (*metus, error, dolus, fraud*) ⁽³⁵⁾.

⁽³⁰⁾ M. SCHERMAIER, *Die Rolle der causa*, cit., pp. 119-120. Sul punto GORDLEY, *The Philosophical Origins*, cit., pp. 49-68.

⁽³¹⁾ BALDUS DE UBALDIS, *Comm. D.2.14.7.4, de pactis l. iuris gentium* (ed. Venetiis, Iuntas, 1572, f. 139).

⁽³²⁾ K. KOWALSKI, *Die causa des Vertrages im Naturrecht der frühen Neuzeit*, in *Causa contractus*, pp. 153-200.

⁽³³⁾ B. SCHMIDLIN, *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2011, pp. 66-72. Si vedano I. BIROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, in *Causa e contratto*, cit., pp. 189-215, e GORDLEY, *The Philosophical Origins*, cit., pp. 1-9 e 70-133.

⁽³⁴⁾ Esaustivamente I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁽³⁵⁾ Ampiamente W. DECOCK, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2013, pp. 216-327.

Ma il nuovo approccio non escludeva la rilevanza della causa, che assumeva anzi un ruolo cruciale nella valutazione del contratto. Per essere vincolante, la volontà avrebbe infatti dovuto presentare, secondo i precetti della morale tomistico-aristotelica, virtù imprescindibili (*veritas, fides*). Una volontà esente da vizi, libera e piena, presupponeva un processo deliberativo sorretto da una causa, implicava la mancanza di errori sulla *substantia* del contratto, una consapevole considerazione da parte del promittente dello scopo per il quale assumeva l'obbligazione ⁽³⁶⁾. L'esistenza della causa, intesa come scopo soggettivo del promittente, dimostrava l'integrità della volontà, che veniva difatti presunta quando la causa fosse stata espressamente menzionata nel contratto (*expressio causae*). Da giustificazione esterna, la causa diventava un indizio della virtuosità del consenso ⁽³⁷⁾. Non solo. Anche la causa, aggiungeva Grozio, avrebbe dovuto essere virtuosa, giusta, non illecita (*causa vitiosa*) ⁽³⁸⁾. E il contratto, specificava ulteriormente Pufendorf, assicurare obiettivamente un'utilità, un vantaggio al creditore e una sostenibilità al debitore, in un senso che sembrava vagamente avvicinare il concetto di causa a quello di funzione sociale ⁽³⁹⁾.

6. L'ingresso della causa nel *Code civil* avveniva dunque nel solco tracciato dalla Seconda Scolastica. Attraverso la mediazione di Domat e Pothier, la dottrina consegnava al legislatore napoleonico un modello astratto di contratto, basato sul principio generale della vincolatività del consenso, ma articolato nei due poli della volontà e della causa, dell'autonomia e della morale. La causa identificava la ragione oggettiva che giustifica la tutela dell'ordinamento, ma al tempo stesso la giustificazione soggettiva dell'obbligo di adempiere la prestazione, che nei contratti a titolo oneroso derivava dall'aspettativa della controprestazione e nelle donazioni dallo spirito di liberalità ⁽⁴⁰⁾.

Il testuale collegamento, negli articoli 1108 e 1131 del Codice, tra la causa e l'obbligazione (anziché il contratto), avrebbe ovviamente fa-

⁽³⁶⁾ Sulla stretta correlazione tra il ruolo centrale del consenso e la nozione (civile e canonica) di causa ivi, pp. 149-153.

⁽³⁷⁾ KOWALSKI, *Die causa des Vertrages im Naturrecht*, cit., pp. 156 e 174-182.

⁽³⁸⁾ H. GROTIUS, *De Jure belli ac pacis*, Marburgi Cattorum, Müllerum, 1734, lib. II, cap. XI, § IX, pp. 296-297. Cfr. KOWALSKI, *Die causa des Vertrages im Naturrecht*, cit., pp. 188-191.

⁽³⁹⁾ S. PUFENDORF, *De Jure naturae et gentium*, Francofurti ad Moenum, Knochi, 1706, lib. III, cap. V, § IX, pp. 365-366. L'espresso parallelismo tra « causa » e « soziale Funktion » in Pufendorf è suggerito in particolare da K. LUIG, *Causa und Innominatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts*, in *Causa e contratto*, cit., pp. 228-231.

⁽⁴⁰⁾ R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1761, in *Œuvres de Pothier*, vol. I, Paris, Béchét Ainé, 1824, n. 42, p. 24.

vorito, conformemente allo spirito individualistico del liberalismo, una lettura di stampo soggettivistico ⁽⁴¹⁾. « La cause de l'obligation » sarebbe stata intesa dalla dottrina, impegnata nel ricamo esegetico del dato positivo, come lo scopo in vista del quale si obbligava il promittente, vale a dire « la chose que l'autre lui a donnée, ou lui donne, ou l'obligation de celle-ci de la lui donner, ou ce qu'elle a fait ou doit faire pour elle » ⁽⁴²⁾.

Solo alla fine del secolo, di fronte a una realtà sociale che metteva a nudo l'anacronismo dell'approccio individualistico, iniziava a prendere forma, specialmente nella dottrina italiana, un processo di oggettivizzazione della causa e di riscrittura del contratto in senso sociale ⁽⁴³⁾. Con Scialoja, Bonfante e Bensa, la romanistica ristrutturava il ponte tra volontà e ordinamento, elemento psicologico e ordine sociale, considerando la causa (il problema « più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto ») non più come « movente ultimo per cui la parte agisce » (la controprestazione), ma come ragion d'essere dell'intera operazione negoziale, non disarticolata, né valutata dal punto di vista dell'utilità individuale, ma intesa in senso oggettivo, come « negozio », funzione tipica riconosciuta dalla legge ⁽⁴⁴⁾.

Per la civilistica neoterica, era ormai chiaro come il contratto svolgesse « una funzione sociale »: « quanto al suo costituirsi », esso era infatti « l'espressione della volontà individuale, perché libere le parti di formarlo o no », ma « quanto alla sua efficacia obbligatoria », esso era invece « l'espressione della necessità sociale », perché « dal momento in cui le volontà subbiettive dei contraenti si fondono in una che è la volontà obbiettiva risultante dal loro concorso, esse non sono che parte integrante di un organismo, quello del contratto », i cui effetti e i cui limiti sono stabiliti dalla legge ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ A.M. GAROFALO, *Itinerari della causa dal Code civil del 1804 al Codice civile del 1942*, in *Causa contractus*, pp. 205-227.

⁽⁴²⁾ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, vol. X, Paris, Thorel-Guilbert, 1844⁴, n. 326, p. 315.

⁽⁴³⁾ Cfr. G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Roma, Tre-Press, 2017, pp. 151-168, e F. MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Dalla Scuola sociale alla socializzazione del diritto privato*, in *Bürgerliches Recht im nachbürgerlichen Zeitalter — 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien*, herausgegeben von D. Deroussin, M. Löhnig, F. Mazzarella, S. Wagner, Band I, *Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht? Der französisch-italienische Obligationenrechts-Entwurf von 1927*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2022, specialmente pp. 156-161.

⁽⁴⁴⁾ P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in « Rivista di diritto commerciale », 6 (1908), I, pp. 115 e 122-125.

⁽⁴⁵⁾ E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria* (1884), ora in Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Unione Tipografico-

L'oggettivizzazione della causa avrebbe ovviamente raggiunto il suo culmine con Emilio Betti, che fin dagli anni Venti, in una personale cornice anti-liberale, avrebbe chiarito la sua concezione del negozio come originaria (pregiuridica) espressione della coscienza sociale e della causa come « scopo pratico » del negozio, riconosciuto dal diritto solo se lecito e socialmente utile ⁽⁴⁶⁾. Non ogni atto dell'autonomia privata avrebbe ricevuto tutela giuridica, ma solo l'accordo sociale diretto a uno scopo degno di tutela: il negozio avente « un compito la cui rilevanza sociale, solo in quanto viene riconosciuta dall'ordine giuridico, è adatta a giustificare la tutela giuridica dell'autonomia privata, a costituire perciò la base (causa) della tutela giuridica » ⁽⁴⁷⁾. La causa diventava « la funzione economico-sociale che il diritto riconosce degna di sanzione e che sola giustifica la tutela giuridica dell'autonomia privata » ⁽⁴⁸⁾. Una concezione « oggettiva », che assegnava inoltre alla causa una valenza non più solo negativa (liceità), ma anche « positiva » ⁽⁴⁹⁾ (utilità, idoneità, meritevolezza), secondo uno schema che si presta, come ha scritto Brutti ⁽⁵⁰⁾, a derive eteronome e dirigiste, ma che può anche interpretarsi, a giudizio di Barcellona, come « una formula neutra », e funzionare in un contesto liberale o democratico, tutto dipendendo « dall'ordine al quale viene riferita » ⁽⁵¹⁾.

7. Ripercorrere in queste poche pagine i tempi e i modi della causa aveva come unico scopo quello di compattarne le manifestazioni, in modo da rintracciare un filo unitario che ne mettesse in evidenza la *ratio*. Non il suo significato, il suo valore, la sua nozione. Ma la sua

Editrice, 1900², p. 63. Assai significativo, in quel torno di anni, il contributo di G. VENEZIAN, *La causa dei contratti* (1889), in forma definitiva 1892, poi in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 345-411.

⁽⁴⁶⁾ E. BETTI, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, vol. I, *Parte generale (escluso il processo)*, Padova, Cedam, 1928, p. 284.

⁽⁴⁷⁾ E. BETTI, *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts* (1944), trad. it. *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno* (1966), ora in Id., *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 351.

⁽⁴⁸⁾ E. BETTI, *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in « Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere », 74 (1940-41), p. 326.

⁽⁴⁹⁾ (49) Ivi, p. 327.

⁽⁵⁰⁾ M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 117-124. Sul punto M. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in *La funzione sociale nel diritto privato*, cit., p. 13.

⁽⁵¹⁾ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, Cedam, 2015, p. 54.

funzione: la causa della causa. L'indagine storico-comparatistica restituisce una categoria concettuale che si presenta come il crocevia di uno sterminato numero di dottrine e interpretazioni, che sembrano tuttavia convergere sulla loro 'causa' (efficiente e finale): giustificare lo spostamento patrimoniale da un soggetto a un altro sulla base di parametri (etici, sociali, economici, culturali, religiosi, formali, fattuali) riconosciuti dall'ordine giuridico.

Se questo è vero, il futuro della causa — al quale nel volume curato da Albers, Patti e Perrouin-Verbe è opportunamente dedicato l'intero ultimo capitolo ⁽⁵²⁾ — sembra ricco più di certezze che di incertezze. Il requisito della causa può essere espunto, soppresso o respinto sul piano legislativo, ma non può essere negata, com'è stato acutamente osservato, la necessità che la circolazione della ricchezza avvenga secondo pratiche condivise, a loro volta fondate, in base ai contesti storici e culturali, su visioni individualistiche o solidaristiche, laiche o religiose, utilitaristiche o solidaristiche ⁽⁵³⁾. Che venga connotata in senso soggettivo o oggettivo, positivo o negativo, sociale o individuale, tipico o atipico, astratto o concreto ⁽⁵⁴⁾, la causa funge da punto d'intersezione tra soggetto e ordinamento, volontà e necessità, autonomia privata e legislazione statale. E serve come strumento per accertare l'esistenza e la permanenza, accanto alla volontà, di un fondamento che giustifichi il riconoscimento giuridico dell'atto privato; per verificare che l'atto di autonomia privata rispetti le regole di convivenza civile e superi il vaglio di razionalità e ragionevolezza che ciascun ordinamento declina in base a considerazioni sociali, etiche ed economiche.

⁽⁵²⁾ In sintesi G. ALBERS, F.P. PATTI, D. PERROUIN-VERBE, *The Future of causa*, in *Causa contractus*, pp. 705-713.

⁽⁵³⁾ F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa nel contratto*, in «Teoria e Critica della Ragione Sociale», 2015, in particolare pp. 91-100. La morte della causa sarebbe dunque più apparente che reale: U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 241-266.

⁽⁵⁴⁾ «Causa concreta», com'è noto, è il più recente punto di approdo della civilistica italiana, che ha fatto propria, anticipando la giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490), la nozione di «funzione economico-individuale» propugnata fin dagli anni Sessanta da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966. Cfr. F. BARTOLINI, *La causa del contratto dal Codice civile del 1942 ai giorni nostri*, in *Causa contractus*, in particolare pp. 253-260.