



Università  
Ca' Foscari  
Venezia

**Dottorato di ricerca  
in Diritto Europeo dei Contratti civili, commerciali e del lavoro  
Scuola dottorale Interateneo in Scienze giuridiche "Ca' Foscari"  
Ciclo 24°  
(A.A. 2010 - 2011)**

***Causa, consideration e Diritto Europeo dei Contratti***

**SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/01  
Tesi di dottorato di Marco Quagliari, matricola 955592**

**Coordinatore del Dottorato**

**Prof. Luigi Benvenuti**

**Tutore del dottorando**

**Prof. Gianluca Sicchiero**

## I. La causa ‘in concreto’.

1. Premesse.	p. 3
2. Dalla causa delle obbligazioni alla causa del negozio giuridico.	5
3. La causa come funzione (economico – sociale) dell’autonomia privata.	14
4. La causa come funzione economico – individuale.	32
5. La causa concreta come parametro operativo di giudizio.	40
6. Mancanza di causa e meritevolezza dell’interesse ex art. 1322 c.c. cpv. .	43
7. Collegamento negoziale.	58
8. L’ (apparente) difetto dello scambio.	63
9. Interesse individuale e causa del contratto.	73
10. Il contratto <i>contra legem</i> .	75
11. Interpretazione e qualificazione del contratto.	78
12. Causa in concreto e presupposizione.	83

## II. Funzione economico individuale e diritto europeo dei contratti.

### COMMON LAW INGLESE.

1. Cenni sulla nascita della <i>common law</i> , il sistema dei <i>writs</i> .	91
2. Lo sviluppo dell’istituto dell’ <i>action of assumpsit</i> .	95
3. Cenni sul concetto di libertà contrattuale nel diritto inglese vigente.	100
4. Cenni sul concetto di <i>contract</i> nel diritto inglese. Definizioni e rapporto con l’ <i>agreement</i> .	105
5. La genesi della <i>doctrine of consideration</i> nell’ambito dell’ <i>assumpsit</i> e ulteriori riflessi sulla definizione di <i>contract</i> quale <i>agreement</i> ; cenni sui rapporti con l’ <i>act under seal</i> .	107
6. I requisiti del <i>contract</i> : la <i>consideration</i> (in generale).	118
7. (segue) divieto di <i>past consideration</i> e <i>performance of an existing duty</i> ; modifiche contrattuali.	119
8. (segue) il <i>promissory estoppel</i> .	127
9. (segue) le regole <i>consideration need not move to the promisor</i> e <i>promisee must provide consideration</i> .	132
10. (segue) <i>collateral contracts</i> .	137
11. (segue) <i>Adequacy of consideration</i> .	140
12. (segue) il <i>bailment</i> ed ipotesi residuali di contratti con obbligazioni del solo proponente.	143
13. Il contratto <i>contra legem</i> .	147
14. Interpretazione ed integrazione del contratto.	155
15. Mutamento delle condizioni.	159
16. Causa e <i>consideration</i> .	164

### DIRITTO COMUNE EUROPEO.

1. Osservazioni generali.	166
2. Requisiti del contratto.	168
3. (segue) Squilibrio contrattuale.	173
4. Il contratto <i>contra legem</i> .	181
5. Interpretazione ed integrazione del contratto.	184
6. Mutamento delle condizioni.	191

III. Osservazioni conclusive.	197
-------------------------------	-----

## I. La causa 'in concreto'.

### *Premesse.*

Per chiarire l'OGGETTO di questo studio, è necessario partire da una delle conclusioni a cui si giungerà nel presente capitolo.

Di recente, uno dei più grandi civilisti italiani del dopoguerra, G.B. Ferri, è tornato a più riprese sul tema della causa del contratto. Egli ha ribadito e raffinato ciò che aveva brillantemente argomentato circa cinquant'anni fa, ovvero che *“la causa come elemento strutturale della regola privata che il negozio contiene, appare dunque, se la si considera in una dimensione funzionale, l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio, attraverso quella regola intendono perseguire”*<sup>1</sup>.

Invero, qualsiasi accordo costitutivo, modificativo o estintivo di situazioni giuridiche soggettive può essere analizzato sul piano funzionale.

Geometricamente parlando, questa analisi è possibile per definizione.

L'esito dell'esame potrà essere positivo, ma non gradito all'ordinamento: le parti potrebbero infatti aver utilizzato l'autoregolamento con lo scopo soddisfare finalità che vengono considerate immeritevoli di sanzione giuridica.

Il *test* viceversa potrà essere negativo: si potrà cioè verificare che, in una determinata fattispecie concreta, non vi sia alcuna estrinsecazione oggettiva di quelle finalità, o interessi, che gli attori negoziali – ponendo in essere il negozio – *dovrebbero*<sup>2</sup> aver tentato di soddisfare.

Infine, è ben possibile che un ordinamento giuridico non richieda l'effettuazione di alcuna valutazione di questo genere.

In quest'ultima eventualità, resta il fatto che l'interprete sarà sempre in grado di analizzare sul piano funzionale il regolamento concreto.

---

<sup>1</sup> FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, Eur. dir. priv., 2011, p. 33.

<sup>2</sup> Nel senso che quelle finalità o interessi potrebbero non esserci o non trasparire dal regolamento.

In questo senso, una volta dato il nome “causa” a quell’*espressione oggettivata delle finalità soggettive*<sup>3</sup>, ogni incontro di volontà costitutivo, modificativo o estintivo di situazioni giuridiche, come in un’equazione, potrà essere risolto per la sua “causa”.

La *causa* diviene (ed è) una *categoria conoscitiva*, prima che giuridica.

A questo punto, diventa possibile anche mettere in relazione tale categoria con gli ordinamenti stranieri, utilizzando lo strumento comparatistico.

E’ immaginabile non solo (e, ovviamente, non tanto) chiedersi se un patto concluso all’estero sia o meno sorretto da causa, ma anche (e soprattutto) domandarsi quanto alcuni istituti di diritto straniero abbiano in comune con la “causa” (intesa quale istituto giuridico di diritto italiano), o quanto, comunque, dipendano, nel loro operare, dall’esistenza di “causa” (intesa come categoria concettuale, prima che giuridica).

Diventa altresì possibile, sul piano del diritto interno, cercare la “causa” come concetto, anche al di là della “causa” come istituto giuridico.

Ciò premesso e chiarito, in questo lavoro si darà dapprima conto come, in Italia, dottrina e giurisprudenza hanno portato all’elaborazione della definizione di causa che si è sopra riportata. In particolare, si tratterà dell’evoluzione dogmatica che ha portato alla germinazione della c.d. “causa in concreto”, unica declinazione dell’istituto per cui è possibile spendere l’identità definitoria cui si accennava.

Successivamente, si procederà a verificare empiricamente se, in ordinamenti che tradizionalmente sono considerati sprovvisti di istituti giuridici affini alla causa, in realtà questa categoria (concettuale) viva fecondamente, indirizzando e regolando il volere privato.

Queste operazioni argomentative potrebbero apparire sterili.

In realtà, questo studio ha un preciso SCOPO mediato.

L’obiettivo è quello di mettere in luce i momenti di criticità a cui si giunge qualora si abbandoni completamente un approccio interpretativo che valorizzi il momento funzionale dell’agire privato.

Rinunciare *tout court* all’approccio causale può portare a dare sanzione a patti economicamente inefficienti. Parimenti, può comportare il riconoscimento di patti

---

<sup>3</sup> Non importa che l’operazione, sul piano dell’elaborazione dottrinale, si sia svolta in ordine inverso.

mediante i quali vengono violati diritti fondamentali, in cui l'abuso non emerga dall'oggetto delle singole prestazioni, ma dalla sintesi effettuale del contenuto. Ancora, può risolversi nel mancato riconoscimento di pattuizioni informali, dove il sistema giuridico di riferimento compori arbitraggi funzione, da una parte, e valutazione della libertà del dovere o sottoposizione ad oneri formali, dall'altra.

L'indagine sarà svolta adottando precise scelte di METODO.

Anzitutto, sarà empirica e limitata nello spazio.

Non esiste un criterio logico per distinguere quale possa essere l'ordinamento straniero più interessante da esaminare in questa sede: sarebbe una petizione di principio.

E' stato scelto quello inglese perché, per evoluzione, rappresenta un esempio di distacco dalle tradizioni giuridiche europee centro – meridionali. In questo contesto, si pone ancora quale principale interlocutore dialettico in vista della sintesi di un diritto europeo dei contratti.

Sono state scelte, poi, per conseguenza, le più importanti esperienze codificatorie di diritto comune europeo, poiché, allo stato, permettono di valutare quali potrebbero essere in astratto i risultati di approcci positivi che tengano più o meno da conto l'analisi della funzione concreta del negozio.

### ***Dalla causa delle obbligazioni alla causa del negozio giuridico.***

In Italia, lo studio sistematico dell'istituto della causa in senso moderno, cioè con riferimento al contratto, inizia a metà del XIX secolo, in vista dell'approvazione del codice civile del 1865<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Procedere ad una sintesi delle teorie sviluppatesi attraverso i secoli attorno al problema della 'causa', quand'anche nella prospettiva di delineare l'attuale significato della locuzione 'causa concreta', in sintesi, implica anzitutto soffermarsi su due categorie del diritto privato che ne costituiscono il terreno di sviluppo, ovvero l'autonomia privata e il negozio giuridico. Così FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965, p. 3 "Autonomia privata, causa, tipo negoziale, seppure concettualmente individuino entità distinte, inevitabilmente si intrecciano e, vicendevolmente, si condizionano, in quanto tutte incidono in una medesima prospettiva: quella del rapporto tra l'attività del privato e l'ordinamento giuridico". Nello stesso lavoro, a p. 71 e ss.: "La causa sta appunto ad esprimere la convergenza tra le due prospettive, quella individuale, propria dell'atto, e quella generale, propria dell'ordinamento, e si pone come momento

L'esigenza di subordinare la vincolatività di un impegno alla sussistenza di una 'causa', invero, si trovava già in epoca medievale, ma la prima sistematizzazione organica dell'istituto si ha solo nel dibattito dottrinale che portò al codice civile di Napoleone Bonaparte, testo dal quale è ricavato quasi pedissequamente il primo codice italiano post-unitario.

Come è noto, la redazione del codice civile napoleonico prende a sua volta le mosse dall'esperienza giusnaturalista francese, in particolare dalle ricostruzioni dottrinali del Domat, in *parte qua* come poi confluite nel pensiero del Pothier e accolte nel codice francese.

I *patres* del codice napoleonico meditavano tuttavia una concezione di causa affatto diversa da quella poi sviluppata dalla dottrina italiana: non rilevava l'aspetto causale dell'intero programma contrattuale, bensì v'era attenzione sul momento della corrispettività delle obbligazioni. L'impegno era causalmente orientato se al vantaggio dell'uno si accoppiava l'impegno dell'altro e se gli impegni a loro volta fossero dotati di reciprocità. Per questo si suole dire che più che di causa del contratto, trattavasi di causa dell'obbligazione<sup>5</sup>.

Lungi dall'essere immatura, la riflessione dei due maestri era anzi rivoluzionaria perché prodottasi nel contesto della frammentazione dei regimi giuridici applicabili durante l'*ancient regime*, e quindi perché, più nello specifico, profondamente (e fatalmente) vicina alle esigenze del *bourgeois*, proponendosi di inquadrare lo scambio in una prospettiva rigidamente utilitaristica: il requisito entrò a fare parte del contenuto essenziale del fenomeno obbligatorio.

Il contratto era lo strumento attraverso il quale si potevano esplicitare gli ideali di libertà e eguaglianza (formale) poi fatti propri dal moto rivoluzionario<sup>6</sup>.

---

determinante perché la regola del privato possa con un suo atto di volontà conseguire efficacia giuridica, quella stessa efficacia cioè che è propria delle norme dell'ordinamento”.

Si è scelto, in via programmatica, di non separare le premesse in ordine all'autonomia privata e in ordine al negozio giuridico dalle riflessioni sulla causa del contratto: ciò sia poiché questo studio riguarda, appunto, la causa del contratto in sé, sia poiché il mutamento dell'approccio alla categoria dell'autonomia privata e all'istituto del negozio giuridico, vanno sistematicamente di pari passo con le maturazioni della dottrina attorno al concetto di causa del contratto.

<sup>5</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 77 ss. . Così l'A. “[...] il contratto [è] tutto costruito intorno a due movimenti contrapposti per cui l'un contraente tende ad obbligarsi in vista dell'obbligazione dell'altro, cioè in vista della utilità che il fatto che l'altra parte si obblighi produce ad una parte”.

<sup>6</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 25: “L'idea del contratto quale libera manifestazione di volontà fu congeniale alla profonda trasformazione culturale ed economica attivata

Non è un caso che la prima riflessione in ordine al concetto di autonomia privata si deve parimenti al pensiero giusnaturalista.

La teoria della causa enunciata negli scritti di Domat e Pothier è nata nel contesto di questa definizione di autonomia privata. La signoria e la libertà dell'intelletto non avrebbero potuto che produrre una concezione egalitaria e formale della 'causa' dell'impegno.

Venendo al dato normativo, l'art. 1108 del *code* recita: "*Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: [...] Une cause licite dans l'obligation*".

A mente di quanto già precisato, risulterà chiaro perché, pur essendo la causa annoverata tra gli elementi essenziali del contratto (*convention*), tale requisito è descritto con una locuzione che fa diretto riferimento all'obbligazione.

Ancora più esplicito nel collegare l'istituto al campo dell'obbligazione (e, beninteso, argomentando, del trasferimento reale) è il successivo art. 1131: "*L'obligation sans cause, ou sur una fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet*".

Causa del singolo impegno, quindi, ovvero corrispondenza di obblighi: non, in assoluto, una caratteristica che trascenda i singoli obblighi.

Gli studiosi Francesi, nel corso della prima metà del XIX secolo, studiando le disposizioni citate, non si discostavano in maniera rilevante dall'impostazione dottrinale classica, già all'origine delle disposizioni del *code*.

Su questi presupposti di ordine metodologico non poteva essere possibile costruire una dicotomia tra causa in concreto e causa in astratto, secondo le categorie a noi proprie. Se la causa è circoscritta alla singola obbligazione, tanto più se questa trova soddisfazione nell'obbligazione avversa, non c'è esigenza di astrazione ulteriore rispetto allo scambio che nel contratto si profila.

Il codice civile italiano del 1865, si è detto, derivò direttamente dal *code napoleon*.

---

dall'avvento dell'industria e del capitalismo moderno tra la fine del '700 e l'800, che doveva portare all'affermazione della nuova società liberale e borghese. Libertà del contratto significava essenzialmente libertà del mercato del lavoro e libertà degli scambi, e queste libertà costituivano il necessario presupposto della rivoluzione industriale".

All'art. 1104, così recita: “*I requisiti essenziali per la validità di un contratto sono: [...] Una causa lecita per obbligarsi*”. Il testo è identico a quello del codice napoleonico, si tratta della traduzione dell'art. 1108<sup>7</sup>.

Altrettanto fedele alle disposizioni del codice di Napoleone è l'art. 1119 c.c. : “*L'obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa o illecita, non può avere alcun effetto*”.

Nonostante gli adentellati terminologici evidenziati, l'interpretazione che i giuristi italiani da un lato, e quelli francesi dall'altro, dettero alle disposizioni richiamate è radicalmente diversa.

La dottrina italiana interpretò il dettato nel senso che il requisito causale dovesse essere riferito all'intero programma contrattuale. Anzi, sarebbe meglio dire, negoziale: è proprio l'accoglimento dell'istituto del negozio giuridico, infatti, che porterà alla netta cesura fra interpreti italiani e francesi.

Nel tempo trascorso tra l'entrata in vigore nel 1806 della traduzione italiana del codice napoleonico nei territori occupati e l'entrata in vigore del primo codice civile post-unitario, è noto che la dottrina in lingua tedesca, in particolare col Savigny (nell'ambito della Pandettistica e più in generale della giurisprudenza dei concetti)<sup>8</sup>, elaborò la teoria del negozio giuridico<sup>9</sup>. Si affermò una categoria generale che era in

---

<sup>7</sup> Due precisazioni. La prima è che il termine “dans” nella lingua francese ha altri significati oltre che “per”: la traduzione principale di tale lemma è “in”. Lungi da dare un significato eccessivo ad un dettaglio, mi sembra comunque che l'aspetto finalistico sia notevolmente ridimensionato omettendo il “per”. La seconda precisazione, richiamata da OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, Riv. trim. dir. civ., 1949, p. 346, è che nel corso della gestazione del codice civile del 1865, nel progetto presentato al parlamento dal Ministro di Grazia e Giustizia Cassinis (il 19 giugno 1860), l'alinea dell'articolo sui requisiti essenziali del contratto così suonava: “[...] Una causa lecita per contrattare”.

<sup>8</sup> Invero, la locuzione *negotium iuridicum* compare per la prima volta in un lavoro del Nettelblatt, giurista illuminista, in un'opera del 1749. MIRABELLI, voce *Negozio Giuridico*, *Enc. dir.*, 1978, p. 1 avverte che non si trattava comunque di una definizione matura, dal punto di vista tecnico – sistematico. Parimenti, a mente della definizione corrente di negozio giuridico, è possibile indagare, in retrospettiva, gli ordinamenti precedenti all'introduzione del concetto da parte della Pandettistica: l'operazione, qui, invero, non necessaria, è stata condotta da autorevole dottrina: SCHIAVONE, voce *Negozio Giuridico (dir. rom.)*, *Enc. dir.*, 1977, p. 906 ss., BELLOMO, voce *Negozio Giuridico (dir. interm.)*, *Enc. dir.*, 1977, p. 922 ss. .

<sup>9</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 88 ss., GALGANO, voce *Negozio Giuridico (dottrine gen.)*, *Enc. dir.*, 1977, p. 936 – 937 attribuisce le ragioni mediate di questa tensione concettualizzante nella dottrina tedesca dell'epoca a due fattori: sopperire alla mancanza di un codice unitario, fare propri gli ideali di uguaglianza formale del giusnaturalismo, benché da un punto di vista dialettico, rivivendoli cioè secondo i principi della Scuola storica. Da un punto di vista immediato, invece: “a) la funzione originaria, che si compie nella prima metà dell'Ottocento, è di agevolare la separazione del contratto dalla proprietà, costruendo un diverso e autonomo ambito concettuale entro il quale collocarlo; b) la funzione successiva, che si svolge a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, è di frenare il processo di attrazione del contratto nell'orbita dell'impresa”.

grado di descrivere, legittimare, disciplinare e, in sintesi, qualificare, le dichiarazioni di volontà private miranti a produrre effetti giuridici.

L'istituto della causa, in questo contesto, seguì l'avvenuto spostamento di attenzione della dottrina dall'obbligazione al negozio, dal particolare, al generale.

Il momento causale dell'autonomia privata, quindi, non fu più inerente al *do ut des* tipico di una visione dell'impegno contrattuale, parcellizzata nelle singole obbligazioni: bensì si spostò all'atto negoziale nel suo complesso.

In questa prima fase, il propulsore di base degli effetti giuridici dipendenti dal negozio era rinvenuto direttamente nella volontà ordinatrice del privato (dogma della volontà)<sup>10</sup>.

La semplice considerazione per cui la volontà, onde poter essere apprezzabile, deve divenire manifesta, poneva il problema della divergenza tra intento e dichiarazione. Per i fautori del dogma della volontà la dichiarazione era limitata a semplice mezzo di palesamento, quello che però era giuridicamente efficace era solo la volontà interiore<sup>11</sup>.

Sanzionare con la nullità la divergenza tra volontà e dichiarazione, però, comportava che il contraente il quale avesse voluto davvero gli effetti restasse immeritatamente e inesorabilmente privato di tutele di fronte alla accertata iniziale mancanza di consenso dell'altro.

---

<sup>10</sup> MIRABELLI, *op. cit.*, p. 4; GALGANO, *op. cit.*, p. 937, si introduce, qui, un tema che diverrà centrale nel presente studio, quello della funzione dell'autonomia privata, in particolare, del negozio giuridico. Attribuire immediato effetto al volere dei privati, relegando l'intervento dell'ordinamento, non permette a quest'ultimo di 'indirizzare' l'agire privato ai propri fini. Questo non significa però che il negozio, o meglio, la disciplina del negozio (quand'anche disegnata dalla dottrina) non possa costruirsi secondo interessi, diremmo noi oggi, di classe: "[per il contratto, nella Francia del Giusnaturalismo, ma il ragionamento è esteso all'introduzione della categoria del negozio] il principio del consenso come produttivo, di per sé solo, del vincolo giuridico favoriva la classe mercantile nel suo rapporto con i proprietari delle risorse e, al tempo stesso, proteggeva i proprietari, impedendo che costoro potessero essere privati dei loro beni contro la loro volontà." L'A., poi, ricollega, più in generale, il trionfo del dogma della volontà agli interessi non già della classe mercantile (debitrice pecuniaria nella compravendita di materia prima), ma di quella aristocratica – proprietaria (creditrice) poiché l'effetto vincolante del consenso, in 'ogni' negozio giuridico, è senz'altro nell'interesse del creditore". Questa è funzionalizzare l'autonomia privata ad interessi sociali di settore. Il compito è qui svolto dalla disciplina del consenso e dalla diretta subordinazione degli effetti giuridici alla volontà. In seguito, si vedrà, l'effetto giuridico sarà subordinato alla sanzione ordinamentale: anche l'ordinamento giuridico, e quindi l'autorità, potrà richiedere di funzionalizzare parte degli effetti ai propri scopi, il compito sarà affidato all'istituto della causa.

<sup>11</sup> FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 1 – 34, offre una snella ed esaustiva trattazione delle principali teorie sul fondamento dell'effetto negoziale, alle quali ci si riporta anche per il proseguo del paragrafo.

A quest'asimmetria gli studiosi tedeschi dettero, in un primo momento, diverse soluzioni, che però non inficiavano apertamente l'adesione alla teoria dominante<sup>12</sup>.

Nella seconda metà dell'Ottocento, invece, si assistette ad un proliferare di attacchi diretti nei confronti della tesi tradizionale, i cui propugnatori ritenevano che la volontà dei privati rilevasse unicamente per come emergesse nella dichiarazione, affermandosi la prevalenza di quest'ultima sulla differente volontà del dichiarante (teoria della dichiarazione)<sup>13</sup>.

Il dibattito rimase acceso, producendo tutta una serie di teorie intermedie, delle quali non è qui compito di occuparsi<sup>14</sup>.

Il risultato di questo passaggio logico influi sulla definizione di causa negoziale: se la volontà, intesa come volontà di effetti, produce quegli effetti per come viene in rilievo per l'ordinamento, la causa diviene oggettiva e si ricollega al negozio come categoria oggettiva.

La tensione oggettivante portò all'analisi degli scopi economici del negozio come emergenti nei loro caratteri ricorrenti, dandosi così origine ad una prima, embrionale (ma autonoma), teoria del tipo<sup>15</sup>.

La forza concettuale delle sistemazioni teoriche appena riassunte comportò nel corso del XIX secolo la piena permeazione dell'istituto del negozio giuridico nella dottrina italiana.

Come anticipato, quindi, qualche anno dopo l'entrata in vigore<sup>16</sup> del codice del 1865, alcuni studiosi avevano interpretato il termine causa contenuto negli articoli sopra

---

<sup>12</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle prime formulazioni da parte dello Jhering della teoria della c.d. culpa *in contrahendo*, la quale però, diremmo, risolveva l'ingiustizia trasformando l'inadempimento in responsabilità extracontrattuale.

<sup>13</sup> GLAGANO, *op. cit.*, p. 939, Il processo, inizialmente, è visto come deviazione dalla regola volontaristica.

<sup>14</sup> FERRARA, *op. cit.*, p. 10 - 13. Nel riportarci ancora all'A., per la chiarissima enunciazione delle teorie principali, ricordiamo che nel 1900 entrò in vigore il BGB. A parere dell'A., il codice tedesco, senza propendere per una teoria o per l'altra, adottò 'un regolamento complesso che rappresenta una transazione delle diverse tendenze'.

<sup>15</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 93 e p. 99, in cui l'A. così si esprime: "Il concetto di causa assume il ruolo che nelle prime formulazioni della Pandettistica aveva assunto la volontà. Questa era l'elemento, prima che principale, qualificante l'attività negoziale. A questa visione volontaristica se ne sostituisce un'altra, che, pur non negando al negozio giuridico la qualifica di atto che tende a realizzare interessi individuali, coordina questa finalità a criteri oggettivi e comunque non del tutto individuali".

<sup>16</sup> DEJANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, Riv. dir. civ., 1938, p. 41, attribuisce la paternità del diretto riferimento dell'istituto della causa al negozio giuridico allo SCIALOJA, *Negozi giuridici. Lezioni di diritto romano*, 1907 (comilate nel 1892-1893), avvertendo però che in un primo momento la teoria emergente non aveva come obiettivo diretto quello di sovvertire l'interpretazione degli artt. 1104 e 1119 del codice del 1865. In particolare, queste le parole edite in *Negozi giuridici, corso di diritto*

citati non già come riferito all'obbligazione, ma come requisito della categoria del contratto (ed in genere, a quella del negozio giuridico). Con il nuovo secolo, salvo, anche illustri, eccezioni<sup>17</sup>, il passaggio era da considerarsi compiuto<sup>18</sup>.

Merita a tal proposito riferirsi all'impostazione secondo cui sotto la vigenza del codice civile del 1865 si dovesse comunque distinguere i due aspetti causali e formulare una teoria della causa del negozio accanto a quella della causa dell'obbligazione, solo la seconda collegata al diritto positivo<sup>19</sup>.

All'interno poi di quest'ultima, a sua volta si doveva distinguere una definizione di causa collegata alla formulazione dell'art. 1119 c.c., ed un'altra invece muovente dal presupposto che, altrove, il termine causa si riferisse in genere a alle sole obbligazioni (ed inoltre non solo a quelle originate da contratto, ma anche quelle da fatto illecito), così l'art. 1120: "*Il contratto è valido quantunque non ne sia espressa la causa*". .

Il problema, in qualche modo marginale, era legato al reale significato da attribuire alla disposizione, se ritenerla operante cioè al livello sostanziale o come meccanismo

---

romano nella r. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893 raccolto dai dottori Mapei e Giannini: "Dobbiamo, per distinguere la causa del negozio dai motivi che ad esso hanno potuto spingere l'agente, partire dal concetto che abbiamo già poco sopra esposto, ossia che il diritto nel senso oggettivo protegge alcuni negozi e li rende negozi giuridici per determinati scopi sociali, poiché non tutte le esplicazioni dell'umana volontà hanno un'importanza giuridica o hanno una tutela giuridica; ci sono di quelle che hanno un'importanza giuridica, ma non sono protette dal diritto [...] Bisogna [...] distinguere la funzione, lo scopo del negozio giuridico, dai motivi impellenti, determinanti la volontà dell'agente del negozio medesimo. Lo scopo giuridico dobbiamo considerarlo oggettivamente: la compravendita ha per scopo lo scambio fra merce e denaro, e questo scambio è così socialmente utile che deve essere difeso dal diritto".

<sup>17</sup> FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 134, 135. Sembra che l'A., nonostante il dichiarato proposito di ricollegare il requisito all'ambito contrattuale, rimanga ancorato alla teoria della causa dell'obbligazione, nel momento in cui osserva, ad esempio: "La teoria della causa si attaglia però più esattamente ai contratti onerosi, in cui la causa dell'obbligazione di ciascun contraente sta nel corrispettivo dell'altro.", salvo poi, alla prova del dato patologico, precisare: "non esiste la causa del contratto, se alla disposizione patrimoniale d'una parte non corrisponde e fa da contrappeso un'altra dell'altra parte". Ancora, legato alla tesi della causa dell'obbligazione è il BARASSI, voce *Causa*, *Enc. giur.*, 1905.

<sup>18</sup> BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, Riv. dir. comm., 1908, I, p. 115: "Il contratto consta di due elementi, la volontà e la causa".

<sup>19</sup> DEJANA, *op. cit.*, p. 45: "Benché nell'intestazione del paragrafo si parli di una causa del contratto, pur tuttavia è certo che la causa di cui agli art. 1104, 1119 riguarda non già il contratto, ma l'obbligazione o le obbligazioni che dal contratto stesso derivano." In sostanza l'A. critica l'eccessiva fortuna della figura del negozio giuridico in Italia, riportando la discussione sullo stretto diritto positivo, che, essendo quello del codice del 1865, era più a suo favore d'argomentazione che di quello di strenui sostenitori della permeazione della categoria negoziale. Da questo punto di vista elabora la seguente definizione: "La causa dell'obbligazione è dunque [...] l'elemento che giustifica uno spostamento di beni da un patrimonio ad un altro, ovvero la ragione economica giuridica giustificativa dell'attribuzione", riprendendo in sostanza il pensiero della dottrina francese anteriore alla codificazione.

di inversione dell'onere della prova (quindi operante su ogni obbligazione deducibile in giudizio)<sup>20</sup>.

In termini generali, comunque, si è visto che nella dottrina italiana il dibattito, almeno in un primo momento, si svolgeva intorno a problematiche già in discussione oltralpe<sup>21</sup>. Il distacco dall'impostazione francese finiva coll'implicare non tanto una sovrapposizione tra causa dell'obbligazione e causa del negozio, quanto più un avvicendamento dei due concetti, attraverso l'assorbimento del primo nel secondo “*perché qualsiasi rapporto obbligatorio trova la sua giustificazione obiettiva esclusivamente nel negozio dal quale deriva e di cui costituisce un elemento*”<sup>22</sup>.

Si assisteva in questo contesto al confronto tra autori che privilegiavano l'istanza volontaristica e autori che invece consideravano in parte insufficiente il dogmatismo legato alla teoria della volontà<sup>23</sup>: a queste due visioni corrispondevano, sebbene sempre senza eccessiva nettezza, le teorie soggettive e oggettive<sup>24</sup> della causa.

---

<sup>20</sup> DEJANA, *op. cit.*, p. 31 Non intendo sminuire l'osservazione, in sé più che condivisibile: in effetti però, quando col nuovo codice civile si dedicherà un'autonoma disciplina al riconoscimento di debito, verrà anche meno il rilievo che la citata teoria ha nel processo di sdoganamento della causa dal riferimento all'obbligazione verso il riferimento al negozio. In questo senso è stata utile a superare l'impostazione fatta propria dal CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, Riv. dir. proc. civ., 1926, p. 188.

<sup>21</sup> MIRABELLI, *op. cit.*, p. 5.

<sup>22</sup> NICOLO', *Aspetti pratici del concetto di causa*, Riv. dir. comm., 1939, II, p. 12, il quale continua: “Che l'obbligazione abbia una causa lecita, significa semplicemente che essa ha origine da un valido fatto costitutivo, il quale, ove si tratti di obbligazioni negoziali, deve essere un negozio a causa lecita”. DE GENNARO *Osservazioni sul concetto di causa del contratto*, Dir. prat. comm., 1937, I, p. 297: “Direttamente e propriamente, si dà invece alla espressione ‘causa’ un valore globale, riguardante tutto il contratto, un contenuto obiettivo, che non può non essere stato intravisto da quelli stessi che trattano da un punto di vista suriettivo la causa, essendo, direi quasi, un precedente logico della cosiddetta causa della obbligazione”.

<sup>23</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 939. FERRARA, *op. cit.*, p. 16: “La teoria volitiva [...] riposa su una unilaterale considerazione della personalità dell'agente, la cui volontà vuole attuarsi e si fa decidente per le conseguenze giuridiche. Non si bada che così l'ordine giuridico abdica alla sua funzione regolatrice di tutto il mondo economico e col tutelare l'interesse di un solo individuo lascia sforniti di protezione gli interessi sociali. [...] L'esclusivo riguardo alla volontà dell'agente porta al sacrificio sistematico degli interessi del pubblico, cioè di tutti coloro che entrano in relazioni contrattuali, i quali non potranno mai fare affidamento sul rapporto concluso [...]”. L'A. ultimo citato va poi ad accogliere la teoria della responsabilità, mediana fra le posizioni ‘pure’ del dogma della volontà e della teoria della dichiarazione.

Invero, la dottrina tedesca, per via di evoluzioni successive, ma serrate, è noto che si allontanò presto dalla semplice adesione alla teoria del dogma della volontà, specie per merito della giurisprudenza degli interessi e per essa delle opere dello Jhering. In Italia (MENGONI, *Giurisprudenza e metodo, Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 20) dove si manteneva una società per lo più agricola, non si sentì immediatamente il bisogno di ‘adeguare’ ai cambiamenti sociali – come avverrà nel dopoguerra (v. *Infra*) – il metodo interpretativo al modello della sociologia giuridica, questo ritardo da un lato comportò inizialmente il mancato rifiuto generale delle teorie volontaristiche, dall'altro permise di affinare gli strumenti interpretativi tecnico – giuridici onde permettere di analizzare gli scopi, comunque oggettivi, delle norme. In questo senso, il Ferrara (cit.) contribuì con le sue teorie a depotenziare il rigido dogma della volontà, adeguandolo alle esigenze di comune affidamento.

<sup>24</sup> BONFANTE, *op. cit.*, p. 115: “L'unico accordo tra gli scrittori è sul seguente punto: riferire la causa all'agente, intendere questo requisito in senso suriettivo. Di qui la necessità di distinguere la causa dal motivo, che non ha rilevanza giuridica salvo che non si ponga come condizione: la causa, si dice, è il motivo più

Per i sostenitori della teoria soggettiva, la causa costituiva un momento psicologico determinante della volontà dei contraenti, potendo essere intesa come scopo economico – pratico, immediato e diretto, che induce le parti a contrattare. Si distinguerebbe dai motivi reconditi per essere in ultima analisi il motivo tipico e comune ai contraenti.

La dottrina della causa oggettiva si oppone nettamente alla precedente, poiché esclude in linea di principio che il requisito afferisca, quand’anche mediatamente, ai motivi interiori e psicologici degli operatori. Allora essa non poteva più essere qualificata come ‘scopo’, bensì indicata quale ragione economico – giuridica del negozio, giustificativa della protezione legale<sup>25</sup>.

Resta da considerare un ulteriore aspetto: sotto la vigenza del codice civile del 1865, la dottrina si era interrogata sulla possibilità per operatori di concludere contratti senza attribuire loro, pattiziamente, un *nomen* definito dalla legge (compravendita, noleggio, ecc...). L’ipotesi, in un primo tempo parzialmente osteggiata, venne poi generalmente ammessa. La disciplina applicabile a tale sorta di negozi sarebbe stata mutuata, in via diretta, dal contratto nominato a cui si riferiva la disciplina prevalente della regola pattizia. La dottrina aveva dato ingresso alla categoria dei contratti innominati.

La prima elaborazione di concetto di ‘tipo’ contrattuale, categoria affine a quella di contratto innominato, ma per sé diversa, si fece strada già all’inizio del secolo scorso. In questa fase si inizia altresì a meditare in ordine al rapporto tra fattispecie concreta, rappresentata dal programma contrattuale, e fattispecie astratta, espressa appunto dal tipo. Proprio sulla base di questi rilievi, uniti all’approccio negoziale,

---

prossimo, il quale è elevato a motivo giuridico, e non si vuol confondere col motivo individuale. [...] La causa adunque, che è un antecedente storico rispetto alla volontà, non dipende punto dalla volontà. La parola causa, radice della nostra *cosa*, equivale a un dipresso alla nostra parola rapporto. Non è il motivo per cui la parte agisce, ma il motivo, se si vuole, per cui la legge riconosce la sanzione giuridica, cioè l’essenza obiettiva della relazione tra le parti, il negozio.”, si v. anche BONFANTE, *Sulla causa illecita*, Riv. dir. comm., 1917, II, p. 231, in cui l’A. pur indugiando in una – per noi – inaccoglibile sovrapposizione tra causa del contratto e dell’obbligazione (nel senso di fatto genetico) dimostra ancora di ricollegare la ‘causa’ non solo all’intera fattispecie negoziale, ma soprattutto al suo contenuto obiettivo.

<sup>25</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 105. Rifiuta radicalmente ogni impostazione soggettivistica DEJANA, *op. cit.*, p. 5-6 e prosegue criticando *in toto* la dottrina dominante in Francia a p. 34 e ss. .

spostano l'interesse sull'interpretazione 'concreta' del volere delle parti, necessaria per determinare, ad esempio, l'esistenza o meno della causa<sup>26</sup>.

Il patrimonio dottrinale italiano, alla fine del secolo XIX, inizio del successivo, predicava quindi una generale adesione alla teoria del negozio giuridico. L'istituto della causa era ad esso legata: il dibattito si svolgeva, in un certo senso, in ordine al *quantum* di volontà interiore che da quella potesse (o dovesse) trasparire.

### ***La causa come funzione (economico – sociale) dell'autonomia privata.***

Si è detto come l'art. 1108 del codice civile italiano del 1865 sia stato oggetto, da parte della dottrina italiana, di un'interpretazione profondamente evolutiva.

L'operazione è stata resa possibile mercé la delicata opera di sintesi tra l'ordinamento positivo (modulato sulle sistemazioni giusprivatistiche napoleoniche) e le dottrine civilistiche sviluppatasi in lingua tedesca lungo la fine del XVIII secolo (e, meno, la prima metà del XIX).

Orbene, la maturazione della figura del negozio giuridico e la parziale sistematizzazione del concetto di autonomia privata non hanno comunque portato alla cristallizzazione di una specifica definizione tecnico – giuridica di causa negoziale.

Per quel che attiene all'evoluzione dell'istituto del negozio giuridico, la dottrina italiana si concentrò sul problema della divergenza tra volontà e dichiarazione: la necessità di attribuire rilevanza alla dichiarazione oggettiva (anche oltre l'intento soggettivo dei contraenti) mal si conciliava con la ricostruzione generale che persisteva nel ritenere il negozio giuridico un atto di autonomia individuale. Non era chiaro, in particolare, come si potesse accettare dogmaticamente che una

---

<sup>26</sup> NICOLO', *op. cit.*, p. 14. L'A. non fa riferimento all'esistenza o meno di una causa in concreto (come poi farà la dottrina, v. *infra*), ma chiarisce bene che la verifica della sussistenza della causa deve essere preceduta da un'effettiva interpretazione del volere delle parti, dato imprescindibile. E' la tensione a comprendere il 'significato del negozio' che terrà vivo l'interesse della dottrina per l'aspetto concreto della causa anche quando, con la teoria della causa come funzione economico – sociale, si riterrà di poter svalutare l'analisi concreta in favore della ricostruzione causale tipica del legislatore.

dichiarazione (per ipotesi) non voluta, quand'anche oggettivamente apprezzabile, traesse effetto dalla volontà dell'operatore<sup>27</sup>.

Lasciando in ombra risposte fondate su ulteriori sistemazioni delle teorie preesistenti, la soluzione più rivoluzionaria che la dottrina italiana (ed in particolare Betti) produsse in ordine al paradosso citato, partì dal considerare l'agire negoziale come un fatto di per sé prettamente sociale, non già interiore. Betti, in dialogo con le coeve riflessioni della dottrina tedesca, nonché con la nascita dell'istituzionalismo italiano, svalutò il momento strettamente volontaristico del negozio, in favore del suo svolgersi dinamico nella società<sup>28</sup>.

L'autonomia privata, in questo contesto, non poteva più essere considerata come autonomia individuale del volere, ma come funzionale al riconoscimento da parte dell'ordinamento<sup>29</sup>: la 'dichiarazione' perdeva il suo legame con la volizione individuale interna, per diventare l'unico elemento rilevante del negozio.

Gli effetti giuridici del negozio erano oramai subordinati al recepimento delle statuizioni da parte dell'ordinamento giuridico<sup>30</sup>. Anche il requisito della causa del contratto, tanto quanto il requisito del consenso, venne definitivamente oggettivato e concepito quale categoria giuridica definita nell'ambito dell'ordinamento, espressiva di istanze sociali, più che individuali.

La causa del contratto, pertanto, divenne per tale dottrina un requisito giuridico funzionale a interessi sociali, gli unici ai quali, a ben vedere, per le sue caratteristiche intrinseche, l'ordinamento giuridico possa offrire protezione.

---

<sup>27</sup> MIRABELLI, *op. cit.*, p. 7.

<sup>28</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>29</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 10 ss., ed in particolare da 44 a 54, L'A., continuò a tener fede alla tesi già proposta nel suo *Corso di istituzioni di diritto romano*, 1929, propugnando l'idea secondo cui l'effetto giuridico fosse 'sovrapposto' all'effetto sociale del negozio. Si cita l'opera di teoria generale perché più diretta e sistematica: "Nella misura in cui [l'autonomia privata] è riconosciuta dall'ordine giuridico, essa non è chiamata a creare e neppure ad integrare alcuna norma giuridica, ma a porre in essere l'ipotesi di fatto d'una norma già esistente, dando vita, fra privato e privato, a quel rapporto giuridico che essa norma dispone. In questo senso soltanto può dirsi riconosciuta ai singoli dall'ordine giuridico una competenza dispositiva; non già nel senso che l'ordine giuridico deleghi loro una porzione della competenza normativa e li trasformi così in organi propri".

<sup>30</sup> Si v. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 289: "La legge, in questi interessi superindividuali, non attribuisce tutela giuridica ai contratti solo dove ravvisi in essi idoneità a soddisfare i bisogni individuali dei contraenti, ma ne subordina la concessione al verificarsi nei medesimi di una produzione minima di utilità sociale.". Segue, poi a p. 292: "Causa è dunque la funzione economico – sociale del contratto; ed è, nel valore logico dell'espressione, causa della protezione legale ad esso accordata.".

Su questi presupposti, la definizione di causa negoziale che si aggiunse alle precedenti (quella di causa come scopo o come ragione economico – giuridica) fu quella di causa come funzione economico – sociale<sup>31</sup>.

Era stato quindi aggiunto un *quid pluris* rispetto alle definizioni precedenti: interessava non solo (e non tanto) comprendere come il negozio mutava l'assetto dei rapporti, ma quale fosse il rapporto tra gli effetti pratici voluti e i principi dell'ordinamento<sup>32</sup>.

La causa del contratto è stata posta quindi al servizio di istanze meta – negoziali, pur contenute nell'ordinamento giuridico<sup>33</sup> (ma non certo desumibili *aliunde* una volta abbandonata la tesi volontaristica del negozio).

In questo contesto, la teoria fascista dello Stato, in quanto proclamatasi esponenziale delle dinamiche sociali del primo dopoguerra, finì per contaminare anche lo svolgersi dell'autonomia privata<sup>34</sup>. Il regime si approvvigionò delle teorie bettiane, per quanto semplificate e, per molti versi, banalizzate, se non fraintese.

Non è questo il luogo per descrivere compiutamente la visione dottrinale e filosofica dello Stato fascista. E' significativo però che, accanto all'evolversi della citata dottrina giuridica, si formava il pensiero di Giovanni Gentile, teorico dello stato 'etico'<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> BETTI, *op. cit.*, p. 174: "E poiché la funzione sociale dell'autonomia privata si rispecchia nei tipi di negozio astrattamente considerato, mentre la conclusione del negozio concreto è sempre determinata da un interesse individuale, ecco profilarsi un'antinomia fra questo e l'interesse oggettivo anzidetto, con la possibilità che l'uno, interferendo con l'altro, neutralizzi e paralizzi nel caso specifico l'attuazione della funzione sociale tipica, sviando il negozio dalla sua destinazione per farlo servire ad uno scopo antisociale". Betti non è il primo a parlare di causa come funzione, ma è evidente che la portata sistematica della ricostruzione è solo nelle sue riflessioni antecedenti alla *Teoria* (v. DEJANA, *op. cit.*, p. 2.)

<sup>32</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 944 – 945, per una lettura di sintesi del fenomeno descritto.

<sup>33</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 111: "L'emersione di un interesse sociale – generale di cui si fa portatore l'ordinamento giuridico, fa sì che gli interessi dei privati o sono destinati a scomparire o da questo interesse statale devono essere riassorbiti".

<sup>34</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 26: "La contestazione del dogma della volontà, com'è facile intendere, doveva essere legata alla contestazione della stessa concezione liberale dell'economica e della società. Nella dottrina tedesca e italiana la teoria oggettiva del contratto si ispirò inizialmente all'ideologia fascista. Essa fu infatti esplicitamente indicata in antitesi alla concezione 'individualistica' alla quale si contrapponeva la visione dello Stato che riconosce rilevanza all'autonomia privata nella misura in cui essa realizza una funzione socialmente utile secondo i fini superiori della nazione".

<sup>35</sup> Un inquadramento storico e filosofico del pensiero di Gentile, con riferimento alle vicende storiche del ventennio, denso di confronti e riflessioni, talvolta sferzanti, è in BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia, i regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milano, 1997, p. 187 e ss., in cui in particolare si legge: "Gentile fu certamente un conservatore. Fu tale sin dal principio [...]. Carattere costante di ogni teoria politica conservatrice è il pregiare più l'ordine che la libertà delle singole parti. Gentile è stato il filosofo dell'unità per eccellenza, della riduzione di tutto in uno. Non appena si trovava di fronte a una distinzione, non era pago sino a che non l'avesse debellata, dimostrando che era una falsa distinzione".

Nel pensiero dell'Autore, noto come idealismo assoluto, l'eticità veniva concepita come continuo superamento degli interessi particolari in un interesse universale che, pur non sopprimendo i primi, tuttavia li riuniva in un'unità superiore capace di organizzarli e disciplinarli, permettendone la realizzazione<sup>36</sup>.

L'istanza totalitaria del regime, quindi, una volta consolidasi nelle gerarchie istituzionali e nel pensiero filosofico ufficiale, si impose immediatamente nelle correnti riformatrici che già all'inizio del novecento proponevano una globale revisione dei codici post-unitari, ed in particolare del codice civile<sup>37</sup>.

Ciò è evidente dall'interpretazione governativa del dettato del codice del 1942.

Nel nuovo codice civile il termine 'causa', infatti, siccome riferito al contratto, figura esplicitamente in tre articoli.

*In primis* tra gli elementi essenziali di quello, ai sensi dell'art. 1325 c.c. .

Il termine, poi, ricompare nelle sezioni dedicate alle singole discipline di tali requisiti essenziali: la sede 'storica' dell'istituto è rappresentata dagli artt. 1343 e 1344 c.c. . Il primo articolo sanziona con la nullità il contratto avente causa illecita, il secondo mutua la medesima sanzione al caso del contratto concluso in frode alla legge.

Il codice è stato presentato dal governo al re corredato della Relazione, nella quale emergono prepotentemente le tesi dottrinali (e filosofiche) sopra richiamate.

Così il Gardasigilli: “[...] bisognava passare a fissare il piano dei nuovi codici, i quali non potevano essere mantenuti nei loro contorni tradizionali, troppo angusti e del tutto insufficienti a contenere i nuovi istituti dello Stato fascista e corporativo. Appariva quindi necessario sistemare diversamente le complesse materie in modo da rendere la loro disciplina corrispondente all'evoluzione operatasi nelle nostre

---

<sup>36</sup> CIANCIO – FERRETTI, *Storia della filosofia – filosofia contemporanea*, Torino, 1996, p. 195. Del resto parte della dottrina civilistica italiana aveva fatto propria questa ricostruzione: in questi termini DE GENNARO, *op. cit.*, p. 288.

<sup>37</sup> BETTI, *Sui principii generali del nuovo ordine giuridico*, Riv. dir. comm., 1940, I, p. 222, così si esprime: “Essa [l'esigenza di subordinare l'interesse individuale all'interesse della società nazionale] porta ad affermare una serie di limiti ed oneri dell'autonomia privata: limiti ed oneri che hanno bensì riferimento precipuo alla materia dei contratti [...] Invero, giusta l'accennata esigenza, l'autonomia privata non è tutelata se non in quanto persegua funzioni utili socialmente e rispondenti all'economia nazionale ed all'ordine pubblico, non essendo più sufficiente, come in regime liberale, il limite puramente negativo che la causa del negozio non sia illecita. In particolare, i negozi giuridici non debbono mai diventare strumenti di sfruttamento e di sopraffazione dell'un privato da parte dell'altro [...]”. L'A., per questi aspetti, si inseriva anche nelle coeve riflessioni sull'abbandono del dogma della volontà e sulle teorie dello stato, rispetto all'agire privato, che andavano sviluppandosi in Germania, si v. FERRI, *op. cit.*, p. 97-98.

istituzioni.”<sup>38</sup>. Ancora, poco oltre: “L’esigenza di subordinare all’ interesse pubblico gli interessi particolari dei singoli e di attuare un’armonica coordinazione fra loro ha posto in rilievo gli aspetti pubblicistici degli istituti del diritto civile ed ha orientato la proprietà e l’autonomia privata verso la solidarietà corporativa, sottoponendo così rapporti eminentemente privatistici ad una disciplina ispirata all’interesse pubblico, che sempre predomina nel nuovo codice.”<sup>39</sup>. Proseguendo, ed avvicinandosi, anche topograficamente, agli articoli dedicati allo sviluppo dell’istituto della causa, così il Ministro: “[il nuovo codice] consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall’economia nazionale, da buon costume e dall’ordine pubblico. L’ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto”<sup>40</sup>.

Venendo al punto, ossia ai § 613, 614, 615, dedicati all’istituto della causa, focalizzando l’attenzione, per ora, ancora sulle enunciazioni di principio, così il Ministro: “[...] un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione della causa senza trascurare quello che doveva essere il contenuto socialmente utile del contratto.”<sup>41</sup>.

L’applicazione della teoria dello stato etico alla definizione di causa come funzione economico – sociale del negozio ha quindi immediatamente comportato un ulteriore significativo svilimento della dimensione volontaristica e individualistica dell’agire negoziale.

In effetti, pretendere che il contratto si faccia dinamica sintesi dell’interesse dello stato con l’interesse dell’individuo, sino a farne un *unicum* totalizzante, altro non è che strumentalizzare a fini generali l’interesse particolare.

---

<sup>38</sup> GRANDI, *Relazione al codice civile*, in *Commentario Breve al codice civile*, CEDAM, 2006 (1942), p. 8.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 132.

Questa è la descrizione della funzione economico – sociale della causa, o meglio la nuova concezione dell'istituto della causa come funzione economico – sociale del contratto.

Il mutato approccio all'istituto ha portato, per altro verso, alla diversa impostazione di un tema contiguo a quello della causa: quello del tipo negoziale.

Abbiamo ricordato come, già prima della definizione di causa come funzione economico – sociale, gli interpreti avevano preso coscienza dell'esistenza di scopi ricorrenti nell'agire negoziale dei privati. Ebbene, una volta introdotta la nuova definizione di causa, ed una volta accolta la teoria precettiva del negozio, i tipi sociali ricorrenti sono stati ricollocati nell'ambito dell'ordinamento, e quindi posti al vaglio critico del legislatore, anche nelle finalità.

Vi è stata una programmatica svalutazione dell'assetto contrattuale in concreto (e quindi, dell'atteggiarsi in concreto della causa), al fine di indirizzare lo sviluppo degli scambi e della produzione secondo le finalità dell'economia corporativa<sup>42</sup>.

Il risultato era che ai privati era dato di utilizzare determinati assetti negoziali solo previa selezione da parte dell'autorità, i restanti rimanendo privi di sanzione giuridica<sup>43</sup>.

Accanto al requisito 'in negativo' della liceità, se ne aggiungeva uno ulteriore, ora 'in positivo', rappresentato dalla meritevolezza sociale dell'interesse perseguito dai contraenti<sup>44</sup>.

Proprio con riferimento a questo approccio dirigistico si richiama l'art. 1322 c.c., comma secondo.

Se questa era l'impostazione filosofica addietro l'articolo citato, se ne può arricchire la *ratio* sotto il punto di vista di politica economica. La concezione di causa come funzione economico – sociale era divenuta meccanismo di controllo statale della

---

<sup>42</sup> PELLICANO', *L'astrazione causale nell'ideologia dello scambio*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1977, p. 859.

<sup>43</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 112 – 113, in particolare a p. 124: "La causa, come funzione economico – sociale, vale d'altra parte a individuare e a caratterizzare le singole operazioni economiche nella loro struttura e cioè nel loro tipo oltre che nelle loro finalità, data la normale corrispondenza della struttura alla funzione e della funzione alla struttura".

<sup>44</sup> GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, Dig. disc. priv. sez. civile, 1994, Torino, p. 325.

travagliata economia nazionale nel periodo tra le due guerre<sup>45</sup>. In altri termini, il controllo causale svolgeva un compito di mediazione tra economia, politica e società.

Tale disposizione non richiama esplicitamente il termine causa: tuttavia, è questa la sede principale in cui si riscontra l'attenzione alla 'funzione' predicata nella Relazione. L'interesse altro non è che lo scopo concreto del negozio, esso proiettato in un'ottica astratta, ordinamentale, deve essere meritevole di tutela e, quindi, deve adempiere ad una funzione economico – sociale<sup>46</sup>.

E' significativo che il legislatore del 1942 si sia affidato ad una clausola generale per regolamentare l'autonomia privata al di fuori dei tipi codificati: se da un lato infatti l'introduzione della possibilità di concludere negozi patrimoniali atipici può sembrare una concessione all'ideale del liberismo, il capoverso dell'art. 1322 c.c., invece, è utilizzato 'al fine di trasferire all'interno del sistema del diritto civile principi politici meta legali, elaborati dai rappresentanti del regime fascista'<sup>47</sup>.

Il dibattito immediatamente successivo all'entrata in vigore del codice è caratterizzato dall'usuale tendenza alla ricerca di definizioni dogmaticamente orientate<sup>48</sup>.

Venne generalmente accolta la definizione della causa come funzione del negozio giuridico<sup>49</sup>. Gli interpreti che tramandarono tale definizione non aderirono tuttavia ai parametri di valore descritti nella relazione al codice.

---

<sup>45</sup>PELLICANO', *op. cit.*, p. 856, definisce lo Stato 'novello Principe', citando la visione degli economisti 'laici' dell'epoca, in base alle teorie dei quali l'intervento dello Stato era visto come fattore di stabilizzazione delle crisi del sistema produttivo dell'epoca.

<sup>46</sup>FERRI, *op. cit.*, p. 118: "L'art. 1322 c.c. secondo comma ha consentito [...] di vedere nella causa il concreto verificarsi dell'autonomia negoziale; e quindi, il porsi, in concreto, di quella relazione tra atto individuale e ordinamento che di questo deve valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti [...] L'attività creatrice dell'individuo, libera nella determinazione delle strutture organizzative del contratto, non lo è altrettanto nella scelta dei fini da assegnare a queste strutture [...]".

<sup>47</sup>GUARNERI, *op. cit.*, p. 325.

<sup>48</sup>I processi di maturazione dottrinale di questo periodo sono richiamati in ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 46 e segg. .

<sup>49</sup>SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, p. 126: "La volontà privata diventa giuridicamente rilevante, può avere forza di legge (art. 1372 pr.), in tal senso e rispetto al soggetto da cui promana, non per sé stessa e come fine a sé stessa, ma in quanto sia socialmente importante, e cioè tenda a realizzare un interesse che l'ordinamento consideri meritevole di tutela (arg. 1322). Questa funzione che il negozio deve adempiere, riguardata come ragione determinante del soggetto al negozio, appare e si chiama la causa del negozio medesimo".

La tensione teleologica della rappresentazione che il legislatore fascista aveva dell'ordinamento, infatti, non trovò terreno fertile negli studi successivi alla caduta del regime, ancora legati ad uno schietto concettualismo dogmatico<sup>50</sup>.

Uno degli obiettivi che la dottrina consolidò con sicurezza fu quello di circoscrivere la causa del contratto nell'ambito strettamente oggettivo del programma contrattuale, depurando l'istituto dalle residue istanze soggettivistiche. In particolare, venne meno ogni accezione personale e unilaterale dei termini 'scopo' e 'intento', utilizzati come sinonimi di funzione ma pericolosamente anfibi perché richiamanti dinamiche psicologiche interiori, piuttosto che la volontà oggettivata nell'accordo<sup>51</sup>.

Altra direttrice del pensiero giuridico degli anni '40 e '50, *in thema*, consistette poi nel definitivo sdoganamento dalla visione parcellizzante della 'causa', quale mero parallelismo delle singole attribuzioni patrimoniali descritte nell'accordo<sup>52</sup>. In quei due decenni si assiste alla definitiva unificazione ideale tra i singoli effetti, che separa (perlomeno concettualmente) le riflessioni sul nesso di corrispettività da quelle sulla causa del contratto: le prestazioni (al plurale) sono corrispettive, la causa (al singolare) è unica<sup>53</sup>.

La conclusione di questi due processi, iniziati già sotto la vigenza del precedente codice, fu possibile grazie all'ulteriore dibattito nella dottrina italiana attorno alla categoria del negozio giuridico.

Nonostante la mancata menzione esplicita dell'istituto nel disposto del nuovo codice, infatti, la dottrina italiana prevalente, anche nel dopoguerra, continuò a ricostruire il

---

<sup>50</sup> GUARNERI, *op. cit.*, p. 327. Del resto, il fascismo era ... caduto.

<sup>51</sup> MIRABELLI, *Causa oggettiva e causa subiettiva*, Riv. trim. dir. civ., 1951, p. 323 ss., in particolare pp. 330-331. L'A. ricollegandosi all'abbandono delle teorie volontaristiche del negozio giuridico, arriva alla conclusione che anche le teorie soggettivistiche più tenaci sono antistoriche: la volontà altro non è che la volontà manifestata. Anche in REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, Riv. trim. dir. civ., 1950, p. 902 – 903 viene accolta una accezione della causa fortemente oggettiva. L'A., in qualche modo, dichiara di doverla desumere dal consenso come oggettivamente determinatosi (pur spiegando che non si esaurisce in esso). Similmente in STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 33, in particolare per quanto attiene alla distinzione tra causa e motivi. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, 1955, p. 596. Rifiuta ogni implicazione soggettiva dell'istituto della causa, ricomprendendole nei motivi, SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 127. Così PUGLATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, Nuova riv. dir. comm., 1947, I, p. 13 ss., riportate in *Diritto civile, metodo teoria e pratica*, Milano, 1951, p. 106. Secondo l'A. le argomentazioni più forti a sostegno dell'accoglimento della teoria oggettiva nel diritto positivo sono: a. l'esplicita previsione dell'irrelevanza dei motivi; b. l'eliminazione del concetto di 'causa falsa'; c. l'eliminazione di presunzione di causalità.

<sup>52</sup> Fermamente, BETTI, *op. cit.*, p. 175 ss., poi SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 170: "La causa del negozio non è la causa dell'obbligazione [...] né la causa dell'attribuzione patrimoniale, la quale non è che un aspetto della causa nei negozi patrimoniali".

<sup>53</sup> CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 600.

sistema del diritto privato attorno alla categoria generale ed astratta del negozio giuridico<sup>54</sup>.

In quest'ambito si assistette ad un'ulteriore spinta nel senso dell'abbandono delle teorie volontaristiche dell'agire negoziale<sup>55</sup> (fermo comunque il rigetto dell'istanza totalitaria del regime<sup>56</sup>). Si complicò quindi l'approccio della dottrina alla categoria stessa del negozio giuridico. Si è ricordato che tale categoria astratta non venne abbandonata: pur tuttavia, le modificazioni sociali che seguirono alla seconda guerra mondiale (in particolare a seguito della industrializzazione massificata del territorio) comportanti un processo di 'continua disintegrazione e reintegrazione delle strutture sociali'<sup>57</sup>, portarono alcuni autori ad abbandonare lo stretto approccio tecnico – dogmatico modulato sulle tecniche della giurisprudenza dei concetti<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Si v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 8. Il volume costituisce ristampa della seconda edizione (1950), come successivamente integrata. Era quindi già entrato in vigore il nuovo codice civile. Con riferimento al problema della rinuncia da parte del legislatore ad una teorizzazione positiva del negozio giuridico, così l'A.: “[...] a prescindere dalla soluzione legislativa, resta sempre proponibile per noi giuristi il valore scientifico e pratico di una teoria generale del negozio giuridico che, senza disconoscere le differenze di natura fra le varie categorie di negozio della vita privata, cerchi di offrire alla giurisprudenza criteri e punti di orientamento da tenere presenti nella risoluzione delle controversie che quei negozio concernono”.

<sup>55</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 143 – 146, p. 148. Come già ricordato, il rifiuto delle istanze volontaristiche, dipende appunto dall'esigenza di operare “[...] un bilanciamento degli interessi in conflitto, facendo prevalere l'interesse che, di volta in volta, è apparso maggiormente meritevole di tutela”. Così l'A., spiegando il suo pensiero, in *Variazioni sul contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1970, p. 4.

<sup>56</sup> Lo stesso BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico (cit.)*, p. 53, reagendo ad una serie di critiche di matrice eterogenea, pur sostenendo che “Se i privati nei rapporti fra loro sono padroni di perseguire, mercé la loro autonomia, gli scopi meglio rispondenti ai loro interessi, l'ordine giuridico resta però arbitro di valutare tali scopi secondo i loro tipi alla stregua della rilevanza sociale così come esso la intende, conforme alla socialità della sua funzione ordinatrice [...] prima di rivestire il negozio della propria sanzione, l'ordine giuridico valuta la funzione pratica che ne caratterizza il tipo, e lo tratta di conseguenza”, nella nota 14, a piè di pagina, precisa: “Che del resto la valutazione dell'utilità sociale sia per se stessa qualcosa di essenzialmente relativo ad un soggetto, ad un'epoca storica e ad un determinato ambiente di cultura, quindi qualcosa di storicamente contingente e variabile, si comprende senza difficoltà [...]”. In consapevole opposizione lo Stolfi, sulla polemica tra i due A., dai toni spesso accesi, si veda *infra*. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 181, ad esempio, fa propria l'impostazione concettuale del Betti, e per esso della stessa Relazione al codice, pur, ovviamente, scevrando le argomentazioni da qualsiasi adentellato con le teorie del regime: “Se la causa è la giustificazione dell'autonomia privata, s'intende come possa mancare, quando in concreto, per il fine che la volontà persegue, non si giustifichi la creazione del vincolo giuridico (relazione al codice, n. 613): uno scopo futile, uno scopo socialmente indifferente, anche uno scopo che può essere lasciato alla tutela di altre regole di condotta [...] non è causa del negozio giuridico”.

<sup>57</sup> MENGONI, *op. cit.*, p. 16. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni (cit.)*, p. 5 parla di “turbinoso evolversi della realtà sociale”, portate dal progresso tecnologico e dall'accumulazione di capitali. Così poi l'A. precisa (p. 12) che “[...] anche nel quadro della visione più schiettamente individualistica dell'autonomia privata, il contratto, proprio perché accordo fra due o più parti, non rappresenta il trionfo della volontà individuale: dacché trova il suo naturale limite e condizionamento nella volontà della controparte; e del resto non può non soggiacere a condizionamenti esterni, poiché si inserisce in un contesto economico sociale”.

<sup>58</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 20.

Il risultato fu che da più parti si posero le basi per un abbandono della produzione dottrinale generale e dogmatica: come vedremo poi, infatti, dalla fine degli anni sessanta (con la significativa, quanto ovvia, eccezione della manualistica) si assistette alla progressiva rinuncia da parte della dottrina alla elaborazione di nuove, generali, astratte ed onnicomprensive definizioni di causa del contratto.

Con la pubblicazione in Italia delle più importanti opere di Kelsen, poi, altri definirono il negozio giuridico come fonte e contenuto di diritto obiettivo. Si percorse quindi un passo ulteriore rispetto alle teorie dichiarative – precettive: il negozio stesso divenne atto normativo, non fattispecie regolatrice che acquista effetto mediante l'intervento dell'ordinamento<sup>59</sup>.

Gli stratagemmi che la dottrina elaborò in concreto per ricavare le regole applicative alla categoria generale del negozio (non gli unici, ma certo i più condivisi) sono stati modulati sul disposto dell'art. 1324 c.c. e sulla possibilità di procedere ad estensioni analogiche.

Con una sorta di procedimento dialettico, quindi, si è finito per estendere il *corpus* normativo 'cucito' attorno al contratto anche a tutti gli altri atti di autonomia privata patrimoniale *inter vivos*. Il contratto nasceva dal negozio e, quindi, partecipandone la natura, poteva riappropriarsi della sua propria disciplina<sup>60</sup>.

Detta ricostruzione teorica ha permesso che le fondamenta delle riflessioni attinenti alla causa del negozio giuridico resistessero all'entrata in vigore del nuovo codice: se il negozio giuridico mutuava (nel senso sopra specificato) la regolamentazione dal contratto, allora anche nell'ordinamento privatistico italiano si poteva ancora porre il problema causale non già solo nell'ambito del contratto, ma a monte, ovvero a livello di negozio.

---

<sup>59</sup> Così L. FERRI, *op. cit.*, p. 169 e ss.: “[...] bisogna invece riconoscere che il contenuto del negozio giuridico è costituito da norme giuridiche; che il suo tessuto è formato di volontà, ma non della volontà soggettiva delle parti, bensì di volontà obiettivata nella norma, o, come si suol dire, di volontà normativa.”

Invero, l'A. parte da posizioni lontane da quelle di Kelsen, poiché ravvisa nell'agire sociale autonoma capacità ordinante. Tuttavia, in termini generali, con BIANCA, *op. cit.*, p. 26, si può asserire che il positivismo giuridico si fece erede di quel rifiuto del dogma della volontà che aveva caratterizzato la Relazione al codice civile del 1942.

<sup>60</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 935: “Gli artefici del codice civile italiano del 1942 compiono una opposta scelta [rispetto al legislatore del BGB], facendo del contratto la categoria ordinante, e dichiarando con l'art. 1324 che le relative norme si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali fra vivi aventi contenuto patrimoniale”.

Questa impostazione ha prodotto stimolanti riflessioni attorno alla causa degli atti privati già ricondotti nell'ambito del negozio, come il testamento ed in genere i c.d. negozi di famiglia, e, soprattutto (almeno per le interessanti implicazioni teoriche) gli atti unilaterali negoziali<sup>61</sup>.

Altri, con un approccio intellettuale parimenti per lo più dogmatico (né del resto poteva farsi altrimenti, non avendo il legislatore del 1942 predisposto una disciplina positiva del fenomeno) continuavano a sostenere la bontà della tesi del negozio giuridico quale atto di volontà<sup>62</sup> (Stolfi<sup>63</sup>, Cariota Ferrara<sup>64</sup>).

Le tesi dei predetti Autori si ponevano in aperto e radicale conflitto sia con la teoria precettiva del negozio giuridico, sia più nello specifico con le politiche autoritarie del regime fascista<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> *Contra* STOLFI, *op. cit.*, p. 15, il quale considera la causa come elemento essenziale solo nei negozi patrimoniali tra vivi. In favore dell'estensione del requisito causale potenzialmente ad ogni negozio giuridico, salvo poi distinguere però nello specifico tra negozi causali e astratti, in particolare ritenendo che la causalità sia la regola, l'astrattezza l'eccezione da verificarsi nella disciplina positiva, il CARIOTA – FERRARA, *op. cit.*, p. 190. Ritiene immanente il connotato causale in ogni negozio giuridico, sia familiare che patrimoniale, anche SANTORO PASSERELLI, *op. cit.*, p. 172, distinguendo però per i primi, nei quali la causa sarebbe prefissata dal legislatore, tanto da non poter essere né fraudolenta, né tanto meno illecita, né, una volta rispettate le forme, mancare.

<sup>62</sup> GALGANO, *op. cit.*, p. 943, spiega il fenomeno con il tentativo di riaffermare le ragioni della proprietà su quelle dell'impresa.

<sup>63</sup> STOLFI, *op. cit.*, p. XIII: “[...] è facile constatare – ad apertura di libro, starei per dire – che è tutt’ora saldo il cardine tradizionale del diritto privato: il dogma dell’autonomia della volontà [...] La conseguenza più saliente del dogma dell’autonomia della volontà è che l’effetto dei negozi giuridici ha per causa immediata la volontà della parte o delle parti interessate”.

Con riferimento all’art. 1372 del nuovo codice, a p. XVIII l’A. afferma: “[...] col prescrivere che il contratto ha forza di legge fra le parti, riconosce il legislatore che la volontà individuale è sovrana e come tale provoca l’effetto giuridico”. Non è un caso che lo Stolfi si sia formato in parte anche nella Torino di Gobetti.

<sup>64</sup> Disconosce esplicitamente la teoria precettiva del negozio giuridico, anch’egli in polemica col BETTI, CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 95 ss., 102 ss., in particolare rigettando per ipotesi che la struttura del ‘precetto’ possa rinvenirsi nella natura del negozio giuridico, quale atto di volontà (anche se l’A. citato si discosta anche dalla teoria del dogma della volontà, non raggiungendo neppure alle conclusioni liberistiche dello Stolfi, come del resto quest’ultimo noterà in STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, Giur. it., 1948, IV, p. 43 nota 2): “[questo] l’artificio della trasformazione del contenuto reale del negozio in precetto: all’intento pratico, che, certo, non è precettivo, deve essere aderente la realtà giuridica (nuova situazione giuridica), ed invece questa s’ispira ad una elevazione del contenuto del negozio a precetto ed al conseguente distacco di esso dalla volontà (p. 103, 104)”. Non è completamente risolto, comunque, nell’opera l’ulteriore questione se la volontà nel negozio debba essere diretta anche sull’efficacia giuridica, o meno, né se il potere di dare efficacia giuridica sia riconosciuto o concesso dall’ordinamento giuridico (si v. p. 60, 61).

<sup>65</sup> STOLFI, *Teoria del negozio giuridico (cit.)*, p. XXI: “[...] si sono volutamente inserite nel codice civile alcune regole dirette ad affermare ‘la perenne ed immanente soggezione della volontà individuale al comando della legge’. In poche e franche parole, di proposito si è tolta all’uomo anche nel campo del diritto privato ogni difesa contro l’oppressione (ed in modo speciale contro lo stato, che sembra voglia diventare l’oppressore per definizione) [...]”. BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, Giur. it., 1947, p. 137 ss., polemizza con Stolfi, dimostrando di disconoscere in uno sia l’impianto ancora volontaristico difeso da quell’A., sia la possibilità di concepire in genere un diritto privato fondato sulle pure ideologie liberali, così Betti: “[...] non possiamo francamente ravvisare nella sovranità dell’individuo l’ideale giuridico di un ordine nuovo del diritto privato, né tanto meno un canone plausibile d’interpretazione di un codice civile destinato a

Con riferimento in particolare all'istituto della causa, si assistette al profondo ridimensionamento dell'approccio ideologico contenuto nella Relazione: la causa, in tali Autori, ritornò ad essere variamente intesa come scopo tipico o come ragione economico giuridica<sup>66</sup>. Inoltre, questa chiusura alle politiche dirigiste portò detti Autori a ritenere condizione necessaria e sufficiente la semplice presenza di una causa lecita per il soddisfacimento del requisito siccome indirettamente richiamato dall'art. 1322 cpv. c.c.<sup>67</sup>.

Significativamente, si può asserire che negli anni cinquanta e sessanta 'sembra prevalere una regola sostanzialmente abrogativa della regola di cui all'art. 1322 cpv. c.c., ridotta in particolare ad un doppione dell'art. 1343 c.c.'<sup>68</sup>.

Non mancarono posizioni critiche originali, come quella del Pugliatti<sup>69</sup>, non ascrivibile di per sé al semplice recupero della dimensione volontaristica del negozio. La critica dell'Autore alle tesi bettiane è infatti modulata sul terreno dell'analisi funzionale dell'atto negoziale.

Pugliatti rimprovera a Betti, metodologicamente, di aver scisso la dimensione giuridica dell'evento negoziale da quella sociale, per poi, contraddittoriamente, richiamare la seconda per dare sostanza alla prima, definendo la causa (giuridica) come la funzione economico – sociale e attribuendo pertanto al negozio, inopinatamente, una natura 'ibrida'<sup>70</sup>. L'equivoco sarebbe originato dal fatto che Betti avesse sentito la necessità di introdurre un parametro meta – negoziale (e, forse, metagiuridico) per evitare che il requisito causale fosse sempre autoverificato

---

una società moderna". STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà (cit.)*, p. 43 risponde a sua volta al Betti, riconfermando le tesi esposte nella sua monografia.

<sup>66</sup> STOLFI, *op. cit.*, p. 29, 30 ss., in particolare, detto A. ritiene non necessario, ed anzi, dannoso, ogni controllo sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti che esuli dalla mera valutazione della liceità, così in polemica con la Relazione al codice e con le teorie di BETTI: "[...] si è avuto il torto di aggiungere che quella funzione 'deve essere non soltanto conforme alla legge [...] ma anche, per i riflessi diffusi dall'art. 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica". Or se con quel comma si è voluto dire soltanto che il contratto innominato deve avere causa lecita, si può annuire [...]"

<sup>67</sup> CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 216, p. 596 e 605 ss. . Anticipando quanto si riporterà *infra*, l'A. definisce la causa come funzione pratico-sociale del contratto (il termine pratico si riferisce al fatto che di requisito causale si dovrebbe poter parlare anche nei negozi non patrimoniali). All'atto di definire però quali sono gli interessi meritevoli di tutela di cui all'art. 1322 c.c., l'A. si limita a fare riferimento alla categoria della liceità, ovvero più propriamente, al rispetto dei principi causali generali che governano i tipi codificati, che si risolverebbero nel chiedere o l'esistenza di uno 'scambio' di ricchezze o la presenza dell'intento liberale.

<sup>68</sup> GUARNERI, *op. cit.*, p. 327.

<sup>69</sup> PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 119.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 109.

dal riconoscimento astratto degli effetti giuridici da parte dell'ordinamento, mercé l'introduzione del tipo legale<sup>71</sup>.

Tuttavia: “[...] *un movente concreto ed individuale, isolato o accompagnato da altri, è concepibile; ma un movente astratto, sociale, tipico, è un assurdo psicologico e una contraddizione logica. Astratto o tipico può essere un complesso unitario di effetti predisposti ed imposti, un risultato predeterminato, che il soggetto sia libero di accettare o respingere; e quando egli deliberi di accettarlo ... sarà spinto alla decisione da uno o più moventi individuali, che non si potranno confondere con quel risultato, e che, nel loro complesso, non potranno mai trasformarsi in un movente tipico*”<sup>72</sup>. La valutazione e la configurazione economico – sociali degli interessi concreti, però, spiega Pugliatti, ha lasciato il posto alla configurazione giuridica di essi<sup>73</sup>. Non varrebbe comunque obiettare che allora tutti i negozi avrebbero causa, poiché appunto si deve verificare che il profilo statico del tipo sia rispettato nei suoi limiti dall'agire pratico delle parti.

Restano fuori conseguentemente i parametri meta – negoziali ed in genere meta – giuridici: la causa del negozio, quindi, è la sua funzione giuridica fissata nella sintesi dei suoi effetti (giuridici) essenziali. Questo elemento causale rileva ‘in negativo’ e cioè come mancanza (illegittimità) che provoca nullità solo ove non fosse verificato nell'analisi del concreto agire dei contraenti<sup>74</sup>.

Negli anni successivi all'entrata in vigore del codice si assistette inoltre ad una nuova ondata di tesi anticausaliste. La prima argomentazione di questa rinnovata corrente consistette nello svilimento del requisito causale nei contratti tipici: in breve, il rispetto della struttura astratta delineata dal legislatore nei tipi codificati assicurerebbe per ipotesi il soddisfacimento del requisito causale. Come dire, la causa è il tipo o comunque il consenso sull'oggetto<sup>75</sup>. Contrattare a

---

<sup>71</sup> PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 110.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>75</sup> Dopo l'entrata in vigore del codice, si citi OSILIA, *op. cit.*, p. 365 lo svilimento del requisito deriva dall'inaccogliabilità sia delle tesi obiettive che soggettive dell'istituto, oltre che alla sua inutilità sistematica, potendo il controllo sull'autonomia privata essere svolto *aliunde*, attraverso, ad esempio, il requisito della liceità dell'oggetto. Precedentemente, il celebre attacco di GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, 1925, Firenze, p. 618: “Qual è infatti l'importanza speciale delle regole attorno alla causa? L'abbiamo veduto. Nessuna: dappoiché lo svolgimento di quelle regole non è che una serie di rinvii

quest'osservazione stava l'impossibilità di aderire ad una qualsivoglia tesi soggettivistica mercé l'esplicito accoglimento nel codice – anche solo per dichiararne l'irrelevanza – del motivo che ha portato a contrattare.

Ancora, continuando l'*excursus* sugli spunti della dottrina, si assiste in questo periodo ad un embrionale meditazione su di un'accezione della causa come in 'concreto' emergente dal singolo negozio, o comunque dalle dichiarazioni delle parti, come contrapposta ad una causa 'in astratto' espressa dal tipo, quale concettualizzazione astratta e ricorrente di un determinato assetto di interessi.

L'affermarsi della teoria precettiva, o meglio, il suo accoglimento da parte del legislatore del 1942, aveva aperto le porte a quella dicotomia: la causa non era più (solo) requisito del consenso, o meglio, di quel dato specifico consenso, ma era un requisito fatto proprio dall'ordinamento. Questo, tuttavia (per le sue caratteristiche di generalità e astrattezza e per la funzione di promozione dell'indirizzo di politica economica, v. *supra*), non poteva che riferire la causa al 'tipo' (sociale e quindi) giuridico negoziale: avveniva allora uno sdoppiamento tra la causa di quel negozio e causa di quel tipo di negozio<sup>76</sup>.

Inoltre, come si è detto, nel codice del 1942 era stato riconosciuto l'esplicarsi dell'autonomia privata al di fuori delle fattispecie contrattuali tipiche.

L'apertura del legislatore ad una autonomia privata che non solo selezionava gli oggetti dello scambio, ma ne poteva disegnare le modalità, anche al di fuori di quelle sedimentate nei tipi normativi, era però fortemente stemperata in senso dirigista, mercé il controllo sulla meritevolezza degli interessi.

E' evidente, però, che detto controllo si sarebbe potuto azionare solo con riferimento al concreto atteggiarsi delle alchimie innovative che i privati avevano dosato nel contratto atipico.

Questa esigenza di verifica portò la dottrina a condurre con ancor maggiore attenzione una riflessione fra causa del tipo codificato e causa del singolo negozio,

---

alle altre parti della teorica contrattuale. [...] Si tolgano dunque dal Codice i quattro articoli relativi alla causa, e la teoria dei contratti non rimarrà monca, né difettosa. [...] E infatti sono del tutto inutili le disposizioni degli artt. 1119, 1120, 1121 e 1122, in quanto si riferiscono alla mancanza di causa, o alla causa illecita, o alla causa falsa per simulazione, giacché le conseguenze giuridiche di queste disposizioni nascerebbero ugualmente dalle regole, che governano i limiti della libertà di contrattare, ed i principi comuni a tutti gli atti simulati.”

<sup>76</sup> PELLICANO', *op. cit.*, p. 859.

fino ad accostare la causa, nell'ambito dei tipi codificati, all'assetto di interessi come descritto nel tipo stesso<sup>77</sup>.

Questo sdoppiamento di significato, da un lato 'causa' del negozio quale interesse individuale (beninteso, anche in quanto costante, ma pur sempre individuale), dall'altro 'causa' del negozio come criterio di valutazione astratto ed ideal-tipico dell'interesse<sup>78</sup>, ha permesso di condurre ad ulteriore maturazione riflessioni dogmatiche, quali, ad esempio, quella sulla causa esterna (su cui si tornerà)<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> BETTI, *op. cit.*, p. 182 – 183: “La dichiarazione precettiva [...] appare legata da un nesso necessario d'indole psicologica e di rilevanza sociale a un interesse oggettivo, a uno scopo pratico tipico, che ne costituisce la determinante normale, la 'causa'. [...] un negozio concluso in concreto, qualunque esso sia, in tanto è negozio giuridico qualificabile come negozio di un determinato tipo [...] in quanto adempie appunto la funzione economico – sociale che caratterizza il tipo stesso.”. A partire da presupposti radicalmente diversi, come si è visto, comunque anche STOLFI, *op. cit.*, p. 30, distingue i due momenti, definendo la causa quale “[...] scopo non solo pratico ma anche tipico [...]”. Il CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 210 ss., tratta del problema specialmente per quel che attiene al negozio innominato. Secondo l'A. il requisito della causa, ove l'operatore non opti per i tipi conosciuti, dovrebbe trovare limite solo “nella impossibilità di adottare una causa che sia diversa, non solo dalle singole cause tipiche, dei singoli negozi tipici, ma anche dalle categorie di causa, sotto cui si lasciano sussumere tutte le cause obiettive [cioè una causa] che consista nello scambio di prestazione e controprestazione, ovvero per una causa gratuita”. Più precisamente (p. 597) l'A. sembrerebbe disconoscere il valore giuridico della causa, diremmo noi, concreta, ma si tratta di una questione terminologica, premeva infatti distinguere il requisito causale da ogni fuorviante impostazione soggettivistica, così l'A. finisce in parte col confondere oggettività e astrattezza, ovvero causa e tipo, pur ritenendo obbligatoria comunque una verifica dello scopo pratico del negozio, se arriva a dire: “Questo esser la causa voluta, almeno normalmente, può chiamarsi soggettivizzazione [...] della causa” (p. 598). A sostegno di questa rilettura critica, si può portare quanto dice l'Autore in tema di illiceità del negozio il cui tipo è codificato nel codice (p. 612: “[...] una illiceità può aversi [...] a mezzo di deformazione della causa tipica o commistione di essa con elementi diversi [...] ma [...] se vi è adattamento del negozio causale a fini ulteriori e diversi, ed esso è realmente voluto [...], si ha negozio indiretto e la causa resta quella tipica; il motivo che opera, accanto ad essa, può essere illecito [...]”. Tutto ciò può andar bene (per lo meno dal punto di vista logico), salvo che prima (p. 256) l'A. così si pronunciava: “I negozi causali, adatti a scopo minore e diverso (es. vendita a scopo di garanzia), che sono negozi indiretti, constano di un negozio solo: la causa che dà unità al negozio è quella del negozio adoperato (es. vendita); lo scopo minore si riflette in un patto accessorio, non in un negozio a sé [...] Restano quindi fuori del campo dei negozi indiretti: [...] i negozi in cui, accanto alla causa del negozio tipico adoperato, vi è un peculiare fine perseguito, ma questo, pur conosciuto o comune alle parti, resta allo stato puramente psicologico, senza tradursi in patti o clausole (motivo)”. Ed allora non è più chiaro come possa essere ricompreso nell'alveo dei motivi lo ‘scopo distorsivo’. In definitiva mi sembra che metta in rilievo ciò proprio PUGLIATTI, *op. cit.*, p. 112.

<sup>78</sup> SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1966, p. 786: “La dottrina ha acquisito da tempo l'idea della tipicità della causa del negozio; parlare di tipicità dei contratti può far credere che l'assonanza delle parole porti con sé un parallelismo dei concetti. Giova dunque ricordare che quando si parla di contratto tipico si vuol dire ‘contratto che rientra in una figura che ha una disciplina legale particolare; quando si parla di ‘regime della tipicità dei contratti’ ci si riferisce ad un regime in cui l'accordo non produce effetto se non rientra nelle figure specialmente ammesse dall'ordinamento; quando invece si dice che la causa del negozio è la sua finzione ‘tipica’, con ciò si vuol dire che la causa del negozio non si riduce già alle cento funzioni, variabili, cui le parti possono piegare gli effetti negoziali voluti, ma solo a quella funzione che appare inseparabile dagli effetti di quel negozio”. Così SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 171: “[...] s'intende come la causa sia al tempo stesso un elemento oggettivo, in quanto è stabilito dalla legge come condizione dell'autonomia privata, epperò anche soggettivo, in quanto la volontà deve in concreto essere mossa da una causa, cioè tendere ad uno scopo, in conformità della legge”.

<sup>79</sup> BETTI, *op. cit.*, p. 176: “l'interferenza del negozio con un rapporto giuridico preesistente o anche coevo o futuro può dar luogo non solo ad un nesso psicologico, ma anche ad un nesso di carattere oggettivo, talora costante, talora variabile, ma in ogni caso tale da render ragione della causa secondo la natura del negozio o

La stretta ed acritica adesione all'impostazione interpretativa della Relazione al codice, nella quale essenzialmente si riconosceva al legislatore di aver positivizzato nei tipi legali delle rappresentazioni causali *stricto iure* lecite e ammissibili, conduceva alla conclusione che, qualora un negozio fosse riconducibile, in astratto, ad un tipo legale, in esso la causa sarebbe stata presente e lecita<sup>80</sup>.

Non si trattava allora di una matura riflessione sulla c.d. 'causa in concreto', ma venivano poste le basi per una raffinazione degli aspetti causali nei contratti tipici, tale da aprire le porte, in futuro, a costruzioni dottrinali più complesse ed articolate<sup>81</sup>. Queste essenzialmente le riflessioni maturate sul dato fisiologico dell'istituto.

La direttrice dogmatica e tecnica appena riassunta non esaurisce il panorama immediatamente successivo all'entrata in vigore del codice.

Note sono le vicende storiche che hanno consumato l'Italia nella prima metà degli anni '40.

Noto è anche il movimento innovatore (poliedrico e sfaccettato, ma ricco di tratti comuni) che, a partire dalla caduta del nazifascismo, ha portato alla radicale

---

secondo la concreta situazione di fatto in cui esso si compie: nesso, pertanto, che ha una rilevanza giuridica indiretta per l'ipotesi che il rapporto connesso si riveli inconsistente".

A parte l'evidente adentellato con la dottrina tedesca, è interessante puntualizzare che l'A. pur includendo entrambe le manifestazioni di 'nesso' nell'ambito del requisito causale, distingue nesso astratto e nesso *concreto*.

Invero, il concetto di causa esterna ha trovato comunque una prima accoglienza nella dottrina italiana sulla scorta dell'accoglimento della categoria negoziale, in parallelo ai negozi astratti di diritto tedesco, così NICOLO', *op. cit.*, p. 13: "[...] quando il negozio che ha dato vita al rapporto obbligatorio sia un negozio astratto [...] la giustificazione obiettiva dello spostamento patrimoniale potenzialmente verificatosi con l'assunzione dell'obbligo, va ritrovata in rapporti giuridici preesistenti, del tutto estrinseci rispetto al negozio costitutivo [...]".

<sup>80</sup> SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, p. 180, l'A., nonostante avesse chiara la distinzione delle due diverse accezioni della locuzione 'causa del contratto' (con riferimento al singolo contratto, o con riferimento al tipo, sociale o ordinamentale), come detto nella nota precedente, così ancora si esprimeva: "Se la causa, proprio perché è l'elemento caratteristico del negozio, non può mancare nel negozio tipico, qual è regolato dalla legge, può invece mancare [...] nel negozio concreto". BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, p. 65 – 66 attribuisce l'erronea sovrapposizione tra causa e tipo al bisogno di riconvertire il negozio causale alle dinamiche del nudo patto, ma il "collegamento dell'effetto traslativo ad un dato meccanismo negoziale esprime, infatti, soltanto il risultato della scelta degli strumenti – o meglio dei tipi strutturali di comportamento – idonei alla produzione dell'effetto; e non investe il profilo funzionale. L'idea sarà sviluppata da Ferri, v. *infra*.

<sup>81</sup> REDENTI, *op. cit.*, p. 907 e ss.: "[...] il controllo dell'ordinamento giuridico deve affrontare, come avvertivo, degli altri [problemi], di carattere concreto, caso per caso, e così per intanto quelli della possibilità (attuabilità) della causa, così e come "materiate" in quel dato caso. Che il risultato schematizzato prospetti, per esempio, uno scambio di beni o di servizi in astratto sta bene; nulla quaestio sulla idoneità strutturale. Ma questo scambio è o sarà poi praticamente e concretamente attuabile? [...] un sedicente contratto di scambio con una prestazione altrui che in quantità sia come niente, ut puta una vendita fatta per un prezzo simbolico nummo uno, non è più uno scambio e non è più una vendita. E si capisce che il giudice, per farne giudizio, non potrà fermarsi alla falsa demonstratio, ma dovrà guardare al contenuto sostanziale".

revisione delle dottrine filosofiche e politiche che avevano diretto lo sviluppo normativo avutosi nel ventennio.

Tre essenzialmente gli eventi rivoluzionari: il primo, la disintegrazione dell'ideologia dello Stato 'etico'; il secondo, la defascistizzazione delle istituzioni; il terzo, l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana.

Ognuno dei singoli avvenimenti sopra descritti ha meritato (e merita) non volumi, ma enciclopedie. Anche tentare di essere esaustivi riducendo il tema d'indagine e inquadrando solo quello che, nei diversi ambiti, più attiene ad una riflessione sull'autonomia privata, si rivelerebbe uno sforzo enciclopedico.

Ciò premesso, non si può tuttavia prescindere dalle considerazioni che seguono.

Quanto al primo aspetto, si assistette nel dopoguerra al definitivo abbandono della filosofia gentiliana e al trionfare del pensiero liberale e libertario: si pensi in questo senso, fra i molti, ai contributi di Luigi Einaudi e di Piero Gobetti<sup>82</sup>.

In particolare, poi, quasi a contraltare dialettico con il pensiero di Gentile, determinante fu l'impostazione che dell'antifascismo dette Benedetto Croce. Questo non tanto perché l'opera del filosofo ebbe particolare fortuna nel dopoguerra, ma perché fu esempio e riferimento (anche dialettico, si pensi al pensiero di Gramsci) proprio negli anni dell'opposizione al regime<sup>83</sup>. E' stata già richiamata la ricostruzione che dello spirito era stata fatta da Gentile, ebbene, quella di Croce era cresciuta in consapevole antitesi. Pur predicando, hegelianamente, l'unità dello spirito, Croce manteneva l'impostazione dialettica della storia, ed in questo vedeva lo svolgersi della libertà; così in 'La storia come pensiero e come azione': "*Chi desideri in breve persuadersi che la libertà non può vivere diversamente da come è vissuta e vivrà sempre nella storia, di vita pericolosa e combattente, pensi per un istante a un mondo di libertà senza contrasti, senza oppressioni di nessuna sorta; e*

---

<sup>82</sup> 'Antifascista, costituente, illustre economista, Presidente della Repubblica'. Con queste parole, semplici, efficaci, incalzanti, BOBBIO, *op. cit.*, p. 251, definisce il pensiero *in thema* dell'A.: "Che lo stato dovesse impicciarsi il meno possibile delle attività economiche degli individui e dei gruppi, fu uno dei punti fermi del credo einaudiano. Fu l'idea centrale attorno cui ruotano tutte le altre, e dalla quale egli derivò motivi, argomenti, spunti, per la sua quasi quotidiana predicazione antiprotezionistica, anticollectivistica, anticorporativistica, antimonopolistica, antidirigistica, antiburocratica, antisocialista, anticomunista, in una parola, antistatalistica". V. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949 (2010), § 8 - § 9.

<sup>83</sup> BOBBIO, *Benedetto Croce e il Liberalismo*, in *Politica e Cultura*, Torino, 1955, p. 211 ss. .

*subito se ne ritrarrà inorridito come dall'immagine, peggio che della morte, della noia infinita*<sup>84</sup>.

Quanto al secondo aspetto, è noto che, negli anni successivi all'armistizio, si procedette in Italia ad una sistematica ed intesa attività di epurazione dell'ordinamento giuridico civilistico da ogni riferimento diretto al regime. Le modifiche, però, non si limitarono ad eliminare le odiose disposizioni razziali o ad abrogare, anche implicitamente, i riferimenti all'ordinamento monarchico.

Tra gli interventi rilevanti, per quel che qui interessa, vi fu ad esempio la totale abrogazione dell'ordinamento corporativo e delle sue fonti di produzione, ad opera *in primis* del Regio decreto-legge 9 agosto 1943, n. 721 poi convertito in l. 5 maggio 1949, n. 178. Cioè in definitiva si travolgeva una delle massime espressioni del fenomeno (distortamente) solidaristico richiamato anche nella Relazione al nuovo codice civile sopra citata<sup>85</sup>.

Quanto al terzo aspetto, l'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana, valore sovraordinante dell'ordinamento positivo, comportò uno stravolgimento sistematico nel diritto positivo italiano.

Erano e sono presenti nell'articolato tutta una serie di disposizioni che imponevano un'attenta riconsiderazione, se non della teoria precettiva del negozio giuridico, ed ancora, se non direttamente alla tesi della causa come funzione economico – sociale, quantomeno della possibilità di affidare il contenuto del parametro di meritevolezza di cui all'art. 1322 cpv. c.c. all'interesse diretto dello stato<sup>86</sup>.

Secondo altra dottrina, dalla maggiore fortuna storica (v. *infra*) l'articolo 41 della Costituzione, al comma secondo, permetterebbe tutt'ora il controllo pubblicistico dello svolgersi dell'autonomia privata. E' evidente, sempre secondo i fautori di detta tesi, che il *pool* di criteri di giudizio a cui riferirsi nell'esercizio del controllo sono i principi solidaristici che innervano il testo costituzionale stesso.

Il tentativo di ricostruire l'istituto della causa attorno ai valori espressi nella costituzione, se all'inizio si inseriva comunque nella logica del più puro

---

<sup>84</sup> Cfr. BOBBIO, *op. cit.*, p. 215 ss.; CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Roma, 1970, p. 40 ss. .

<sup>85</sup> PELLICANO', *op. cit.*, p. 856, definisce la teoria della causa come finzione economico sociale una operazione che aveva "reso possibile, in concreto, l'assimilazione all'ideologia corporativa, non solo dei rapporti cosiddetti economici, ma degli stessi rapporti sociali e civili.

<sup>86</sup> STOLFI, *op. cit.*, p. 23.

dogmatismo, durante gli anni settanta si trova compresente ad un ‘indebolimento delle dominanti concezioni formaliste e dal progressivo abbandono del metodo paleo o neosistemato’<sup>87</sup>.

E’ noto che il controllo di legittimità costituzionale (affidato al ‘sindacato diffuso’ dalla XI disposizione transitoria nelle more dell’approvazione della normativa di settore) non ebbe un impatto giurisprudenziale decisivo. Tuttavia, la Corte Costituzionale venne immediatamente raggiunta dal problema dell’autonomia privata, avendo modo di precisare che: *“Poiché l’autonomia contrattuale in materia economica è strumentale rispetto all’iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si risolve in un limite della seconda, ed è legittimo, perciò, solo se preordinato al raggiungimento degli scopi previsti dalla Costituzione”*<sup>88</sup>.

Infine, nel corso delle trasformazioni dipendenti da quanto appena considerato, non è da sottovalutare il contesto storico – politico ed economico post unitario.

L’insieme dei fattori sopra descritti ha pertanto contribuito, imprimendone una forte accelerazione, all’abbandono progressivo della tesi che inquadrava la causa come funzione economico – sociale del negozio e quindi del contratto<sup>89</sup>.

### ***La causa come funzione economico – individuale.***

Nei primi anni successivi all’entrata in vigore del codice civile si è ripetutamente assistito nelle dottrine filosofiche, economiche e giuridiche, nonché nella stessa produzione normativa, ad una totale crisi di rigetto contro la pervasiva oppressione statale predicata dal regime fascista, per quel che qui rileva, trasfusa nell’impostazione della Relazione al codice civile del 1942.

---

<sup>87</sup> GUARNERI, *op. cit.*, p. 327. In generale, v. MENGONI, *op. cit.*, *Forma giuridica e materia economica*, p. 147 ss. .

<sup>88</sup> Corte Costituzionale 23 aprile 1965, n. 30, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>89</sup> Così, L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1957, p. 135: “E’ molto diffusa l’opinione che l’attività negoziale debba perseguire fini socialmente apprezzabili. Questa veduta, resa verosimile dall’art. 1322 c.c. cpv. tende a trasformare l’autonomia privata in potere – funzione, cioè in un potere cui è posto dalla legge il raggiungimento di uno scopo. Adottandola si va ad urtare contro la ragione stessa della distinzione fra diritto pubblico e diritto privato, fra interesse pubblico e interessi privati.”. Ed è sintomatico che l’A. pone questo punto fermo pur avendo una concezione fortemente statalista dell’autonomia privata, definendola come potere attribuito ai singoli, da parte dell’ordinamento giuridico, al fine di produrre diritto obiettivo.

Nel campo del diritto ed in particolare nel campo dell'autonomia privata, l'organica presa di coscienza dell'avvenuto superamento della definizione di causa come funzione economico – sociale si deve a Giovanni B. Ferri, ed in particolare alle tesi da questi esposte nell'opera “*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*”.

Non si intende attribuire alle tesi dell'Autore un valore rivoluzionario nel senso di aver sovvertito per prime la teoria della causa come funzione economico – sociale quale era stata sviluppata durante il regime. Non solo perché detta tesi non era mai completamente permeata (v. *supra*), ma anche perché la breccia era già stata aperta da degni oppositori (in particolare, si citi Pugliatti, v. *supra*).

Il merito dell'Autore, questo sì rivoluzionario, fu essenzialmente quello di aver dato piena collocazione sistematica all'avvenuto superamento della concezione dirigistica dell'intervento statale nell'autonomia privata, ciò attraverso un'opera densa, completa e profonda di esegesi delle fonti storiche e dottrinali.

Il sostrato teorico del codice del 1942, si è detto, era *in primis* costituito dall'accoglimento della teoria precettiva del negozio giuridico. L'autonomia privata, esplicantesi sul piano sociale, poteva trovare effetto giuridico solo dalla sanzione ordinamentale. Su questi presupposti, l'idea di tipo contrattuale codificato aveva assunto un'importanza (onto)logica preponderante non solo sul tipo sociale, ma in genere sul concreto accordo come posto in essere dagli operatori.

Questo spostamento di attenzione, dall'interesse economico – pratico al riconoscimento della valenza giuridica nel tipo, aveva portato a sovrapporre il soddisfacimento del requisito causale con l'avvenuta adozione di un tipo contrattuale definito nel codice<sup>90</sup>. Anche nel campo in cui non si poteva richiamare il tipo legale, ovvero quello dei contratti atipici di cui all'art. 1322 cpv c.c., si imponeva all'interprete il richiamo al piano generale – astratto dell'ordinamento attraverso l'esigenza del soddisfacimento degli interessi meritevoli di tutela, chiudendo le porte alla valenza in sé per sé all'interesse pratico dei contraenti immanente nell'atto.

---

<sup>90</sup> GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1967, p. 1499: “La confusione tra tipo (o il problema del tipo) e ‘causa’, confusione facilitata dalla polivalenza o ambiguità del *nomen* ‘causa’, è stata una delle spinte alla teoria della ‘causa’ come funzione economico - sociale, cioè della soddisfazione (anche) sociale, come ragione o giustificazione del riconoscimento giuridico del negozio”.

L'Autore colpisce l'ala più fragile della teoria della causa come funzione economico – sociale, quella dei contratti atipici (nel senso che è quella più esposta alle evoluzioni delle concrete ed individuali prassi economiche). L'attacco è sferrato da un punto d'osservazione strategico: quello del diritto positivo, ed in particolare dell'art. 1322 c.c. .

La base di partenza resta la considerazione dell'ordinamento come valore ordinante della fattispecie negoziale<sup>91</sup>, per come determinata nel contenuto dalle parti<sup>92</sup>.

Cómpito dell'ordinamento, attraverso il vaglio della meritevolezza dell'interesse, sarebbe quello di limitare dall'esterno e quantitativamente, l'autonomia privata<sup>93</sup>: viene in rilievo però *in primis* il singolo atto di autonomia in sé, come specifico regolamento di interessi.

Proprio questi singoli 'regolamenti di interessi', nella realtà materiale, tendono autonomamente già ad orientarsi secondo strutture che ne colgono le caratteristiche uniformi<sup>94</sup>. Queste categorie sociali uniformi ed uniformanti (cui tenderanno ad ispirarsi gli stessi ordinamenti giuridici) non costituiscono di per loro un limite che impedisce la tutela di interessi difformi<sup>95</sup>. Non c'è pertanto contraddizione tra individuo, società e diritto, ma solo un rapporto di competenza e interazione<sup>96</sup>. La società informerà di sé il diritto e il diritto la società, lasciando comunque libero l'esplicarsi del singolo interesse.

In particolare, la tutela degli interessi dei privati da parte dell'ordinamento sarà subordinata solo al rispetto da parte dei primi dei limiti posti dal secondo, ossia dalla realizzazione di un interesse meritevole di tutela (art. 1322 c.c.). Tale realizzazione non significa però finalizzazione dell'agire privato all'interesse sociale, inteso in

---

<sup>91</sup> FERRI, *op. cit.*, p. 163, che ne attribuisce l'efficacia, p. 175.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 181.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 189, più in là, a p. 249, viene ulteriormente concettualizzata la separazione tra interesse e tipo: "La causa non è dunque la funzione economico sociale; la causa non può essere funzione del negozio, può avere al più una funzione. E se ne ha una, questa non sarà economico – sociale (dato che una formula del genere è casomai utilizzabile con maggiore esattezza nei confronti dei tipi, che se legali avranno una funzione economico – giuridica e se sociali ne avranno una solo economico – sociale), ma economico – individuale, in quanto riguarda un'operazione che esprime esigenze ed interessi di uno o più individui".

particolare come valore meta – giuridico. Semmai, di funzionalizzazione sociale si può parlare riguardo ai tipi legali, se informati dei tipi sociali<sup>97</sup>.

Quindi così Ferri: *“Ecco perché, se come ci appare necessario, il fulcro della valutazione causale resta quello espresso dall’art. 1322, in termini di interesse meritevole di tutela, la causa non può essere fatta consistere nelle funzioni economico tipiche del negozio. Una funzione economico – tipica può addirittura mancare, sia perché un tipo sociale non si è ancora formato, sia perché l’interesse, pure meritevole di tutela, è un interesse particolare e contingente. [...] normalmente ad una struttura tipica corrisponde ad un interesse tipico, che viene, cioè, con essa normalmente realizzato, ma nulla vieta ai privati di introdurre nel negozio tipico altri elementi extratipici.”*<sup>98</sup>.

Il soddisfacimento di un interesse meritevole di tutela altro non è che il modo di richiamare, genericamente, l’applicazione delle singole norme contenute nel titolo II del libro IV<sup>99</sup>.

Questo approccio metodologico permette a Ferri di risolvere un problema annoso: quello dell’esigenza o meno di verificare la liceità dell’assetto causale nel caso di adozione di un tipo legale. La soluzione è positiva: anche nei tipi codificati si dovrà vagliare la liceità dell’assetto causale sotto il profilo dell’interesse pratico globale ed oggettivo posto in essere dalle parti<sup>100</sup>.

Questo il nucleo essenziale di quella che poi passerà alla storia nella letteratura giuridica e nelle sentenze come tesi della causa come funzione economico – individuale.

Caratteristiche salienti ne sono: a) considerazione dell’autonomia privata come strumento di realizzazione di interessi economico – individuali; b) considerazione della causa quale interesse economico – individuale oggettivo e comune alle parti

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 245.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 248.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 266.

<sup>100</sup> Il concetto, si è accennato, non è nuovo. La dottrina si era già posta il problema dell’illiceità causale del contratto tipico. Si v. DE GENNARO, *op. cit.*, p. 299: “Ma l’indagine non deve arrestarsi al verificare che la volontà delle parti di produrre un dato effetto giuridico si è svolta attraverso un tipo di contratto (noto o nuovo), che nella sua figura astratta di presenti perseguita una data funzione economica, non infirmabile per illiceità; in quanto se l’esito favorevole di questo esame dà garanzia della utilità sociale del contratto, ciò non toglie che questa potrebbe venir meno stante le circostanze del caso concreto. La causa non soltanto deve esistere come qualche cosa di schematico, di freddo, di inerte per forza... di gravità al contratto; il contratto è una realtà umana, volontaria, una tale realtà deve avere anche la sua causa.”

concretato nell'assetto negoziale; c) rigida separazione sia fra causa del negozio e tipo sociale, sia tanto più fra causa e tipo legale; d) meritevolezza dell'interesse quale liceità dell'interesse economico – individuale perseguito.

La reazione della dottrina alla tesi esposta da Ferri fu di sostanziale apprezzamento<sup>101</sup>, in specie per il punto più forte del lavoro dell'Autore, ovvero l'attitudine generale, sistematica e dettagliata dell'opera.

Non mancarono analisi volte a rilevarne lacune e contraddizioni.

Anzitutto, si pose in luce il fatto che nell'opera di Ferri non trova definitiva soluzione il quesito se l'art. 1322 c.c. cpv. abbia la pretesa (quantomeno latente) di legittimare l'autonomia privata, più che di limitarla<sup>102</sup>. La questione, come pare evidente, si inserisce nel più ampio dibattito relativo all'autonomia privata, ed in genere alle riflessioni sull'unità o la pluralità degli ordinamenti di interessi.

Altro *punctum dolens* notato dalla dottrina, fu l'irrisolto problema del contratto concluso per 'fini capricciosi o fatui', siccome quello del nudo patto. Nel pensiero di Ferri non è rimasto chiaro, infatti, in tali circostanze (e specie nel caso di contratto – anche socialmente – atipico), se la causa effettivamente sia presente e, se, in genere, sia meritevole di tutela<sup>103</sup>.

La ragione è forse riferibile al fatto che nell'opera dell'Autore non trova autonoma collocazione una riflessione sulla patologia dell'istituto della causa, in particolare per quel che attiene la previsione di codicistica della nullità per il difetto di tale requisito essenziale.

Ancora, altra critica rivolta alla accezione 'concreta' della causa venne da chi denunciò la contiguità inammissibile tra causa in concreto e motivi, rifiutando che nell'assetto causale possano avere ingresso interessi 'particolari e contingenti' o, più propriamente, riconducendoli nell'alveo dei motivi<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Dopo Ferri, l'alternativa è sempre stata tra Betti e ... Ferri, questo sembra dire PELLICANO', *op. cit.*, p. 861: "Per l'interprete si pone quindi un'alternativa ben precisa: o si afferma che la causa è ciò che legittima l'attribuzione patrimoniale individuale – ed allora si versa in una situazione analoga a quella descritta da G.B. Ferri – o si dice coerentemente che la causa, in quanto funzione economico – sociale, giustifica non tanto il singolo contratto quanto l'assetto economico sociale che a quel concetto viene sussunto".

<sup>102</sup> GORLA, *op. cit.*, p. 1500.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 1502.

<sup>104</sup> BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1979, p. 1109. In qualche modo a questa critica aderisce ALPA, *Atto di liberalità e motivi dell'attribuzione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1972, p. 357 (anteriore perché riferito ad altra

La giurisprudenza, come ricordato, già nel corso degli anni sessanta si era avviata verso una sostanziale rivisitazione delle interpretazioni del requisito della causa prima modulate sulla scorta della Relazione del codice civile.

Il cambiamento, come in effetti accadde per parte della dottrina, non riguardò l'aspetto terminologico: anche la Cassazione, infatti, continuò anche nel corso degli anni settanta e ottanta ad utilizzare la definizione di causa come funzione economico – sociale del negozio giuridico.

Rivoluzionarie, invece, furono le applicazioni date a tale definizione.

L'inversione di tendenza 'sostanziale' si suole ricondurre alla sentenza n. 68 dell' 11 gennaio 1973, pronunciata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte (Presidente Flore, Est. Tamburrino).

Il caso è di seguito succintamente riportato.

Nel periodo tra il 1960 e il 1962, un gruppo di persone veniva ammesso a prestare la propria opera presso un assessorato della regione Sicilia.

La prestazione di lavoro ed il correlativo trattamento, però, secondo l'assessorato stesso, si sarebbero svolti in violazione delle leggi regionali n. 14 del 1958 e n. 15 del 1959, vietanti l'assunzione di privati alle dipendenze della regione.

Per questo l'ente comunicò la cessazione del rapporto.

Una delle impiegate incardinò dapprima un processo amministrativo avverso il provvedimento, conclusosi con pronuncia di difetto di giurisdizione, poi una controversia avanti il Giudice ordinario. Lasciando in ombra le pretese specifiche svolte avanti il Tribunale, è intuibile come immediatamente venne a rilevare la trattazione della questione incidentale relativa alla liceità del rapporto instauratosi tra l'ente e la prestatrice lavoro.

Il Giudice di prime cure e la Corte d'Appello rigettarono le tesi dell'assessorato, che propose ricorso per Cassazione.

Il Supremo Collegio rigettò il ricorso così argomentando: a) ha ragione l'assessorato quando sostiene che è prospettabile, almeno ipoteticamente, l'illiceità diretta della

---

opera di Bessone), il quale, riferendosi ad una pronuncia giudiziale che valorizzava l'interesse comune delle parti (diremmo noi, ancora un embrionale causa concreta), sottolinea che "la possibilità di distinguere nettamente tra elementi che senz'altro risultano esterni all'atto [...] ed elementi che invece vengono ad assumere un aspetto obiettivo, diventa sempre più ardua".

causa del contratto (rapporto) di lavoro, siccome tale accertato; b) in concreto, però, il fine pratico del rapporto era quello di sopperire alle carenze organiche dell'ente: la causa è quindi meritoria e lecita.

Così la Cassazione: “[...] *l’affermare ... che per il contratto di lavoro (come per gli altri contratti tipici) la illiceità della causa funziona solo nelle ipotesi dell’art. 1344 (negozio in frode) e dell’art. 1345 (motivo comune unico determinante) sembra evidentemente in contrasto con la generalità ... della normativa sulla causa, tanto più che le ipotesi di cui all’art. 1344 ... e dell’art. 1345 sono ipotesi sussidiarie di fronte a quella regolare e normale della illiceità diretta che affligge il negozio (art. 1343)*”.

Ancora: “[...] *non ripudiandosi il concetto astratto ed obiettivo di causa come funzione posta direttamente dalla norma per ciascun contratto tipico e presente pur nei tratti atipici attraverso il limite della rispondenza concreta ad una delle funzioni astratte degne di tutela secondo l’ordinamento, deve essere ammesso che tale funzione non deve rimanere nel limbo dell’astrattezza, ma deve essere presente anche nel contratto tipico, concretamente posto in essere quest’ultimo cioè ad avere una funzione concreta, obiettiva, che corrisponda ad una delle funzioni tipicamente ed astrattamente determinate, come nella ipotesi di contratto atipico la causa creata dalle parti deve rientrare in una funzione degna di tutela. Pertanto anche in ordine ai contratti tipici, il normale processo ermeneutico che consiste nel vedere se un determinato contratto posto in essere in concreto risponda ad un determinato tipo ed abbia tutti gli elementi e tutte le caratteristiche volute dal tipo astratto, deve essere fatto in relazione a tutti gli elementi previsti dall’art. 1325 e quindi anche in relazione alla causa [...]*”.

Questa è la ricezione giurisprudenziale non solo della causa come funzione economico – individuale<sup>105</sup>, ma anche dell’accezione più concreta del requisito: conta non solo (e non tanto) la causa in astratto (nel senso di quella generalmente

---

<sup>105</sup> Il testo della sentenza è edito in *Foro pad.*, 1974, I, p. 115, con nota di BALESTRINI. Il Commentatore riconosce la portata innovativa della sentenza e la ricollega esplicitamente all’opera del Ferri. Solo due chiose: l’A. sembra intendere che gli elementi che costituiscono il concreto atteggiarsi del patto siano (quantitativamente) ‘marginali’ rispetto al nucleo dell’accordo (p. 118) ed afferenti più alla sfera dei motivi che a quella della dichiarazione posta (p. 117). Ebbene, come forse chiarito dall’A. anche nelle pagine che seguono (p. 121), la Suprema Corte chiarisce invece che trattasi di pure circostanze obiettive, non marginali, ma riscontrabili nell’assetto di interessi come globalmente posto dalle parti.

espressa dal tipo), ma il concreto atteggiarsi delle pattuizioni, nel contesto fattuale dell'accordo.

Parallelamente a questa presa di coscienza da parte della giurisprudenza di legittimità, si è assistito ad un successivo smarcamento della dottrina da tendenze metagiuridiche nell'analisi dell'elemento causale.

Così, in un celebre scritto del 1971, Sacco: *“Un dato è certo. Una promessa o un atto di disposizione ha una causa, se il promissario o l'acquirente, a sua volta, promette validamente una prestazione o effettua un'altra disposizione valutabile in denaro e corrispondente ad un interesse del soggetto considerato. La reciprocità dei due sacrifici assicura che il requisito della causa è soddisfatto. Quando le parti affrontano con il contratto sacrifici reciproci, la causa cessa di essere un problema”*<sup>106</sup>.

L'ultimo passaggio logico caratterizzato da una sufficiente nettezza si era compiuto.

Il legame fra causa e sacrificio reciproco ricomponeva (almeno apparentemente) la frattura generatasi fra causa dell'obbligazione e causa del negozio.

Parimenti, sincronizzava il requisito con le teorie analitico – economiche che andavano sviluppandosi, le quali vedevano nel contratto un sistema di procreazione della ricchezza: *“... l'essenzialità della causa è espressione di un principio generale secondo cui ogni attribuzione patrimoniale deve essere giustificata da un fatto o da un atto idoneo a produrla”*<sup>107</sup>.

Avulso da un'indagine assiologica, il contratto era veicolo di ricchezza e la causa ne era l'ipostasi, in termini di scambio.

Invero, restavano invero aperti una serie di problemi: principalmente, quello delle attribuzioni a titolo gratuito o con controprestazione irrisoria e quello della compatibilità della autonomia privata con i doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

Si era tuttavia giunti alla conclusione – che ad oggi ancora resiste – che è lo scambio il parametro funzionale di riferimento per la valutazione di sussistenza del requisito causale.

---

<sup>106</sup> SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, Banca borsa tit. cred., 1971, I, 510.

<sup>107</sup> CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007, p. 220.

A partire dalla seconda metà degli anni settanta, poi, si assistette ad un progressivo sfilacciamento del panorama dottrinale e giurisprudenziale, tale da comportare una cesura netta con i decenni precedenti, caratterizzati invece dalla netta opposizione di teorie ben delineate.

***La causa concreta come parametro operativo di giudizio.***

Nella rivista Diritto Fallimentare, nel 1995, è comparso un articolo di Ragusa Maggiore, intitolato *La scomparsa degli idola fori: la causa del contratto*. Il celebre Autore, che già aveva trattato il tema in un articolo pubblicato del 1959<sup>108</sup>, si dice “convinto, allora come oggi che quello della causa è un falso problema”<sup>109</sup>, poiché “i veri problemi sono quelli legati all’assetto economico della società in cui viviamo e alla tutela delle posizioni delle parti nel contratto”.

Continua l’Autore, nella pagina che segue, affermando che “la verità dunque è che la definizione della causa del contratto è una definizione giudiziaria, come bene hanno inteso gli autori più recenti” e rimproverando alla dottrina degli ultimi trent’anni di aver “intessuti lunghi discorsi spesso al limite della dissertazione teorico-filosofica, priva di quel pragmatismo che sempre deve ispirare l’interprete”.

L’articolo, più che una compiuta presa di posizione sulle tesi in materia di causa (solo vagamente abbozzata), costituisce invece un’asciutta chiosa meta – letteraria sulla produzione dottrinale in tema di causa del contratto.

In quattro righe l’Autore delinea le direttrici della maggior parte dei contributi teorici e giurisprudenziali degli ultimi (rispetto ad oggi), forse non quarantacinque, ma, di sicuro, trent’anni:

a) per la dottrina, dal un lato spicca una tendenza a privilegiare il momento dissertativo, ovvero a indugiare sui profili storici, sulle ricostruzioni filosofiche, sui passaggi concettosi e criptici (spesso carichi di citazioni di autori i cui testi sono per lo più introvabili), sulla polemica (il più delle volte generata dallo scarso

---

<sup>108</sup> RAGUSA MAGGIORE, *La causa del contratto in generale*, Dir. fall., 1959, p. 13.

<sup>109</sup> RAGUSA MAGGIORE, *cit. nel testo*, p. 554 e ss. .

approfondimento del *corpus* dialettico prodottosi dagli anni '40 agli anni '70), il tutto senza svolgere da introduzione ad alcuna tesi teorica, se non innovativa, quantomeno di portata generale, giustificante le faticose premesse;

b) sotto altro profilo<sup>110</sup>, invece, si assiste ad una produzione viva e dinamica, ricca di spunti, concentrata però su singole manifestazioni dell'istituto della causa (i suoi confini con gli altri elementi essenziali, i limiti di liceità, ecc...) o su istituti che hanno un diretto legame con la causa ma coinvolgono questioni diverse (negozi collegati, negozi misti, ecc...);

c) per quel che attiene la giurisprudenza, l'istituto della causa conosce una notevole e crescente fortuna, solo in parte ricollegabile al semplice aumento proporzionale delle sentenze pronunciate dalla Cassazione, più in generale comunque riferibile al progressivo (ri)evolversi del potere di indirizzo, anche teorico, delle corti supreme.

Questa premessa comporta un cambiamento nei criteri espositivi che si adotteranno in seguito. Sin qui si è potuto procedere, essenzialmente, per scansioni temporali. L'organicità dell'analisi non ne ha risentito, ed anzi si è sovrapposta, all'avvicinarsi delle principali teorie, proprio perché tra storia e evoluzione sistematica vi è stato un vivo canale di comunicazione biunivoco ed evidente. Dalla fine degli anni settanta in poi, nonostante l'importanza delle vicende storiche occorse (si pensi alla caduta dell'U.R.S.S.), il legame fra grandi eventi e diritto, per quel che attiene all'istituto della causa, si è fatto più sbiadito, più sibillino. Non assente: si consideri ad esempio l'evoluzione del diritto comunitario ed in genere il proliferare degli studi sulle contrattazioni di massa e sullo squilibrio contrattuale, i quali saranno cassa di risonanza di interessanti prese di posizione sul profilo causale del contratto. La minore rilevanza del dato cronologico, per quel che attiene ai grandi eventi storici, in uno alla maturità già raggiunta dalle riflessioni fino agli anni settanta, obbliga ad abbandonare il criterio temporale di suddivisione dell'esposizione, in favore di quello tematico.

La scelta, infine (si v. *infra*), è motivata anche dalla diversa attenzione della dottrina per l'approccio operativo ai casi involventi l'istituto della causa. Dove appunto le

---

<sup>110</sup> Si precisa incidentalmente che dell'articolo del Ragusa Maggiore, tanto si condividono le premesse, quanto si rigettano le conclusioni, in specie per quel che attiene alla vagheggiata banalità degli studi sulla causa nelle fattispecie negoziali atipiche.

teorie sulla causa del contratto non sono più diventate strette variabili dipendenti di eventi storici importanti, si è assistito progressivamente al rafforzamento del collegamento diretto tra causa del contratto e singolo caso sottoposto al vaglio dell'interprete<sup>111</sup>.

Questo collegamento 'diffuso', iniziato con l'abbandono dell'approccio tecnico – dogmatico, ha favorito ulteriormente la concentrazione della dottrina su singoli aspetti dell'istituto, con conseguente difficoltà di fornirne una, unitaria, evoluzione cronologica.

Negli anni settanta, è noto, ha accresciuto i propri consensi un movimento esegetico, al suo interno eterogeneo (in sintesi ascrivibile alle riflessioni della filosofia ermeneutica, da un lato, ed alla sociologia giuridica, dall'altro), volto a rigettare il metodo di interpretazione dogmatico – sistematico<sup>112</sup>. L'abbandono di questa metodologia interpretativa doveva aversi in favore di un approccio problematico, che non rimanesse nell'empireo delle simmetriche ricostruzioni teoriche, ma focalizzasse l'analisi sul caso.

Non è necessario scendere in maggiori dettagli per intuire quali potessero essere le conseguenze di questo mutamento di prospettive, in particolare in ordine all'istituto della causa. Se si passa dal 'dogma' al 'problema', dalla 'norma' al 'caso', il ruolo di mediazione della causa, tra interesse generale e interesse particolare nell'autonomia privata, non viene più apprezzato e ricostruito a livello generale astratto, bensì viene continuamente messo alla prova nel caso concreto.

---

<sup>111</sup> PELLICANO', *Problemi della causa del contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1979, p. 907 la definisce espressione di "interessi che trascendono il 'particolare' e si rende ... complessivo strumento di mediazione dell'intera vicenda economica, giuridica e istituzionale". Questa era la prospettiva che, evidentemente, venivano ad adottare i giuristi negli anni settanta: ma si può 'mediare' senza porre l'accento, in maniera preponderante, sul 'fatto'?

L'attenzione posta sul dato concreto ha anche portato alla rivalutazione di una serie di istituti, contigui alla causa, anch'essi portati alla prova dei fatti, in quella società così diversa da quella che aveva visto l'origine del codice civile. Come esempio, si può ricordare, per l'affinità di tema, il lavoro di BARCELLONA, *op. cit.*, p. 11 ss.. Nello scritto l'A. mira a "negare l'equazione tra 'giusta causa' e titolo giuridicamente idoneo alla produzione dell'effetto traslativo, ed ammettere la possibilità che un atto negoziale o un fatto giuridicamente rilevante determini lo spostamento patrimoniale e tuttavia non lo giustifichi sul piano sostanziale."

<sup>112</sup> MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e Valori*, 1985, Bologna, p. 11, originariamente pubblicato in *Ius*, 1976, p. 3 ss. L'A., inserendosi nel dibattito sul metodo, fiorente in quegli anni, predica la riscoperta della Topica, come metodologia di indagine adatta alla problematizzazione ed alla riflessione sul caso concreto.

Pertanto ‘eliminata la causa come concetto, sgretolatosi a fronte dei ripetuti tentativi definitivi, rimangono [sue] le applicazioni’<sup>113</sup>.

A questo mutato approccio, si è accompagnato, non a caso, un esponenziale aumento dell’abbondanza del materiale giurisprudenziale.

L’insofferenza per gli approcci dogmatici, nonché per le categorie di origine dottrinale, ha portato gli interpreti a sferrare un duro colpo anche alla figura del negozio giuridico<sup>114</sup>.

Non pare un caso, allora, che l’interpretazione del requisito causale abbia subito queste modifiche: l’idea di causa del negozio era nata in simbiosi all’idea di negozio stesso, non si trattava di applicare un vecchio concetto ad una categoria nuova.

Alla crisi del negozio, ai malcelati giudizi di inutilità della categoria, certo non poteva seguire l’adesione al principio anticausalistico (l’art. 1325 c.c. lo impedisce), ma altrettanto certamente non poteva derivare un’ulteriore fioritura di schematizzazioni dogmatiche: ecco allora la ricerca di una nuova collocazione dinamica dell’istituto, divenuto regola operativa di giudizio.

Quando sarà opportuna una distinzione cronologica nel commento delle singole formalità applicative dell’istituto, se ne darà conto nel testo.

Le riflessioni che seguono, in ordine alle specifiche applicazioni dell’istituto della causa, saranno condotte con riferimento all’istituto della causa c.d. in concreto. L’analisi verrà pertanto modulata sul contributo di quest’ultima accezione del fenomeno causale alle singole fattispecie normative richiamanti la causa del contratto.

### ***Mancanza di causa e meritevolezza dell’interesse ex art. 1322 c.c. cpv. .***

Perché un contratto sia valido, nell’ordinamento italiano, è necessario che abbia una causa. Si è visto che elaborazione concettuale in ordine al requisito ha portato a fissare l’archetipo causale nella commutazione della ricchezza.

---

<sup>113</sup> ROLLI, *op. cit.*, p. 254.

<sup>114</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 10. Si trattavano invero di riproposizioni di critiche che, specie nella dottrina tedesca, avevano già una certa fortuna.

In questo senso, le principali criticità derivano: *a)* dai casi in cui, sebbene risulti posto in essere un negozio a prestazioni corrispettive, non vi sia trasferimento di ricchezza, esso non sia sufficiente o non sia meritevole di tutela; *b)* dai casi in cui, sebbene il regolamento non sia espressione del nesso di corrispettività, il patto abbia nondimeno una funzione economico – individuale concreta idonea a conferirgli sanzione giuridica.

La Suprema Corte<sup>115</sup> è allora chiamata a giudicare fattispecie di confine.

Si considerino anzitutto le fattispecie *sub a)*.

Emblematica è la dichiarazione di nullità di un contratto con cui si acquista il diritto di proprietà o altro diritto reale di cosa già propria<sup>116</sup>.

Recentemente, poi, è stato sottoposto al vaglio della Corte di Cassazione (Sez. I, 15 febbraio 2000, n. 1679) il seguente caso.

Un ente locale procedeva alla realizzazione di un'opera pubblica su di un fondo privato.

Nelle more della realizzazione di detto manufatto, la medesima amministrazione prendeva contatto con il proprietario del fondo, al fine di regolare *iure privatorum* l'utilizzo pubblico del fondo stesso.

A quanto consta dalla narrativa della sentenza, il contratto di compravendita si sarebbe perfezionato posteriormente al completamento dell'opera, e quindi dopo la conclusione della procedura espropriativa amministrativa.

In breve, l'amministrazione avrebbe acquistato un bene già proprio.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso – volto a chiedere l'accoglimento della predetta tesi – per una questione processuale.

Tuttavia, nella motivazione lascia supporre che la sorte del contratto sarebbe stata quella della nullità.

---

<sup>115</sup> SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, 1995, Padova, p. 234 ss., riporta casistica e analisi giurisprudenziali e dottrinali. In ogni caso, dove non diversamente indicato, le sentenze sono state reperite nella banca dati [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>116</sup> CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, p. 596, citato anche in RUBINO, *La Compravendita*, Milano, 1962, p. 3, il quale riconduce, invero, più correttamente, l'ipotesi anche alla nullità per impossibilità dell'oggetto. Sul punto si tornerà. Ancora, si v. SICCHIERO, *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, Giur. it., 2011, 10, p. 2044, nonché SANTINI, *Della compravendita con prezzo a carico del venditore e di altri scambi anomali con natura di servizi*, Contratto e impresa, 1987, p. 416 ss. .

Così ha anche statuito la Suprema Corte nella pronuncia 27 luglio 1987, Sez. II, n. 6492.

Il caso sottoposto al Collegio concerneva la regolazione pattizia dei reciproci diritti nell'ambito dei rapporti di condominio.

La proprietaria di una unità immobiliare aveva ottenuto da parte di un condomino il riconoscimento del diritto di ampliare alcune luci in vedute e di mutare il corso di un passo carraio, a fronte dell'assunzione dell'obbligo di realizzare un muro divisorio e di cedere la quota di comproprietà su di un cortile.

Di fronte alla richiesta di pronunciare la risoluzione per inadempimento del patto sopra descritto, la Suprema Corte ha innanzi tutto precisato che è immanente nelle facoltà di cui all'art. 1102 c.c. la possibilità di sfruttare meglio e più proficuamente il bene in condominio anche ampliando luci in vedute, nonché regolando in modo diverso gli accessi.

Sulla scorta di queste premesse, il Collegio rigetta la domanda di risoluzione rilevando *“che [alla condomina] nulla è stato attribuito più di quanto già le spettava di diritto in qualità di comproprietaria del cortile; l'assoluta mancanza della controprestazione determina, quindi, indubbiamente la nullità del contratto bilaterale, per assenza della causa, cioè della funzione tipica, economico-giuridica, del negozio.”*<sup>117</sup>.

Viene poi alla mente la giurisprudenza di legittimità formatasi in ordine al contratto di formazione e lavoro, con riferimento all'impossibilità di condurre a buon fine lo scambio di prestazioni alla base del relativo schema causale.

L'art. 3 della l. 19 dicembre 1984, n. 863 dava ingresso nella nostra legislazione al moderno contratto di formazione lavoro.

Lo schema causale di detta fattispecie normativa veniva ricostruito dalla giurisprudenza di legittimità in questo modo: *“Se ne può trarre la conclusione che sia la disciplina positiva sia la nuova denominazione rivelano, accanto al dovere di formazione professionale del datore di lavoro – di particolare rilievo anche e*

---

<sup>117</sup> Peraltro, il Giudice di ultima istanza ha ricondotto la mancanza di causa alla necessità di una almeno tendenziale equivalenza fra le prestazioni, introducendo un tema forse non funzionale alla *ratio decidendi*, in quanto in effetti qui, stando alle premesse, non v'era alcuna contropartita nel patto per la condomina convenuta in giudizio. Sul tema in ogni caso si tornerà.

*soprattutto per la trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato in caso di violazione di tale dovere –, l’obbligo del giovane lavoratore di prestare la sua attività alle dipendenze di quello, e quindi consentono di ravvisare in tale negozio una causa giuridica mista, risultante dallo scambio fra lavoro retribuito e addestramento finalizzato all’acquisizione della professionalità necessaria al lavoratore per immettersi nel mondo del lavoro”<sup>118</sup>.*

La normativa di specie, come anche ricordato in questo estratto di motivazione, prevedeva, in ipotesi di inadempimento dell’obbligo formativo gravante sul datore di lavoro, la conversione del contratto in rapporto a tempo indeterminato.

Spesso, venivano stipulati contratti di formazione e lavoro anche nel caso in cui il prestatore di lavoro fosse già in grado di eseguire le mansioni e non avesse quindi alcuna necessità di essere formato<sup>119</sup>.

Questi abusi datoriali hanno spesso dato luogo a contenziosi volti o al recupero delle evasioni previdenziali o al riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Per giurisprudenza costante, di recente confermata da Cass. Sez. lavoro, 7 agosto 2004, n. 15308, *“l’impossibilità di formare il lavoratore in quanto lo stesso è già esperto, determina la nullità dello stesso per frode alla legge, ove della circostanza le parti siano state consapevoli al momento della stipulazione, ovvero per difetto di causa.”*

Analoga situazione si è verificata in un altro caso sempre attinto, seppur indirettamente, dalla materia giuslaboristica.

Il proprietario di un immobile conveniva in giudizio l’occupante di una camera ammobiliata esponendo di aver stipulato con questa un contratto di locazione, senza che l’inquilina avesse pagato i canoni per ben diciotto mesi.

Si costituiva la convenuta precisando di aver soggiornato in detta camera perché collaboratrice domestica ammessa alla convivenza, proprio in base al contratto di lavoro.

---

<sup>118</sup> Cass., Sez. lavoro, 23 novembre 1990, n. 11310, edita in Foro it., 1991, I, p. 1143 ss. .

<sup>119</sup> Alla disciplina più strettamente giuslaboristica, infatti, si affiancavano una serie di disposizioni di favore in ambito fiscale e previdenziale. I datori di lavoro erano quindi invogliati ad utilizzare lo schema offerto da questa normativa speciale.

Il caso, giunto senz'altro avanti alla Corte di Cassazione (Sez. III, 11 agosto 2004, n. 15561), vedeva vincitrice la lavoratrice: la sentenza di prime cure veniva confermata sia in appello che in sede di legittimità.

Essenzialmente, il contratto di locazione veniva posto nel nulla “*per mancanza della causa ex artt. 1418 co. e 1325 c.c., in considerazione del fatto che la [...], quale collaboratrice domestica ammessa alla convivenza familiare, aveva diritto all'alloggio*”.

Altro recente caso in cui la Suprema Corte si è pronunciata nel senso della mancanza di causa è quello risolto in Cass., Sez. II, 19 ottobre 1998, n. 10332.

Detta controversia vedeva quale attore l'erede di un anziano signore che aveva concluso con terzi due successivi contratti di mantenimento e assistenza vitalizia.

Con il primo contratto il defunto si era spogliato della nuda proprietà di un immobile, per contro, appunto, all'assunzione dell'obbligo di vitalizio assistenziale in capo agli aventi causa.

Stante l'aggravarsi delle condizioni di salute del beneficiario, questo concludeva un ulteriore contratto con i medesimi soggetti, mercé il quale si spogliava della nuda proprietà di un ulteriore immobile, sempre in vista dell'assistenza già promessa.

Mancato ai vivi l'assistito, l'erede legittimo chiedeva, fra l'altro, che venisse dichiarata la nullità del secondo contratto in quanto carente di causa.

La Cassazione accoglie le tesi dell'attore.

Anzitutto, il Collegio descrive l'aspetto causale delle pattuizioni incorse fra le parti: “*Con il cosiddetto contratto di mantenimento una parte si obbliga, in corrispettivo del trasferimento di un bene [...], a prestare al cedente, per tutta la durata della vita di costui, mantenimento e assistenza morale e materiale*”.

La Corte prosegue precisando che trattasi, come è ovvio, di un contratto aleatorio.

Sulla scorta di questa considerazione – che sottendeva evidentemente, nel caso pratico, l'inammissibilità di qualsivoglia valutazione in ordine ad un'eventuale eccessiva onerosità sopravvenuta – gli ermellini così proseguono: “[...] *ancorando lo scambio, tra attribuzione patrimoniale e, prestazione assistenziale alla durata della vita del cedente, pongono come elemento essenziale del contratto l'alea, e cioè il rischio che la perdita economica, che a ciascuna di esse potrebbe derivare dal*

*contratto, non sia commisurata al vantaggio ottenuto. Come per tutti i contratti aleatori la causa del contratto è costituita dallo scambio tra le due prestazioni, una delle quali certa e determinata, l'altra necessariamente incerta, in quanto dipendente dall'alea, cioè dall'incertezza che caratterizza il contratto.”.*

Ed ancora: “[con il secondo contratto] *la nuova regolazione dei rapporti tra le parti non solo, rimuove gli effetti del rischio posto a base del primo contratto svuotando la prestazione assistenziale della maggiore sopravvenuta onerosità, ma, essendo detta prestazione già dovuta in forza del primo contratto, priva di un reale corrispettivo la prestazione ulteriore dell'assistito.*”<sup>120</sup>.

Se l'alea è parte integrante dello scambio, la conferma dell'impegno precedentemente assunto non richiede controprestazione.

Nel secondo contratto, il *de cuius* altro non aveva ottenuto che ciò che gli era già dovuto.

Questo esempio permette qui di citare anche tutte quelle pronunce della Cassazione, con le quali il Collegio ha dichiarato la nullità del negozio patrimoniale per mancanza di causa nell'ipotesi in cui la fattispecie contrattuale implicasse l'elemento causale dell'alea ed il rischio collegato non in realtà non vi fosse.

E' questo in genere il caso della nullità del contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, ipotesi per altro specificamente prevista dal legislatore nella disposizione di cui all'art. 1895 c.c. .

La giurisprudenza in tema è abbondante e peraltro estremamente varia.

Si riporta un caso specifico che tornerà utile anche in un secondo tempo, in tema di presupposizione: Cass., Sez. I, 3 luglio 1991, n. 7300<sup>121</sup>.

Una società di assicurazione agiva contro un vettore marittimo, in via di surroga, per il recupero delle somme pagate al destinatario del carico, che, per l'errata stiva, si era in massima parte deteriorato.

L'assicurazione era stata stipulata in abbonamento facoltativo<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> I contratti, 1999, I, p. 221, con nota di PANDOLFI.

<sup>121</sup> Testo integrale della sentenza in Resp. civ. prev., 1991, p. 850, segue nota di GUIOTTO, con analisi specifica della fattispecie del contratto di assicurazione in abbonamento, forma contrattuale utilizzata dalle parti in causa.

<sup>122</sup> Nella pronuncia, la Cassazione ricorda che questa forma di assicurazione si concretizza in un primo contratto normativo, che elenca la disciplina generale del rapporto assicurativo, ed in un secondo negozio (il

La Suprema Corte si chiede a questo punto quale sia la sorte del contratto nel caso in cui il rischio cessi nelle more dell'inizio della copertura assicurativa, ma dopo la stipula (come uno dei contendenti rilevava – sostenendo che il danno si fosse già prodotto al momento della decorrenza della copertura).

Per rispondere, la Corte richiama il secondo comma dell'art. 1896 c.c., il quale testualmente prevede che *“qualora gli effetti dell'assicurazione debbano avere inizio in un momento posteriore alla conclusione del contratto e il rischio cessi nell'intervallo, l'assicuratore ha diritto al solo rimborso delle spese”*.

Il Collegio riconduce questa previsione nell'ambito di quella posta al comma precedente, che prescrive lo scioglimento del rapporto in caso di cessazione del rischio dopo la stipula: trattasi di risoluzione di diritto.

Questo caso interessa non solo perché è espressione del principio generale secondo cui la mancanza originaria di alea nei contratti aleatori determina la nullità per mancanza di causa, ma anche perché permette di riflettere sull'obliterazione del rischio in costanza di rapporto, che, se avvenuta per volere negoziale sembra comportare la nullità del patto di sterilizzazione del rischio, se invece sopraggiunta in seguito a eventi rilevanti sul piano fattuale, comporta la risoluzione.

Su questo si tornerà *infra* trattando del tema della presupposizione.

In genere, quindi, l'originaria mancanza di alea determina mancanza di causa; il tentativo di azzerarla, con un contratto successivo, determina la mancanza di causa di questa seconda pattuizione, appunto perché il rischio è elemento connaturato al tipo contrattuale legale o sociale originariamente prescelto dalle parti.

Piuttosto singolare, poi, il caso risolto da Cass. 15 giugno 1999, Sez. II, n. 5917<sup>123</sup>.

La fattispecie concerne una ipotesi di conflitto fra medesimi acquirenti di uno stesso immobile. La questione era stata resa più complessa dall'incerta qualificazione di alcune pattuizioni se contratti preliminari, o definitivi.

---

c.d. alimento), questo unilaterale e recettizio, proveniente dall'assicurato, che specifica natura del rischio e l'interesse assicurando. La Cassazione poi precisa che, a tal proposito, l'assicurazione, in questo caso, si considera decorrente perlomeno dalla ricezione di questo secondo atto.

<sup>123</sup> Giust. civ., 2000, I, p. 135, segue nota di BALESTRIERI.

Per quel che qui rileva, in particolare la Suprema Corte si è focalizzata sulla validità di uno degli acquisti della ‘catena’ che avrebbe portato l’immobile nel patrimonio di uno dei due controvertenti.

Detta compravendita (più precisamente in preliminare, nel caso concreto), almeno *prima facie*, era integrata di tutti i suoi elementi costitutivi di validità. Invero, tuttavia, le parti avevano pattuito che il prezzo fosse versato mediante consegna di un assegno bancario negoziabile solo decorso un certo termine iniziale. All’atto dell’incasso, il venditore non solo scopriva che l’assegno era scoperto, ma si avvedeva del fatto che il conto corrente su cui doveva essere tratto era in realtà stato estinto da tempo.

Ciò premesso, la Cassazione nota che l’acquirente, in questo caso, non aveva mai avuto intenzione di pagare il prezzo, avendo deliberatamente preordinato l’inadempimento.

Questo avrebbe comportato, sempre secondo i Giudici della Corte, alternativamente l’assenza di qualsivoglia intenzione di acquistare il bene o comunque di assumere un’obbligazione valida a controprestazione dell’effetto traslativo.

Le argomentazioni preliminari della Corte possono essere opinabili, vero è che però, qualora si accetti la premessa che l’obbligazione circa la quale sia maturata dal debitore l’intenzione di un inadempimento certo, di fatto non abbia alcun valore economicamente apprezzabile, questa ipotesi può essere ricondotta alle precedenti, in cui chi si obbligava o trasferiva dei propri diritti, non otteneva alcuna contropartita.

Un ulteriore precedente, più remoto, riconducibile al vizio causale per la sostanziale ‘inutilità’ della controprestazione è stato risolto da Cass., Sez. I, 14 febbraio 1984, n. 1115.

Un soggetto privato concludeva con un Comune un contratto con cui si obbligava a monitorare il suolo comunale riportando agli uffici di accertamento i casi di violazione delle concessioni di uso di suolo pubblico, ai fini di massimizzare l’imposizione nell’esercizio corrente.

Per vicissitudini interne agli apparati burocratici, detto contratto, pur riferendosi all'annualità in corso, veniva concluso dopo l'ultimo termine utile per gli accertamenti tributari relativi all'imposta citata.

A questo punto, *stricto iure*, non era certo possibile sostenere che l'obbligazione fosse naturalisticamente o giuridicamente impossibile: era sempre possibile per il soggetto privato adempiere segnalando gli abusi dei concessionari.

Tuttavia, stante il decorso del termine, ogni segnalazione sarebbe stata inutile per il Comune.

Sulla scorta di questa argomentazione la Corte di Cassazione dichiarava la nullità del contratto per mancanza di causa.

Si tratta di casi in cui, in sostanza, la prestazione di una delle parti, fin dall'origine, non è in grado di soddisfare l'interesse creditorio dell'altra parte (per "l'inutilità" sopravvenuta, si v. *infra*).

Ulteriore, tipico, caso di declaratoria di nullità per mancanza di causa, è quello di lacunosità della causa esterna del negozio, ma in tema si rinvia *infra*.

Per quel che concerne invece l'immeritevolezza di tutela, si è detto (v. *supra*) che lo 'stato dell'arte', con riferimento all'interpretazione dell'art. 1322 secondo comma del codice civile vigente, orbitava alla fine degli anni sessanta essenzialmente attorno a due visioni parzialmente contrastanti. La prima, esposta da Ferri in *Causa e tipo del negozio giuridico*, vedeva il requisito della meritevolezza di interesse quale limite esterno ordinamentale, che, in buona sostanza, si esauriva nel requisito della liceità applicata al caso concreto.

La seconda, risalente a Betti, richiedeva, per il soddisfacimento del requisito, che il negozio atipico fosse finalizzato ad interessi economico – sociali<sup>124</sup>.

Sono state analizzate sinteticamente le ragioni argomentative che hanno portato alla contrapposizione delle due teorie, talché si rinvia *supra*.

Parimenti, è già stato introdotto il discorso sulla reazione dottrinale all'entrata in vigore della Costituzione, in particolare relativamente alle prime riflessioni sulla portata dell'art. 41 e al tentativo di conciliarle in particolare con l'art. 1322 cpv. c.c.,

---

<sup>124</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 459.

nel senso di far aderire l'autonomia privata al paradigma dei valori fondamentali espressi nei principi della carta costituzionale.

Ebbene, da un punto di vista generale, dagli anni settanta ad oggi la dottrina si divide nel privilegiare talvolta il mero controllo di legittimità esterna del negozio, talvolta la tesi di un più penetrante sindacato delle relative finalità<sup>125</sup>.

Semplificando la contrapposizione, si riscontra nei sostenitori della prima interpretazione una valorizzazione del comma primo dell'art. 41 Cost.<sup>126</sup>, nei fautori della seconda, del comma secondo.

Per quanto riguarda questi, ritengono, conformemente al cpv. dell'art. 1322 che non qualsiasi interesse giustifichi il contratto, dovendo essere meritevole di tutela.

Il giudizio sulla meritevolezza, poi, non potrebbe che farsi con riferimento ai limiti posti dalla Costituzione all'iniziativa economica privata, nel senso che l'agire privato 'non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana'<sup>127</sup>.

A ben vedere, in ogni caso, anche rifiutare il controllo della meritevolezza quale analisi della corrispondenza a fini sociali dell'agire privato, lascia aperto il problema del controllo di costituzionalità della norma che riconosce il singolo tipo (o, più in generale, dello stesso art. 1322 c.c.).

In altri termini, la dottrina e la giurisprudenza (sia di legittimità che costituzionale) si sono chieste se a fronte di un contratto di per sé non illegittimo e non in contrasto con fini sociali, si possa riproporre mediamente il problema della compatibilità evocando l'intervento della Corte Costituzionale, perché vagliasse la possibile contrarietà dell'art. 1322 cpv. c.c. con l'art. 41 cpv. Cost., nella parte in cui legittimerebbe fini non direttamente qualificabili come sociali. Contro tale prospettiva si può osservare che tanto l'art. 1322 cpv. c.c. non legittima la

---

<sup>125</sup> Un *excursus* della dottrina, specie più recente, è in SICCHIERO, *Il contratto (cit.)*, p. 209 ss. .

<sup>126</sup> Non mancano tesi intermedie: predica un controllo 'esterno' sulle finalità concrete del negozio (nel senso della non contrarietà all'utile sociale e non già dell'obbligatoria promozione dello stesso), solo nelle ipotesi atipiche, *Ibidem*, p. 193 ss., richiamando come immeritevole di tutela l'esempio del contratto inutile, ovvero del contratto che non mira a soddisfare alcun interesse (anche) individuale che abbia un seppur minimo radicamento sociale.

<sup>127</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 459.

finalizzazione dell'autonomia privata a fini sociali, quanto non lo fa l'art. 41 cpv. Cost.<sup>128</sup>.

Ad ogni modo, la giurisprudenza, anche recente, è affatto sensibile alle riflessioni inerenti alla meritevolezza dell'attribuzione, riletta in chiave costituzionale, anche (e soprattutto) nei casi in cui sia più sfumato il dato contrattuale (di fronte alla presenza del quale viene immediato il riferimento alla causa del negozio in sé per sé)<sup>129</sup>.

Ad esempio, di recente, è stato riportato all'attenzione della giurisprudenza il problema della ripetibilità *ex art. 2041 c.c.* delle dazioni in costanza di convivenza *more uxorio*. Senza dilungarsi nell'esposizione del caso, si ricorda come la Suprema Corte abbia proprio fatto riferimento (anche) ai doveri di solidarietà sociale (ed alla loro effettiva ampiezza) come parametro per valutare la stabilità e la non ripetibilità dell'attribuzione di ricchezza<sup>130</sup>.

In un recente caso, poi, risolto da Cass. Sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343 la Suprema Corte ha fatto ampio riferimento alla Costituzione, quale norma parametro per la valutazione di meritevolezza.

Questa la fattispecie sottoposta al sindacato del Collegio.

L'allora attivo I.N.P.D.A.I. (il caso risale al 1998) citava in giudizio, quale ente locatore, la conduttrice di un immobile popolare, chiedendo la risoluzione del contratto per inadempimento.

---

<sup>128</sup> v. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 196, p. 199: "Pare perciò che sia ancora possibile parlare di causa come funzione economico sociale del contratto: quale significato che il termine assume nella sua globalità, riferito cioè alla valutazione positiva fatta dal legislatore sulla struttura del tipo che assurge quindi a modello meritevole, in cui da un lato il criterio dell'economicità vale anche quale indice di rilevanza generale che assumono gli spostamenti patrimoniali generati dal contratto, e dall'altro la socialità rappresenta il limite all'autonomia privata contrattuale nei termini appena enunciati, che trova la propria effettività, s'intende, allorché si assuma che il contratto violi i precetti costituzionali o comunitari. In tal caso, infatti, non si assisterà tanto al rigetto del singolo atto di autonomia se non, s'intende, dopo che il modello legale sia stato espunto dall'ordinamento, ma al controllo del modello con cui esso coincide, com'è accaduto, valga *a contrariis* l'analogia del caso, con il divieto che il legislatore poneva alle donazioni fra coniugi".

<sup>129</sup> DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 96 ss. . L'A. fornisce un'ampia casistica di pronunce in ordine a pronunce declaratorie di nullità per carenza di causa, di seguito si è deciso di non riprendere la citazione per ogni caso che compaia anche nel testo; PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 370 ss. .

<sup>130</sup> Cass. 11 maggio 2009, n. 11330, in *Giuda al Diritto*, 2009, 30, p. 94, testo integrale in *www.dejure.it*. La Corte afferma: "l'ordinamento esige che ogni arricchimento dipenda dalla realizzazione di un interesse meritevole di tutela. E' il caso di puntualizzare - per quanto qui ci occupa - che il riferimento ad esigenze di tipo solidaristico non è di per sé sufficiente a prefigurare una "giusta causa" dello spostamento patrimoniale, giacché ai fini dell'art. 2034 c.c., comma 1, occorre allegare e dimostrare non solo l'esistenza di un dovere morale o sociale in rapporto alla valutazione corrente nella società, ma anche che tale dovere sia stato spontaneamente adempiuto con una prestazione avente carattere di proporzionalità e adeguatezza in relazione a tutte le circostanze del caso".

In particolare, l'ente deduceva che l'inquilina avrebbe violato una clausola del contratto del seguente tenore: *“E' altresì vietato, sotto le comminatorie tutte sopra riportate, ospitare non temporaneamente persone estranee al nucleo familiare anagrafico, quale risulta essere indicato all'atto della stipula del contratto”*.

Invero il deducente addebitava alla conduttrice, sostanzialmente alternativamente, o di aver di fatto concesso in sublocazione l'appartamento, o di aver comunque offerto asilo stabile ad un terzo in difformità della citata norma pattizia.

La Corte d'appello, sulla scorta di una serie di argomentazioni che qui non preme di rilevare, dava ragione al locatore.

Questi ricorreva per cassazione sulla base di plurimi motivi: fra i meno rilevanti, spiccava invece la censura secondo cui la Corte d'appello avrebbe omesso la pronuncia in ordine all'eccezione di contrarietà della clausola di “esclusiva” agli artt. 2, 3, 41 Cost. o comunque di immeritevolezza di tutela della stessa, in quanto non compatibile con i principi sottesi a dette norme: in concreto, infatti, quel vincolo avrebbe anche impedito di aiutare persone in stato di bisogno.

La Corte di Cassazione, non solo considera ammissibile il motivo sul piano processuale, ma analizzando per la prima volta in quella sede la domanda già formulata dalla convenuta, dichiara la nullità della clausola in esame.

La motivazione costituisce un importante *summa* delle recenti evoluzioni giurisprudenziali.

Il Collegio anzitutto ricorda che la regolazione pattizia dei rapporti privati è comunque sottoposta non solo ad un vaglio di legittimità di primo livello, quello della legge ordinaria, ma ad uno ben più pregnante, gerarchicamente superiore, che è quello di compatibilità con l'ordinamento costituzionale.

Queste le parole della Corte: *“[...] poiché ogni interesse è correlabile ad un valore, attraverso l'analisi degli interessi si dovrà individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Carta costituzionale il loro riconoscimento e la loro tutela.*

*In altri termini, il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili. I fondamenti costituzionali dell'autonomia*

*negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce ai controlli di "meritevolezza di tutela degli interessi" (art. 1322 c.c.) e di "liceità" (spec.art. 1343 c.c.) che devono essere condotti, per quanto qui interessa, alla stregua dell'art. 2 Cost. il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà»<sup>131</sup>.*

E' evidente come in questo caso la causa operi quale parametro di valutazione dell'interesse pattizio sotteso dalla clausola impugnata. L'istituto viene utilizzato quale regola operativa.

E' altrettanto evidente che il controllo causale è operato sul piano concreto, non già meramente astratto. Non è la mera limitazione della possibilità di ospitare un soggetto che è giudicata immeritevole di tutela, ma è detta obbligazione di non fare, nella parte in cui in concreto si è rivelata antisociale, ovvero in conflitto con l'interesse sociale all'assistenza di chi possa avere un bisogno transeunte di rifugio.

Il parametro per valutare la meritevolezza dell'interesse, però, non sempre è stato ricercato dalla giurisprudenza nell'insieme di valori protetti e propugnati dal testo costituzionale. Non in una prospettiva assiologica, ed ai limiti della mancanza di causa *tout court*, si pongono quelle sentenze che censurano la validità dell'impegno contrattuale per violazione del criterio di ragionevolezza, quale strumento logico di valutazione dell'assetto di interessi negoziale.

E' stato questo il caso della recente pronuncia Cass. Sez. II, 02 aprile 2009, n. 8038.

---

<sup>131</sup> Edita in Vita notarile, 3, 2009, p. 1440 ss. . Il Collegio prosegue con queste argomentazioni, di particolare forza concettuale: "La persona è inseparabile dalla solidarietà che non può essere pertanto limitata alla sfera dei rapporti economici dato che il principio solidaristico, oltre a svolgere una funzione emancipatoria ed a garantire l'adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, assume rilevanza anche nell'ambito dei rapporti interindividuali. In altre parole, il principio solidaristico non è più soltanto caratterizzato in senso economico, rivolto a scopi nazionalistici, di efficientismo del sistema o di aumento della produttività, ma ha fini ad un tempo politici, economici, sociali.

Nell'art. 2 Cost.(oltre che negli artt.29 e 30 Cost.) trovano così il loro sostegno le esplicazioni di autonomia, a contenuto patrimoniale e non, che hanno la loro ragion d'essere nella famiglia (ad es., accordi sull'indirizzo della vita familiare, convenzioni matrimoniali, contratti stipulati nell'interesse della famiglia), alla quale è devoluto l'essenziale compito di realizzare le istanze più profonde della persona."

Il caso è estremamente semplice, la Suprema Corte si interroga in ordine alla validità di un preliminare avente ad oggetto la stipulazione di un ulteriore preliminare, questa volta avente ad oggetto la stipulazione del contratto definitivo.

La Cassazione qui dichiara la nullità sulla scorta di questo ragionamento: “*L’art. 2932 c.c., instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti. Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi ... ad obbligarsi a ottenere quell’effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico, ben potendo l’impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito*”<sup>132</sup>.

Significativo il riferimento al senso pratico: “senso” ovvero razionalità, “pratico” ovvero in concreto.

Va qui precisata una distinzione: anche secondo le tesi riportate *supra*, si può osservare che tecnicamente, a livello di diritto positivo, altro è l’immeritevolezza di tutela ai sensi dell’art. 1322 c.c. rispetto alla mancanza di causa in base al combinato disposto degli art. 1325 c.c. e 1418 c.c. .

Ci si può chiedere infine quale sia il corretto inquadramento dell’ipotesi di un contratto (o di una clausola) legalmente atipica che in concreto collida direttamente con disposizioni imperative, al limite anche costituzionali: se si tratti cioè di immeritevolezza di tutela (mancanza di causa) o di illiceità della causa.

La giurisprudenza si dimostra oscillante.

In tempi recenti sono state sottoposte alla Corte di Cassazione una serie di fattispecie riconducibili nell’alveo della c.d. elusione tributaria.

Si trattava in particolare di giudicare l’opponibilità all’amministrazione finanziaria di ipotesi identificate quali *dividend washing* e *dividend stripping*.

Non è necessario qui scendere nello specifico, descrivendo le singole operazioni. E’ sufficiente ricordare che si trattava di casi in cui due operatori economici ponevano

---

<sup>132</sup> Testo integrale della sentenza in I contratti, 2009, 11, p. 986. Segue commento di VESPASIANI, il quale approccia in chiave critica la scelta della Corte di riferirsi all’istituto della causa per risolvere il caso, ritenendo più opportuno invocare il meccanismo dialettico tra trattative e consenso sufficiente.

in essere una serie negoziale che produceva nel tempo trasferimenti di ricchezza al solo fine di ridurre al minimo l'imposizione fiscale. Alla fine della successione negoziale, l'assetto patrimoniale degli operatori era uguale a quello iniziale, semplicemente, l'avvicinarsi degli spostamenti di ricchezza aveva procurato un notevole risparmio fiscale prontamente sanzionato dall'amministrazione finanziaria con un atto d'accertamento.

Gli atti venivano opposti. Si ingenerava un contenzioso che terminava in prima battuta con alcune sentenze della Cassazione, le quali ricostruivano il fenomeno elusivo siccome afferente all'elemento della causa del contratto.

In breve, la Corte accertava che lo scopo di risparmio fiscale era effettivamente l'unica funzione economico – individuale dei negozi posti in essere.

A quel punto, la Suprema Corte, almeno in due diverse pronunce, inquadrava le fattispecie in due diverse tipologie di vizio.

Nella prima, Cass., Sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, la Corte ha sentenziato la nullità dei negozi posti in essere dalle parti in quanto mancanti di causa. La Cassazione distingue appunto l'ipotesi dell'immeritevolezza di tutela da quella della causa mancante.

Poiché l'operazione economica, nel suo complesso, non provocava alcuna movimentazione patrimoniale, la Suprema Corte dichiara la nullità per carenza del requisito causale<sup>133</sup>.

---

<sup>133</sup> Testo della sentenza reperibile in *Diritto & Giustizia*, 43, 2005, p. 21ss., così in particolare il Collegio: “La Corte ritiene che la ragione per cui i contratti di acquisto e di rivendita di azioni non possono svolgere effetti nei confronti del fisco lasciando, rendendo, quindi, applicabile il regime fiscale dei dividendi percepiti dai fondi comuni d'investimento, deve essere ravvisata in una specie d'invalidità ben più radicale, che non comporta alcuna nuova indagine di fatto, essendo coglibile nella stessa prospettazione delle parti, e che rende superflua qualsiasi indagine su ipotesi di simulazione oggettiva ovvero di interposizione fittizia o reale. Né possono prospettarsi - in difetto di espresse previsioni normative - ipotesi di frode alla legge, né di non meritevolezza del contratto ex art. 1322 cod. civ., trattandosi di contratti tipici. Non può neppure parlarsi di motivo illecito invalidante, ricorrendo tale ipotesi solo quando i motivi integrino il perseguimento di finalità contrarie all'ordine pubblico o al buon costume o di altri scopi espressamente proibiti dalla legge.

Come ha esattamente rilevato la difesa dell'Amministrazione, attraverso i due contratti, prevedenti un acquisto e un trasferimento di azioni pressoché contestuali e previamente programmati, nessuna delle parti conseguiva alcun vantaggio economico. Tale mancanza di ragione, che investe nella sua essenza lo scambio tra le prestazioni contrattuali attuato attraverso il collegamento negoziale, costituisce, a prescindere da una sua valenza come indizio di simulazione oggettiva o interposizione fittizia, un difetto di causa, il quale dà luogo, ai sensi degli articoli 1418, comma 2, e 1325, n. 2, cod. civ., a nullità dei contratti collegati (tipici) di acquisto e rivendita di azioni, in quanto dagli stessi non consegue per le parti alcun vantaggio economico, all'infuori del risparmio fiscale. Per parafrasare un'autorevole dottrina, le parti non possono trasferire beni soltanto per trasferirli e cioè senza perseguire uno scopo economico, che deve dare l'impronta giuridica alla volontà contrattuale”.

Nella seconda, Cass., Sez. trib., 26 ottobre 2005, n. 20816, una fattispecie analoga, a distanza di pochi giorni, è stata risolta rilevando invece l'illegittimità della causa per contrarietà all'art. 53 Cost., supposto fondare un obbligo di interesse generale alla contribuzione alla spesa pubblica<sup>134</sup>.

La questione resta controversa, ed in questa perdurante incertezza trovano forse composizione le due diverse tesi esposte – quella che riconduce l'immeritevolezza di tutela a valori metagiuridici e quella che relega il controllo di compatibilità causale alla sola illiceità.

Se è vero come è vero che allo stato i nostri valori sono i valori costituzionali, e se è vero come è vero che la Costituzione, anche nelle enunciazioni di principio, contiene precetti immediatamente vincolanti, allora il conflitto è dialetticamente composto.

Sul punto si tornerà brevemente in tema di nullità per contrarietà a norme imperative.

### ***Collegamento negoziale.***

Il tema del collegamento negoziale è di estrema rilevanza per quel che attiene all'istituto della causa esterna.

Due o più negozi possono avere nessi tra di loro rilevanti sul piano del regolamento degli interessi delle parti. Il collegamento negoziale è appunto il concetto che descrive 'tutte le ipotesi in cui siffatto legame assume per qualche aspetto rilevanza per il diritto'<sup>135</sup>.

E' possibile che, nell'insieme di comportamenti intrattenuti dagli operatori, si susseguano, sul piano sociale, una serie di dichiarazioni discontinue, pur in relazione tra esse, in cui le parti si promettono vicendevolmente una serie di prestazioni tra loro collegate<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> Testo integrale reperito in <http://bollettinotributario.it>, la Corte specifica: "Il collegio ritiene cioè pertinente anche il richiamo all'art. 1344 del codice civile poiché .le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 Cost.) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte 3 settembre 2001, n.11351".

<sup>135</sup> SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, *Enc. dir.*, 1960, Varese, p. 374.

<sup>136</sup> Ampiamente, su questi concetti, SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 78 ss. .

Il primo obiettivo dell'analisi privatistica di detto fenomeno è senz'altro di comprendere se trattasi di uno solo o di più negozi giuridici diversi.

A tal fine la dottrina ha proposto diversi criteri discretivi<sup>137</sup>.

Una volta stabilito che si è in presenza di più negozi giuridici, è possibile interrogarsi se tra di loro sussista o meno un nesso di collegamento.

La ricerca dell'eventuale collegamento si deve svolgere sul terreno causale<sup>138</sup>.

Così, due negozi saranno collegati se fra gli elementi costitutivi della causa concreta dell'uno, vi è il complesso degli effetti dell'altro (collegamento genetico), o se gli effetti di ciascuno mirano ad una funzione complessiva distinta ed ulteriore rispetto alle singole cause negoziali (collegamento funzionale)<sup>139</sup>.

Si distinguerà poi un collegamento necessario, ove gli effetti dei due negozi presentino un nesso per la loro stessa natura e, per così dire, *ex lege*, da un collegamento volontario, quando il nesso è oggetto di libera scelta fra le parti<sup>140</sup>.

E' evidente che, con riferimento a tutte queste distinzioni così delineate, quello che assume una rilevanza preponderante è la corretta identificazione della fattispecie astratta, ed in particolare delle sue caratteristiche causali.

E' vero quindi che “*il problema di maggior rilievo [...] riflette il criterio di rilevanza giuridica dell'intento degli stipulanti rivolto ad istituire un siffatto nesso tra più negozi*”<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007, p. 48 ss. . DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, Riv. dir. civ., 1959, p. 427 ss. . V. comunque nota seguente.

<sup>138</sup> LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, p. 181, ampiamente in tal senso, pur con riferimento al concetto di funzione concreta della complessiva operazione economica. L'esposizione, in questo paragrafo, impone di semplificare alcune questioni di notevole interesse, proprio con riferimento al rapporto fra causa in concreto e unità o pluralità di negozi: non si è mancato infatti di sottolineare, in dottrina, che in realtà l'assetto causale concreto permette di individuare il portato della complessiva operazione economica, più che permettere di distinguere fra unità o pluralità di negozi: COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999, p. 117 e 118; 166 ss. .

<sup>139</sup> LENER, *op. cit.*, p. 3 – 14. Di recente, per il punto sul c.d. collegamento funzionale NARDI, *Causa del contratto, collegamento negoziale e presupposizione*, Giur. merito, 2006, I, p. 569 ss. .

<sup>140</sup> Su questi aspetti, SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, p. 110 ss., in particolare 118 ss., 143.

<sup>141</sup> SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 380, si riferisce nella chiosa al solo caso del collegamento volontario, per i motivi già esposti *supra*, con riferimento in particolare alla distinzione tra negozio complesso e collegamento fra negozi, risulterà chiaro come la precisazione dell'A. non sia oggi accoglibile, è infatti l'analisi della causa concreta che può indicare la qualificazione di un negozio come negozio sottoposto ad un collegamento necessario. L'analisi della volontà è quindi atto prodromico rispetto alla valutazione della natura del collegamento, se volontario o necessario.

Per quel che concerne la fisiologia del fenomeno, si ritiene che non sia necessaria per la sussistenza del collegamento la perfetta sovrapposibilità delle parti negoziali, ciò rilevando solo in ordine alla patologia della categoria.

La giurisprudenza dimostra di aver ormai raggiunto una sintonia di massima sui caratteri essenziali del collegamento negoziale.

Per quanto concerne il problema del rapporto fra unicità o pluralità di negozi, di recente, *ex multis*, si richiama Cass., Sez. III, 28 luglio 2004, n. 14244.

Il caso posto all'attenzione del Giudice di ultima istanza concerneva una richiesta, da parte di una società cooperativa conduttrice di fondo rustico, di nullità parziale del contratto di affitto per violazione di alcune norme della l. 3 maggio 1982, n. 203; richiesta sollevata in via funzionale all'accertamento della stabilità del rapporto in risposta ad una denuncia stragiudiziale di risoluzione per inadempimento.

La convenuta si costituiva esponendo che parallelamente al contratto d'affitto era stato stipulato un contratto di compravendita che avrebbe portato nella disponibilità dell'attrice i terreni oggetto del contratto d'affitto: ciò tanto che i canoni erano imputati in conto prezzo.

La convenuta eccepiva l'inapplicabilità del regime imperativo appunto sulla scorta di questo fine ulteriore perseguito dalle parti.

E' interessante, lo si apprende dalla narrativa della sentenza di legittimità, che il Tribunale aveva considerato simulato il contratto d'affitto, rilevando che gli effetti che le parti avevano inteso realmente produrre erano quelli di un semplice preliminare di compravendita con consegna anticipata del bene.

La Corte d'appello, adita dall'attore originario, manteneva fermo il dispositivo di rigetto della domanda, correggendo però la motivazione.

Il Giudice del secondo grado, infatti, rilevava nella duplice emissione di volontà negoziale l'esistenza di un collegamento, in vista di un fine ulteriore, in sostanza quello di finanziamento della operazione di compravendita.

La Corte di Cassazione confermava la pronuncia del Giudice del gravame, aderendo in sostanza alla ricostruzione del fenomeno del collegamento negoziale, siccome esposto nel presente paragrafo<sup>142</sup>.

Secondo un ragionamento affine, è stato ritenuto che, in ipotesi di risoluzione per inadempimento di un contratto di compravendita, in cui l'obbligazione di pagamento del prezzo sia stata adempiuta dall'acquirente mediante la stipula di un contratto di mutuo: *“nell'ipotesi di contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra gli anzidetti contratti, per cui il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita del bene, che importa il venir meno dello stesso scopo del contratto di mutuo, legittima il mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario, ma direttamente ed esclusivamente al venditore”*. Così in Cass., Sez. II, 10 febbraio 2010, n. 3018<sup>143</sup>.

Venendo al problema della causa esterna, l'esistenza del collegamento, sul piano dell'assetto causale, può essere determinante per condurre correttamente le valutazioni in ordine alla sufficienza e meritevolezza dell'interesse economico – individuale dell'operazione.

---

<sup>142</sup> Testo integrale della sentenza in Giur. It. 2005, II, p. 1825 ss., segue commento di SEMPI, nel quale si ripercorre lo stato della dottrina e della giurisprudenza relativamente all'ipotesi del collegamento. Così la Corte di Cassazione: “Alla luce di una più che consolidata giurisprudenza di questa Corte regolatrice, da cui totalmente prescindono le difese della ricorrente, infatti, deve ribadirsi che il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non può essere identificato - come invoca l'attuale ricorrente - in base ad elementi formali quali l'unità o pluralità dei documenti contrattuali o la mera contestualità delle stipulazioni, ma dall'elemento sostanziale consistente nell'unicità o pluralità degli interessi conseguiti. Le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto dar vita a più negozi distinti ed indipendenti ovvero a più negozi tra loro collegati (Cass. 21 dicembre 1999, n. 14372). In particolare affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, sia il requisito soggettivo. Questo ultimo, peraltro, non è dato dalla mera, formale coincidenza tra le parti di un negozio e quelle di un altro, ma è costituito dal comune intento pratico delle parti (che può essere manifestato sia in forma espressa che in forma tacita) di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore (Cass. 23 giugno 2003, n. 9970; Cass. 16 maggio 2003, n. 7640; Cass. 27 gennaio 1997, n. 827). Nulla esclude, infatti, che possa esistere un rapporto di interdipendenza funzionale in presenza di contratti con contenuto differente e intervenuti tra soggetti formalmente diversi”.

<sup>143</sup> Testo reperito in Giust. civ., 2010, 4, p. 825.

Un primo esempio lo si è considerato nel paragrafo precedente: le compravendite successive di titoli con cui si operava il *dividend washing* sono state ritenute prive di causa solo alla luce del significato complessivo della vicenda contrattuale.

Sulla base della valutazione del significato complessivo dell'operazione, tuttavia, possono però anche essere considerati dotati di causa dei negozi che altrimenti ne sembrerebbero sforniti.

Si dirà che il negozio apparentemente sfornito del requisito, ha *causa esterna* nell'altro.

Si pensi, ad esempio, al fatto che la Cassazione ha considerato sorretto da causa<sup>144</sup> il negozio con il quale veniva trasferito senza corrispettivo un immobile, in esecuzione però di quanto stabilito all'interno di un accordo di separazione consensuale. E' il caso deciso nella celebre Cass., sez. II, 21 dicembre 1987, n. 9500<sup>145</sup>.

L'aspetto funzionale – causale dei negozi collegati unitariamente considerati, inoltre, sarebbe esso stesso passibile di valutazione in ordine alla sua liceità o meritevolezza di tutela (v. *infra* e, sulla meritevolezza, *supra*).

E' questo il caso analizzato recentemente da Cass., Sez. III, 21 luglio 2004, n. 13580. La fattispecie portata all'esame della Corte di Cassazione era, per via di semplificazione, la seguente.

Un soggetto vendeva ad una società finanziaria un immobile, che a sua volta costituiva oggetto di un contratto di *leasing* fra la finanziaria e una società le cui quote erano interamente di proprietà del primo alienante.

La Suprema Corte affronta preliminarmente una serie di eccezioni preliminari circa la supposta simulazione o interposizione fittizia di persona con riferimento ai contratti costituenti titolo per le domande.

Venendo al punto della questione, la Corte precisa che: “[... il] *collegamento di negozi in senso tecnico*, [che] impone la considerazione unitaria della fattispecie,

---

<sup>144</sup> Più correttamente, non donativa (sul punto si tornerà).

<sup>145</sup> Non è il caso qui di approfondire ulteriormente il caso, che invero tratta del c.d. pagamento traslativo. Ad ogni modo, si v. COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, Giust. civ. 1988, I, 1237 ss.; MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, Contratto e impresa, 1988, p. 735 ss.; SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo ed art. 1333 c.c.*, Riv. dir. civ., 1989, p. 535 ss. e, più nello specifico: CAMPAGNOLO, *Il negozio giuridico con causa esterna fra causalità e astrattezza*, Obbligazioni e contratti, 6, 2007. In generale, poi: NAVARRETA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale, Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, Riv. dir. civ., 2007, I, p. 823 ss. .

anche ai fini della nullità dell'intero procedimento negoziale per illiceità del motivo o della causa, ai sensi degli artt. 1344 e 1345 c.c. [...]”<sup>146</sup>.

### ***L' (apparente) difetto dello scambio.***

In questa sede si seguirà a trattare dei casi indicati *sub a)*, ed in particolare dell'insufficienza dello scambio. Si procederà poi, ma senza precisa cesura espositiva, alla valutazione delle fattispecie rientranti nel gruppo *sub b)*, come definito nel paragrafo inerente alla mancanza di causa, e cioè dei casi in cui, sebbene il regolamento non sia espressione del nesso di corrispettività, il patto abbia nondimeno una funzione economico – individuale concreta idonea a conferirgli sanzione giuridica.

Nell'ordinamento italiano, il controllo di congruità delle prestazioni trova la sua sede storica negli artt. 1447 e 1448 c.c. .

Il meccanismo di funzionamento delle due disposizioni è noto.

Al di là delle diatribe dottrinali sulla natura del mezzo rescissorio, è chiaro che il legislatore ha voluto permettere un controllo di equità dello scambio solo nell'ipotesi in cui si possano ravvisare nella fattispecie concreta degli elementi che suggeriscano che il contraente pregiudicato non ha ‘scelto’ liberamente di contrattare.

Accanto all'iniquità dello scambio, è richiesta (o presunta, in determinate situazioni) una compressione della libertà di determinare le condizioni del patto<sup>147</sup>.

---

<sup>146</sup> Testo integrale della sentenza in Giust. civ., 2005, I, p. 689 ss. . Segue nota giurisprudenziale non firmata, che ripercorre anch'essa il consolidato orientamento delle corti in materia di collegamento negoziale ed in particolare in relazione alle conseguenze dell'illiceità del fine complessivo dell'*iter* contrattuale.

<sup>147</sup> In generale: CARRESI, voce *Rescissione*, *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991. La rescindibilità è stata di volta in volta ricondotta al novero dei vizi del volere, all'invalidità per vizio causale, ad una natura autonoma o comunque ibrida. Si v. SCALFI, *Il fondamento giuridico dell'azione di rescissione*, Temi, 1949, p. 39 ss.; CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, p. 574; BIANCA, *op. cit.*, p. 643. Lungi dal voler in qualche modo entrare nella diatriba, resta il fatto, sul piano degli stretti requisiti di legge, la rescissione, per essere pronunciata, richiede la coesistenza della sperequazione in uno ad un elemento ultroneo: lo stato di pericolo o lo stato di bisogno. V. anche LANZILLO RICCIO, Artt. 1447-1452, *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 2005.

L'idea che potesse aversi una valutazione della congruità dello scambio (dal punto di vista normativo o comunque economico) ad opera del giudice, anche al di fuori degli artt. 1448 c.c. e ss., è stata quindi in passato rifiutata dalla dottrina<sup>148</sup>.

Si distinguevano però voci isolate, secondo cui questo intervento censorio sarebbe stato ammissibile.

L'istituto di riferimento, per questa teoria nata in controtendenza, fu proprio la causa del contratto. I motivi sono molteplici. Il primo è che tradizionalmente (ci si riferisce al panorama dottrinale e giurisprudenziale anteriore all'entrata in vigore del codice del 1942) l'istituto è stato avvicinato al concetto di nesso di corrispettività: se il rapporto di scambio non è razionale, tale nesso si sbilancia, sino a rompersi. Il secondo motivo, per così dire *a contrario*, risiede nel fatto che gli istituti di diritto privato più vicini all'idea di un controllo imperativo sul rapporto tra le controprestazioni (ed in particolare sulla rappresentazione che le parti hanno del loro rapporto) sembrano escludere ogni possibilità di giudizio commutativo<sup>149</sup>.

Del resto l'orientamento negativo ha trovato il suo radicamento dapprima nella teoria volontaristica dell'agire negoziale e poi nelle dottrine economiche liberiste e nel positivismo giuridico, nonché, più in generale, nell'impostazione dogmatica del metodo<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Anzi, senza pur voler scendere eccessivamente nello specifico, nella vigenza del codice del 1865, i margini per l'esercizio dell'azione di rescissione erano addirittura più ristretti: era possibile solo nell'ambito della compravendita immobiliare ed era esercitabile dal solo venditore, in proposito v. GORLA, *La compravendita*, Torino, 1937, p. 43 ss.: "L'equivalenza obiettiva dello scambio non fa parte del sinallagma: essa è rimessa alla valutazione subiettiva dei contraenti. Eccezionale rilievo acquista tale equivalenza nella vendita di immobili per meno della metà del giusto prezzo [...]; la ratio remota della norma sta in una mancanza di libertà del venditore, bisognoso di danaro, nella sua valutazione subiettiva dell'equivalenza, mancanza di libertà che la legge desume per presunzione [...] della enormità della lesione e da ciò che degli immobili è più difficile, che pei mobili, l'offerta su vari mercati".

LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961, p. 116, in modo singolare, inserisce la descrizione dell'azione generale di rescissione per lesione proprio nel capitolo dedicato alla causa del contratto di compravendita. Peraltro, sul problema generale, così si esprime: "Nel caso di vendita si dovrà esigere che il prezzo corrisponda al valore della cosa? Guai se fosse premessa, in modo assoluto, un'indagine di questo genere; si può dire, in linea generale, che, nei contratti, in una certa misura, domina il concetto di autonomia dei contraenti, i quali sono buoni giudici dei loro interessi: un'indagine del magistrato sulla equivalenza delle prestazioni, ove fosse ammessa con larghezza, sarebbe d'impaccio alla libertà, al commercio e moltiplicherebbe le liti, con danno sociale. D'altra parte, i contrastanti interessi delle parti costituiscono, normalmente, due forze eguali e contrarie che, bilanciandosi, conducono ad un certo equilibrio e quindi a una certa giustizia contrattuale".

<sup>149</sup> Si pensi appunto alla tendenziale irrilevanza dell'errore sul valore, alla disciplina restrittiva in materia di violenza, ecc...

<sup>150</sup> ROLLI, *op. cit.*, p. 148, che fornisce una ricostruzione storica.

Come già osservato *supra*, specie a partire dalla metà degli anni settanta, si è assistito al fiorire di un movimento teso al recupero del ‘caso concreto’ (a discapito della sterile analisi dogmatica) mirante alla ricerca problematica, pur attraverso il diritto, della giustizia come valore sociale<sup>151</sup>.

Invero l’evoluzione dottrinale attorno ad una serie di istituti (fra cui la buona fede e ragionevolezza) ed una serie di interventi normativi, hanno preparato una diversa impostazione della questione<sup>152</sup>.

La giurisprudenza si era già soffermata sul problema del prezzo irrisorio, in Cass., Sez. I, 24 febbraio 1968, n. 632.

La Corte di Cassazione distingueva il caso del prezzo completamente irrisorio, da quello del prezzo grandemente inferiore a quello di mercato, ma pur sempre di una qualche rilevanza in termini di scambio<sup>153</sup>.

In un’ottica ancora legata al metodo tipologico astratto, pur tuttavia già in parte superato in altre pronunce, la Corte aveva qui considerato nulla la compravendita a prezzo irrisorio in quanto mancante di un elemento essenziale del tipo legale: il prezzo<sup>154</sup>.

Veniva eretto ad elemento di validità, un aspetto che invece concorreva a qualificare il tipo, il tutto dando corso ad una palese petizione di principio, non condivisa dalla dottrina<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> Mette in relazione i fattori ROLLI, *op. cit.*, p. 153 ss. .

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 155, 175 - 204. Si deve porre in risalto come la Suprema Corte abbia già da tempo risalente iniziato a svalutare l’argomento *a contrario* nell’interpretazione del vizio di rescindibilità: in materia di usura, infatti, in una serie di interventi poi supportati dal legislatore (l. n. 108/96) è stato considerato nullo il contratto portante interessi usurari, in quanto in contrasto con l’art. 644 c.p., ritenuta norma imperativa.

<sup>153</sup> Così la Corte: “[...] giova avvertire che la inesistenza (o nullità) del prezzo non è da confondere con la pattuizione di un prezzo semplicemente tenue o irrisorio: dappoiché solo la indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore – epperò meramente apparente e simbolico – può elevarsi a causa di nullità della compravendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, laddove la pattuizione di un prezzo, seppure eccessivamente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma ‘non del tutto privo di valore’, pone un problema che, concernendo l’adeguatezza o la obiettiva equivalenza della prestazione, afferisce propriamente alla individuazione ed interpretazione della volontà dei contraenti ed alla (diversa) configurazione della causa del contratto, ben più che alla esistenza stessa del prezzo”. Sentenza reperita in Cass. civ., 1968, I, p. 1476 ss..

<sup>154</sup> La tendenza a considerare il prezzo quale elemento costitutivo del tipo legale è consolidata già dall’entrata in vigore del codice vigente, sulla scorta delle precedenti elaborazioni dottrinali. Consolidata in dottrina è pure la tendenza a considerare il prezzo quale requisito di validità del contratto, più che elemento in considerazione della cui presenza il volere privato possa effettivamente sussumersi nel modello normativo. Così RUBINO, *La Compravendita*, 1962, Milano, p. 3: “Gli elementi essenziali della compravendita, che cioè vengono richiesti in ogni singolo contratto di compravendita, e la mancanza anche di uno solo dei quali determina la nullità del contratto, sono quattro: i soggetti, il consenso, il diritto da trasferire, il prezzo.”.

<sup>155</sup> Così BIANCA, *La compravendita*, Torino, 1972, p. 59: “Quando il prezzo è meramente simbolico o derisorio – e cioè non offre un interesse apprezzabile che nel comune intendimento sociale possa

In particolare, nelle elaborazioni più recenti, è stato sostenuto che quando il prezzo sia talmente esiguo, rispetto al valore della cosa, da apparire meramente simbolico, il contratto, dovendosi escludere che persegua una effettiva finalità di scambio, va classificato, secondo la sua causa reale, come (eventualmente) donazione<sup>156</sup>.

Nella medesima pronuncia, l'elemento causale viene messo ulteriormente in secondo piano nell'analisi delle pattuizioni concluse a prezzo inferiore a quello di mercato, ma non irrisorio.

In questa ipotesi la Corte distingue due diverse conseguenze: o la compravendita sarebbe simulata (e dissimulata una donazione), o la compravendita sarebbe stata effettivamente voluta, nel qual caso si verserebbe nell'ipotesi del negozio indiretto<sup>157</sup>.

Qui la Corte, sostanzialmente, più che valorizzare l'aspetto causale – specialmente nella prima possibilità dell'alternativa – valorizza l'indagine del volere delle parti: non è una compravendita perché le parti non hanno voluto concludere una compravendita, non già perché sia possibile – sulla base della causa concreta – riquificarla come donazione.

L'elemento causale viene invece preso in maggiore considerazione nella seconda alternativa, che descrive essenzialmente l'ipotesi del negozio misto con donazione (v. *infra*).

---

corrispondere in tutto o in parte al sacrificio della controprestazione – deve certamente escludersi che il contratto sia fondato su una ragione pratica di scambio. Il negozio deve allora essere valutato e classificato secondo la sua causa reale”, proseguendo in nota: “Non può quindi parlarsi di nullità del contratto o senz'altro di donazione”.

<sup>156</sup> Così LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, p. 18 (v. *infra* sulla qualificazione).

<sup>157</sup> La Corte infatti prosegue: “Una volta accertato che il prezzo convenuto – per quanto eccessivamente inferiore al valore obiettivo della cosa venduta – era tuttavia reale ed esistente, la corte del merito ha condotto l'indagine tesa a verificare la validità o meno del negozio secondo uno schema risolutivo di ineccepibile rigore logico e giuridico: quello cioè secondo cui, allorché la sproporzione fra le prestazioni che entrano nello scambio proprio della compravendita urti in modo assolutamente stridente con la valutazione di equivalenza fatta secondo i criteri del comune commercio, si fa luogo ad una duplice alternativa, in quanto: si ha motivo di ritenere che le parti non abbiano affatto voluto vendere; nel qual caso ricorre l'ipotesi di una donazione dissimulata; o si ha invece motivo di ritenere che le parti, contestualmente alla vendita, abbiano voluto conseguire il risultato di un arricchimento del compratore [...] nel qual caso si versa in una ipotesi che, comunque sia qualificata [...] rientra nella previsione e disciplina di quelle liberalità diverse dalla donazione vera e propria”.

Il Giudice non può evidentemente non aver tenuto presente gli argomenti di RUBINO, *op. cit.*, p. 269: “[...] la nostra ipotesi è stata sempre intesa ed esaminata nel presupposto che quella sproporzione obiettiva si accompagni ed anzi derivi da una particolare intenzione dei contraenti, cioè dall'intento di fare al compratore una liberalità, almeno per quella parte del valore del diritto che non è coperta dal prezzo [...] d'altro canto, in tanto la nostra ipotesi può essere presentata come ipotesi autonoma in quanto non si tratti di simulazione: in caso contrario sarebbe financo superfluo parlarne [...]”.

La Corte non sembra nemmeno considerare la possibilità che le parti, pur avendo voluto effettivamente l'importo inferiore del prezzo, non abbiano inteso realizzare alcuna erogazione liberale, e, nel caso concreto, ciò sia confermato dalle circostanze: escludendosi quindi l'esistenza di una *causa donandi*.

La giurisprudenza di merito è soffermata più di recente sul tema in Corte d'appello di Napoli, Sez. I, 21 dicembre 1989, n. 1934<sup>158</sup>.

Il caso sottoposto alla cognizione del Giudice del gravame era il seguente, semplificato nei suoi aspetti non rilevanti.

Due società stipulavano un primo contratto avente ad oggetto sostanzialmente l'obbligo preliminare di vendere alternativamente o le quote di una società, o parte del suo patrimonio immobiliare. All'incirca vent'anni dopo, veniva stipulato un contratto di compravendita dei cespiti immobiliari, da parte dei medesimi soggetti, allo stesso prezzo.

A questo punto, la Corte, rilevando previamente come il secondo negozio non potesse qualificarsi quale negozio riproduttivo o d'accertamento – stante la difformità delle pattuizioni – constatava che il prezzo della compravendita, se considerato congruo alla data del primo negozio, era totalmente inadeguato alla data del secondo.

Il Giudice partenopeo, sulla scorta di questa considerazione di fatto, dichiarava la nullità della compravendita per difetto originario di causa stante l'assoluta inadeguatezza del prezzo, precisando altresì che l'indagine circa la sussistenza dell'*animus donandi* era preclusa avendo le parti escluso qualsivoglia intento di liberalità.

---

<sup>158</sup> Dir. giur., 1990, p. 510 ss. con nota di LUBRANO. Così il commentatore: "E' palese infatti che riconoscere l'esigenza di un prezzo adeguato all'effettivo valore del bene alienato, seppure nei limiti delle variabili circostanze di fatto di ciascuna situazione, giova a rafforzare la tutela del potenziale contraente debole, e quindi a concepire in termini sempre più sostanziali (nel senso di equivalenza) la 'funzione' di scambio. Ed è in tale linea di tendenza che si iscrive la sentenza in epigrafe, a testimonianza di un'espansione dell'area di verifica giurisprudenziale in senso diametralmente opposto all'antica tesi del disinteresse dell'ordinamento giuridico di fronte alla determinazione del prezzo fissato dalle parti. Ciò non autorizza una ingerenza del giudice nei rapporti interpretati a tutela di un generico 'pubblico interesse', ma al più consente il controllo della rispondenza della causa concreta del singolo contratto al raggiungimento della obiettiva finzione di scambio, cui si ritiene sempre più connaturata l'esigenza di equilibrio tra le prestazioni."

In questo panorama soggetto a rapida evoluzione, la Corte di Cassazione, nella sent. 20 novembre 1992, n. 12401 torna incidentalmente sul dibattito sui rapporti tra causa e equivalenza delle prestazioni<sup>159</sup>.

I fatti erano facilmente inquadrabili, una società di trasporti cedette ad una società immobiliare alcune concessioni di trasporto internazionali rilasciate dal Ministero dei trasporti. La cessione avveniva quale atto esecutivo di un preliminare stipulato tra la società di trasporti ed un consorzio pubblico, in vista della imminente scalata azionaria di quest'ultimo sulla prima. Il ministero, noto il fatto del trasferimento, avvisava le parti che l'atto era nullo perché difettoso della necessaria autorizzazione. La società immobiliare, allora, vedendosi rifiutato il consenso per una nuova stipula (il pacchetto azionario della società di trasporti era ora del consorzio, che voleva mantenere le concessioni) agiva in giudizio per sentir dichiarare la validità del contratto o, in subordine, l'emissione di sentenza *ex art. 2932 c.c.* .

La Corte d'Appello di Venezia, con sent. 20 febbraio 1988, rigettava le domande osservando essenzialmente che il negozio era nullo, non già per l'incommerciabilità delle concessioni senza autorizzazione del ministero, ma per l'assoluta mancanza di causa, non essendovi controprestazione per la cessione, ne *professio causae*.

La Suprema Corte, adita in via principale dalla società immobiliare, conferma la decisione d'appello, riprendendone le motivazioni.

La Corte ha giudicato il negozio carente della causa concreta in quanto il negozio traslativo atipico privo di *professio causae* e, *tout court*, di controprestazione (sul punto si tornerà a breve).

Tuttavia, il passaggio argomentativo che è stato accolto come rivoluzionario da certa dottrina (anche se, come abbiamo visto, con terminologia già nota alle pronunce della Corte) è l'inclusione del negozio privo di controprestazione nella categoria del negozio che difetti di 'equivalenza, almeno tendenziale, delle prestazioni', 'previa esclusione, altresì, di una ipotesi negoziale implicante liberalità, per difetto dei presupposti formali di tale ipotesi'.

---

<sup>159</sup> In Foro it., 1993, I, p. 1506 ss., cui segue CARINGELLA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*.

Insomma, la Corte sembra ribadire, seppur in un *obiter dictum*, che ove non vi sia un rapporto di scambio ragionevole tra prestazioni, il negozio è nullo a meno che non sia stipulato per atto pubblico e sorretto da spirito di liberalità.

E' lapalissiano che l'equivalenza tendenziale tra le prestazioni sia una valutazione da compiersi con esclusivo riferimento alla causa concreta: non è nemmeno ipotizzabile una ricostruzione della questione con riferimento al tipo astratto.

Recentemente, ancora, si è rilevato che sarebbe 'oramai anacronistico escludere che il controllo sulla causa possa estendersi alla valutazione del contenuto delle prestazioni', anche sulla scorta dell'evoluzione dei rapporti di forza economico – sociali tra operatori del mercato<sup>160</sup> e ciò porta alla conseguenza che il 'principio della insindacabilità dell'autonomia contrattuale ... non può più operare per giustificare l'irrilevanza dell'eccessivo squilibrio tra prestazione e controprestazione in sede di controllo causale'<sup>161</sup>.

Questa tesi, d'altro canto, considera l'esigenza del requisito causale quale principio generale dell'ordinamento giuridico. Come tale, ne propugna la continua estensione dell'ambito applicativo.

Ad oggi, comunque, l'istituto di riferimento, per specialità, non può che essere la rescissione<sup>162</sup>.

Quest'ultima vicenda processuale impone di introdurre l'analisi delle fattispecie *sub b)*<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> ROLLI, *op. cit.*, p. 232. Così DI MARZIO, *op. cit.*, p. 100: "Negare che il giudice possa controllare la congruità dello scambio bene – prezzo corrisponde alla scelta ideologica, di stampo liberale in senso classico, di non sindacare l'autonomia privata nelle sue scelte quando esse soddisfino formalmente i requisiti di legge. Ammettere che il giudice possa controllare la congruità dello scambio bene – prezzo corrisponde alla scelta ideologica, di stampo liberale in senso più moderno e attuale, di sindacare le scelte dell'autonomia privata per verificare se al rispetto della lettera della legge si accompagna anche il rispetto della sua sostanza. Mutamento di prospettiva imposto, all'evidenza, dal nuovo assetto di rapporti economici instauratosi con l'affermarsi sul mercato di figure di contraenti prima sconosciute: imprese anche di rilevantissime dimensioni, spesso collegate fra loro in strutture societarie complesse o vincolate da accordi di cartello, da un lato, piccole o piccolissime imprese e consumatori dall'altro. Assetto di rapporti economici che rende facilissime pratiche di abuso contrattuale del contraente forte ai danni del contraente debole. E che rende necessario il controllo giudiziale non meramente formale ma sostanziale ed effettivo."

<sup>161</sup> Anche se, a ben vedere, più che ad una rivoluzione dell'intervento giurisprudenziale, questa tesi potrebbe portare all'abbandono della scrittura privata in favore dell'atto pubblico.

<sup>162</sup> Forse, non per molto: il riferimento all'equivalenza almeno tendenziale del valore delle prestazioni è stato richiamato in Cass. 01 aprile 2011, n. 7557: la Corte è tornata a sostenere, seppur in un *obiter dictum*, l'invalidità del negozio in cui le prestazioni non siano equilibrato per violazione degli artt. 1322 c.c. e 41 Cost..

<sup>163</sup> Si è già detto *supra*, in proposito, con riferimento ai casi in cui la causa è presente in quanto esterna al negozio.

L'ordinamento conosce infatti tutta una serie di tipi legali che nella loro nozione descrivono rapporti sostanzialmente unilaterali e gratuiti: fra gli altri, la donazione, il comodato, la fideiussione.

Ebbene, sorge il problema di valutare l'esistenza dell'aspetto causale anche con riferimento a questi tipi legali.

Inoltre, l'ordinamento prevede l'esistenza di contratti con obbligazioni in capo ad una sola delle parti. Anche per essi ci si deve chiedere come si atteggi il dato causale. Ciascuno dei quattro istituti che sono stati richiamati imporrebbe che vi si dedicasse ben più che un lavoro monografico. Non si intende qui addentrarsi nelle diverse sfaccettature che ha assunto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Ci si limiterà qui a trattarli sul piano dell'aspetto funzionale.

Quanto alla donazione, è noto che secondo l'interpretazione dominante, la causa si rinverrebbe nel c.d. *animus donandi*, ovvero nel fatto che il trasferimento di ricchezza avvenga 'per puro spirito di liberalità'.

L'utilizzo della forma pubblica, con la presenza dei testimoni, avrebbe da un lato lo scopo di responsabilizzare il donante, dall'altro quello di avere certezza delle intenzioni donative<sup>164</sup>.

Per quel che attiene al contratto di comodato, il ragionamento qui svolto parte dal presupposto che per costituirlo sia necessario l'accordo delle parti, in particolare nel caso di fissazione del termine per la restituzione, e la consegna del bene<sup>165</sup>.

Sul piano funzionale, l'interesse che viene soddisfatto, evidentemente, è anzitutto quello del comodatario, che riceve la disponibilità del bene (interesse la cui esistenza è data per presupposta dalla formulazione del secondo periodo del co. 1 dell'art. 1809 c.c.).

E' stato recentemente sostenuto, comunque, che 'non ogni attribuzione priva di corrispettivo del godimento di un bene è comodato, ma soltanto quelle nelle quali può rinvenirsi un adeguato interesse del concedente, mancando il quale, invece, ci troveremmo di fronte a una attribuzione priva di adeguata giustificazione causale',

---

<sup>164</sup> Queste sono nozioni generalmente accettate: TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, p. 488.

<sup>165</sup> Luminoso, voce *Comodato*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 177 ss. .

ovviamente relativa al caso concreto<sup>166</sup>. E' celebre e tralazio l'esempio della concessione in comodato di un immobile per prevenirne la rovina.

Vien da chiedersi se anche detto interesse debba essere sottoposto ad un controllo sostanziale di coerenza in rapporto all'oggetto del rapporto di comodato<sup>167</sup>.

La necessità dell'interesse del comodante, ad ogni modo, è comunque discussa.

In concreto quindi, la 'funzione' che connota il comodato, e che permette di ritenere vincolato il comodante, è data, al più, dalla contemporanea soddisfazione di due interessi: quello del comodatario (che usa il bene) e quello del comodante (che pur riceve *alcuna* controprestazione).

Sul piano della formulazione del tipo legale, il legislatore sembra avvertire, contemporaneamente, sia l'importanza di un uso efficiente della proprietà (che passa a chi la può utilizzare), sia però la pericolosità insita nella gratuità del trasferimento. Sotto questo profilo è previsto che il contratto si concluda con la consegna del bene, quasi a voler 'integrare' sul piano formale una 'funzione' non direttamente ascrivibile allo schema dello scambio, così come accade per l'atto pubblico nella donazione<sup>168</sup>.

Un discorso (solo) in parte affine si può fare per il contratto di fideiussione. La funzione economico – individuale è da ricercarsi nel concreto interesse del creditore ad essere garantito. Anche qui, come nel comodato, può essere presente un interesse del fideiussore, tipicamente derivante dal suo rapporto con il debitore. Ma la legge esclude – in linea di principio – che i vizi inerenti al rapporto fra fideiussore e debitore possano rilevare nei rapporti con il creditore<sup>169</sup>.

Il legislatore, allora, prevede che l'assunzione dell'impegno fideiussorio debba avvenire espressamente e per iscritto. Da un lato ciò permette di connotare

---

<sup>166</sup> CIPRIANI, *Il comodato*, Napoli, 2005, p. 10. L'A. prosegue precisando che in ogni caso, perché si continui a parlare di comodato, è necessario che il perseguimento dell'interesse del comodante non comporti oneri al comodatario, oltre quelli previsti per legge.

<sup>167</sup> Così Cass., Sez. II, 23 novembre 2006, n. 24866, in Vita not., 2007, I, p. 187. Detta domanda si pone con ancor più attualità se si considera che è tradizionalmente escluso che la concessione in godimento a termine sia compatibile con il contratto di donazione.

<sup>168</sup> TETI, voce *Comodato*, *Digesto italiano*, Torino 2002, p. 37 ss. .

<sup>169</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 477.

causalmente il negozio gratuito mediante *professio causae*, dall'altro evita che si possa considerare garante chi abbia manifestato tale intento solo implicitamente<sup>170</sup>.

Al di fuori delle fattispecie tipiche, si colloca il contratto gratuito atipico.

Il tema è vastissimo.

In buona sostanza, si tratta di fattispecie non corrispettive e non sussumibili in un tipo legale.

E' stato ritenuto che ciò che permette di dare sanzione agli accordi con obbligazioni unilaterali è l'esistenza di un interesse economico patrimoniale del promittente<sup>171</sup>.

Questo interesse, di fatto, attiene al requisito della causa ed è valutato sul piano funzionale.

Un noto esempio di negozio gratuito atipico che trova sanzione secondo i suddetti parametri è quello contenente l'assunzione di un impegno a scopo reclamistico<sup>172</sup>.

In sintesi, appare a questo punto che, anche a mente di quanto visto nel paragrafo dedicato alla mancanza di causa, un patto atipico che origini un obbligo in capo ad una sola parte contrattuale è fornito di causa solo se da detto patto derivi un – quantomeno potenziale – beneficio patrimoniale a quello stesso soggetto (locuzione che comprende sia i negozi onerosi, sia i gratuiti, tipici o meno), anche quale causa esterna.

In difetto, si dovrà valutare se sono rispettati i requisiti formali dei tipi legali che consentono trasferimenti unilaterali. In questo senso, la forma (requisito inteso *latu sensu*, e ricomprensivo, negli esempi fatti, la *traditio*, l'atto pubblico, l'enunciazione espressa), secondo un noto meccanismo, va ad 'integrare' il (presunto) *deficit* causale.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 476.

<sup>171</sup> Si v. SICCHIERO, *Osservazioni sul contratto gratuito atipico*, Giur. it., 1995, I, 2, c. 945 ss. . Di recente, ROLFI, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, Corr. giur., 2003, I, p. 59 – 64. PALAZZO MAZZARESE, *I contratti gratuiti atipici*, Torino, 2008, p. 634.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 638.

### ***Interesse individuale e causa del contratto.***

Per quanto riguarda i contratti ad effetti obbligatori, va detto che l'interesse del creditore è considerato un elemento costitutivo dell'obbligazione<sup>173</sup>. La prestazione che il debitore è chiamato a svolgere deve infatti soddisfare un interesse, anche non patrimoniale, del debitore.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, vi è una relazione fra i due interessi creditorii: è un rapporto di mutualità. L'accordo salda assieme i due impegni contrapposti; la reciproca esecuzione delle prestazioni debitorie, poi, soddisferà mutuamente gli interessi delle parti.

Ma anche nei contratti in cui solo una parte si è obbligata, l'esecuzione dell'unica prestazione soddisfa sia un interesse esistente in capo al creditore, sia un interesse esistente in capo al debitore<sup>174</sup>.

Non importa da quante 'parti' siano sorte obbligazioni, la soddisfazione degli interessi dovrà essere sempre bilaterale.

E' stato osservato che 'l'interesse creditorio concorre a integrare la causa del contratto'<sup>175</sup>.

La funzione economico – individuale di un patto, allora, è la rappresentazione sincronica dei reciproci interessi delle parti. Da questo punto di vista, l'aspetto dello 'scambio' patrimoniale, non essendo più correlato alla corrispettività delle obbligazioni, è presente anche nei contratti gratuiti atipici<sup>176</sup>.

Si è affrontata la questione sul piano dei contratti a effetti obbligatori. In realtà, alle medesime conclusioni si arriva anche con riferimento al trasferimento della proprietà.

La *res* oggetto del patto deve infatti soddisfare l'interesse economico individuale dell'acquirente.

---

<sup>173</sup> Si esporrà di seguito la lezione di BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, p. 44 ss.. Si contrappone all'A. citato, in un notissimo dibattito, vivo ancor oggi, CIAN, *L'interesse del creditore e la patrimonialità della prestazione*, in Riv. dir. civ., 1968, p. 197.

<sup>174</sup> Lasciando per il momento da parte i casi di contratti gratuiti tipici: li si considererà a breve.

<sup>175</sup> BIANCA, *L'obbligazione (cit.)*, p. 45.

<sup>176</sup> L'inciso secondo cui l'interesse creditorio può avere anche natura non patrimoniale non crea particolari problemi. Tale interesse... può ben avere anche natura patrimoniale (e quella dovrà avere nel caso dei contratti gratuiti atipici).

E' noto che, secondo la Suprema Corte, si ha ipotesi di *aliud pro alio* qualora il bene compravenduto sia funzionalmente idoneo a soddisfare la propria destinazione economica, avuto riguardo ai reciproci interessi delle parti ed al contenuto del contratto<sup>177</sup>.

Al momento potrà non essere del tutto chiaro il motivo per cui, dopo aver elaborato un concetto di causa unitario (soluzione peraltro imposta dal dettato normativo), si torni a considerare i singoli interessi delle parti.

In realtà, ben lungi dall'essere dimostrazione dell'abbandono di una visione omogenea e organica dell'istituto, soffermarsi sugli interessi contrapposti serve anzi a ricondurre a sistema i casi in cui l'interprete avverte il *deficit* funzionale, ma evidentemente esso si manifesta da un solo lato del regolamento pattizio (ad esempio nel caso di costituzione di un diritto che è già nella titolarità della controparte contrattuale) od i casi in cui non vi sono prestazioni corrispettive, ma il patto soddisfa senz'altro due interessi contrapposti, che si possono apprezzare sincreticamente<sup>178</sup>.

Inoltre, la presa in considerazione dell'interesse di una sola delle parti rileva in tema di presupposizione, su cui v. *infra*.

Infine, concepire la funzione economico individuale quale reciproca soddisfazione di interessi è d'aiuto per comprendere quanto si dirà nel capitolo successivo circa l'aspetto funzionale del patto nell'ordinamento inglese.

---

<sup>177</sup> Di recente, ancora, Cass. n. 10917, dep. il 18 maggio 2011. E' superfluo precisare che, a seguito dell'accertamento della consegna di un *aliud pro alio*, il rimedio accedibile è quello della risoluzione del contratto e non quello della dichiarazione di nullità per mancanza di causa. Ma questo è conseguenza dell'efficacia reale del trasferimento, strettamente dipendente dalla individuabilità del bene. In questo ordine di ragionamento, nel caso in cui si acquisti una cosa propria, è più corretto parlare di impossibilità dell'oggetto. Si v. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997, in particolare p. 473: nel contesto dell'analisi del problema della presupposizione (che sarà affrontato nel prosieguo, accogliendo la tesi della giurisprudenza dominante, con la quale, l'A. probabilmente non concorderebbe) l'A. affronta la questione dell'interesse sotteso al ricevimento della prestazione, riconducendolo nell'alveo della disciplina dell'(impossibilità dell') oggetto. L'eleganza della soluzione porta a ritrovare traccia della funzione economico individuale anche in quest'ultimo requisito, ricomponendo la frattura fra scambio e interesse. Queste problematiche, tuttavia, finirebbero per allontanarci troppo dalla scelta metodologica operativa qui utilizzata.

<sup>178</sup> La ricostruzione che si sta esponendo è, per certi versi semplificata ed adattata alle finalità di questo lavoro, quella offerta da CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, Riv. dir. civ., 1991, I, p. 230 ss. .

### ***Il contratto contra legem.***

Il tema dell'illiceità del negozio è estremamente vasto e complesso<sup>179</sup>.

L'art. 1418 c.c. sanziona con la nullità il contratto contrario alle norme imperative. Il successivo comma dispone che siano fra nulli, fra gli altri, i contratti con causa od oggetto illeciti<sup>180</sup>.

L'esigenza di distinguere fra nullità del contratto per illiceità della causa (v. artt. 1343 e 1344 c.c.) e illiceità dell'oggetto deriva essenzialmente dal fatto che il legislatore vuole impedire non solo la stipula di patti con prestazioni illecite, ma anche di patti in cui le prestazioni, singolarmente considerate, siano lecite, ma sia da rigettare la possibilità che siano poste in nesso di corrispettività.

Un assetto causale è illecito quando è contrario a specifiche norme, all'ordine pubblico o al buon costume.

L'esempio classico della contrarietà alla legge è quello del patto commissorio: in quella fattispecie è la funzione economico – individuale di garanzia a rendere nullo il patto.

Ordine pubblico e buon costume sono classici esempi di concetti normativi. Sul piano generale, senza scendere nello specifico, rappresentano istanze generali e principi fondanti l'ordinamento, vigenti in un dato periodo storico<sup>181</sup>.

Qualora si ponga in essere un negozio che in sé risulti lecito, ma in concreto realizzi effetti sussumibili in una fattispecie legale di divieto, si ha un caso di frode alla legge, parimenti sanzionato con la nullità ai sensi dell'art. 1344 c.c. .

All'indomani della promulgazione del codice civile, la tendenza era quella di porre l'attenzione sulla fattispecie di divieto, più che sul negozio posto in essere, chiedendosi se il divieto di atti fraudolenti potesse essere in qualche modo

---

<sup>179</sup> Per un inquadramento generale, ci si è riferiti al lavoro di DI MARZIO, op. cit., p. 324 ss. .

<sup>180</sup> Sul rapporto fra i due commi: ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, Riv. crit. dir. priv., 1985, p. 491 ss.; DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, Riv. crit. dir. priv., 1985, p. 435 ss. . Nel presente lavoro, non interessa la contrarietà a norme imperative non dipendente da difetti funzionali. Di seguito, pertanto, si utilizzerà la categoria della nullità per contrarietà a norme imperative come equivalente a quella della nullità per illiceità della causa.

<sup>181</sup> GAZZONI, *Diritto privato*, Napoli, 2006, p. 799 ss.; RODOTA', *Ordine pubblico o buon costume?*, Giur. merito, 1971, p. 105 ss. .

assimilabile ad una estensione analogica delle norme descrittive di assetti causali vietati<sup>182</sup>.

Di recente, la frode alla legge è stata invece correttamente inquadrata nell'ambito della causa in concreto<sup>183</sup>.

L'elemento che caratterizza la frode è 'costituito dalla predisposizione di uno strumento negoziale tipico al fine di conseguire un effetto vietato'<sup>184</sup>.

In un recente caso è stata sottoposto al vaglio della Suprema Corte un negozio di compravendita con patto di retrovendita, affinché ne dichiarasse la nullità in quanto stipulato in violazione del divieto di patto commissorio.

La costante giurisprudenza di legittimità prevede che “[...] *la vendita con patto di riscatto o di retrovendita, anche quando sia previsto il trasferimento effettivo del bene, è nulla se stipulata per una causa di garanzia (piuttosto che per una causa di scambio) [...]*”<sup>185</sup>.

Argomenta nel presente caso Cass., Sez. II, 7 settembre 2009, n. 19288 che: “*pur non integrando direttamente un patto commissorio vietato dall'art. 2744 cod. civ., [la compravendita con patto di riscatto a scopo di garanzia] costituisce un mezzo per eludere tale norma imperativa ed esprime perciò una causa illecita che renda applicabile all'intero contratto la sanzione dell'art. 1344 cod. civ.*”<sup>186</sup>.

In un caso di poco precedente, la Suprema Corte ha invece dimostrato precisa attenzione per la distinzione operabile fra diretta illiceità e illiceità per frode alla legge.

---

<sup>182</sup> Si ricorda qui l'interessante scambio di opinioni tra Oppo e Carraro, all'indomani della pubblicazione del celebre *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943. Il primo, recensendo la recente pubblicazione del secondo, rilevava che di fatto, una siffatta ricostruzione della frode alla legge avrebbe comportato una sostanziale disapplicazione del divieto di estensione analogica delle norme imperative (OPPO, *Recensione a Carraro, Il negozio in frode alla legge*, Riv. dir. comm., 1944, p. 179). A controreplica, l'A. del saggio monografico insisteva sulle sue posizioni, precisando che rifiutare di ammettere la possibilità di sanzionare anche fattispecie analoghe a quelle vietate sarebbe significato svuotare di contenuto la stessa previsione legislativa (CARRARO, *Essenza della frode alla legge*, Dir. giur., 1946, p. 97 ss.).

<sup>183</sup> BIANCA, *Il contratto (cit.)*, p. 625 ss. . Si v. comunque PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, Riv. dir. comm., 1990, 161 ss.; LANZA, *Frode alla legge*, Riv. soc., 1970, p. 363 ss. . In generale, DI MARZIO, *op. cit.*, p. 591 ss. .

<sup>184</sup> GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, *Enc. dir.*, Varese, 1969, p. 83.

<sup>185</sup> Questa posizione è già espressa in SS.UU. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Giust. civ.*, 1989, I, p. 1569 ss.

<sup>186</sup> Testo della sentenza reperito in *Giust. civ.*, 2009, 12, p. 2683 ss. .

Due soggetti avevano stipulato un contratto di locazione nel disposto del quale avevano obiettato l'intento di usufruire dell'immobile per fini in contrasto con alcune disposizioni normative urbanistiche emanate in sede locale.

La Suprema Corte ha evocato esplicitamente l'istituto della causa concreta, precisando che anzitutto, in questo caso “[...] è *inconfigurabile la figura del mero motivo, che quale mero impulso psichico alla stipulazione attiene ad interessi rimasti nella sfera volitiva interna della parte conseguentemente esulando dal contenuto del contratto, esso viene appunto a designare lo scopo pratico che il contratto è funzionalizzato a realizzare [...]*”<sup>187</sup>.

Sulla scorta di detta premessa, il Collegio prosegue affermando che l'interesse siccome obiettato: “*assurge allora a causa del contratto, a giustificazione dell'operazione contrattuale nel suo complesso, valendo a qualificare l'accordo e a determinare la essenzialità di tutte le attività ed i servizi che assumono decisivo rilievo ai fini del relativo soddisfacimento*”.

E quindi: “*Atteso che il risultato vietato non risulta nella specie perseguito attraverso la combinazione di atti di per sé leciti [...] ma mediante la stipulazione di contratto la cui causa concreta si pone direttamente in contrasto con le disposizioni urbanistiche, e in particolare con i vincoli di destinazione posti dal locale piano regolatore, la nullità del contratto di locazione in argomento discende allora non già - come invero pure prospettato dai ricorrenti - alla stregua della frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c. [...] bensì ai sensi dell'art. 1343 c.c., in ragione della diretta violazione di norme imperative che esso vale ad integrare [...]*”.

E' di palmare evidenza l'attenzione della giurisprudenza a sottoporre ad un'indagine penetrante il volere delle parti.

Il problema, già menzionato, è quello di stabilire l'identità della frode alla legge rispetto alla diretta violazione delle norme di divieto, il tutto, ovviamente, previa ricostruzione della causa in concreto.

L'aspetto funzionale rileva anche sul piano delle conseguenze dell'invalidità<sup>188</sup>.

La nullità del contratto può infatti non comportare l'integrale inefficacia dello stesso.

---

<sup>187</sup> Testo della sentenza reperito in Giust. civ., 2009, 3, p. 625 ss. .

<sup>188</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 633 – 638.

Se gli interessi delle parti possono essere comunque soddisfatti da un tipo di contratto diverso, i cui effetti siano evidentemente difforni ma compatibili con l'ordinamento, il negozio nullo si può *convertire* in quello lecito<sup>189</sup>.

Peraltro, nell'ipotesi in cui la nullità sia relativa solo ad alcune clausole – e quindi, evidentemente non riguardi la causa – è possibile che l'inefficacia sia limitata a tali disposizioni pattizie, senza estendersi all'intero contratto.

Perché ciò accada, tuttavia, è necessario che l'eliminazione della singola clausola non modifichi lo scopo del patto a tal punto che le parti non l'avrebbero concluso senza di essa<sup>190</sup>.

La componente funzionale, pertanto, interessa non solo la fase patologica, ma anche il momento conservativo.

### ***Interpretazione e qualificazione del contratto.***

Nell'ordinamento italiano le regole sull'interpretazione trovano la loro sede storica negli artt. 1362 e seguenti del codice civile.

La serie di disposizioni si palesa quale algoritmo di metodo per identificare il portato giuridico del patto.

E' noto, e su ciò non si indugerà, che negli articoli citati si trovano regole principali e residuali, regole oggettive e soggettive.

Il principale precetto ermeneutico è quello che spinge l'interprete ad indagare l'intenzione delle parti, per come palesatasi nella realtà sociale attraverso la fase esecutiva del patto.

Al di là di questo criterio, sussistono delle regole integrative e delle regole sussidiarie.

---

<sup>189</sup> DI MARZIO, *op. cit.*, p. 890 ss. (in particolare p. 913).

<sup>190</sup> E' seguita qui l'impostazione tradizionale. E' comunque affermata la tesi secondo cui la conversione del contratto nullo implicherebbe anche una sorta di trasformazione della causa. Si v. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 378 – 379. Tuttavia, lo stesso autore precisa che non deve essere frustrato lo scopo concretamente perseguito dalle parti.

L'art. 1369 c.c. recita: “Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto”<sup>191</sup>.

Questa regola permette di superare le ambiguità lessicali utilizzando il significato pratico dell'affare come chiave di decodificazione delle ambiguità. Si tratta di interpretare il negozio per mezzo della sua causa *concreta*.

Non è un caso, quindi, che la dottrina attribuisca alla regola la qualificazione di *interpretazione funzionale*<sup>192</sup>.

La giurisprudenza recente ha ben chiaro il ruolo fondamentale di questo precetto interpretativo.

In un recente caso risolto dalla Suprema Corte, un soggetto acquistava un bene promettendo in cambio il versamento di una somma di denaro e il trasferimento di un bene.

Per comprendere se l'intento delle parti era quello di considerare prevalente la componente di prezzo rappresentata dal denaro o quella rappresentata dalla *res*, è appunto stata usata la regola dell'interpretazione funzionale<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> Per un inquadramento generale dei principali problemi ricostruttivi attorno a detta disposizione (fra cui, la sua natura 'di confine' fra l'interpretazione oggettiva e quella soggettiva): CAPODANNO, *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006, p. 279 ss. .

<sup>192</sup> BIANCA, *Il contratto (cit.)*, p. 433: “Il significato di ciò che le parti hanno concordato non può infatti essere adeguatamente accertato se non si tiene conto della ragione pratica dell'affare, ossia della causa concreta. E' la causa che giustifica il contratto e il relativo regolamento, e che pertanto consente di chiarire il significato delle dichiarazioni e dei comportamenti delle parti, e di superare eventuali incoerenze, ambiguità o anche discordanze nel testo”. come SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 407 considera la regola come un meccanismo di controllo di compatibilità fra interpretazione e natura dell'operazione economica, così come emergente dall'analisi di categorie di operazioni consimili, resta il fatto che però l'A. ricollega alla causa concreta il precedente art. 1363 c.c. . Per una visione d'insieme, ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, Giur.it. 1973, I, 1, p. 1507 e ss. . IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, Riv trim. dir. proc. civ., 1999, p. 1156 considera inoltre l'art. 1367 c.c. come una norma parametro per verificare l'efficienza dell'interpretazione rispetto all'assetto causale del patto.

<sup>193</sup> Cass. sez. II, 16 aprile 2007, n. 9088: “Un contratto traslativo della proprietà, nel quale la controprestazione abbia cumulativamente ad oggetto una cosa in natura ed una somma di denaro, ove venga superata la ravvisabilità di una duplicità di negozi, di cui uno di adempimento mediante *datio in solutum*, o, in virtù del criterio dell'assorbimento, l'ipotesi di un unico negozio a causa mista, può realizzare tanto la fattispecie di una compravendita con integrazione del prezzo in natura quanto quella di permuta con supplemento in denaro e, in tale ultimo caso, la questione dell'individuazione del negozio in concreto voluto e posto in essere dalle parti non può essere risolta con il mero richiamo all'equivalenza (o anche prevalenza) economica del valore del bene in natura o della somma di denaro che unitamente costituiscono la controprestazione, dovendo invece essere determinata in ragione della prevalenza giuridica dell'una o dell'altra prestazione.

Agli effetti della qualificazione del contratto, è necessario pertanto ricostruire gli interessi comuni e personali, che le parti avevano inteso regolare con il negozio, ed accertare se i contraenti avessero voluto cedere un bene in natura contro una somma di denaro, che per ragioni di opportunità avevano parzialmente commutata in un

Questa fattispecie permette di introdurre il tema della *qualificazione*.

L'interpretazione funzionale, e per essa la causa concreta, rappresenta il veicolo di sussunzione di una fattispecie negoziale in un determinato tipo legale astratto<sup>194</sup>.

Sul problema del tipo già si è detto.

In questa sede è sufficiente richiamare il principale risultato della sussunzione di un regolamento in un determinato tipo legale.

Negli effetti, il patto verrà integrato, generalmente in via dispositiva, dalla disciplina strutturante il singolo tipo.

Fra le centinaia di esempi che possono essere riportati, ad esempio, la compravendita è definita all'art. 1470 c.c. come trasferimento di cosa contro prezzo.

Una volta stabilito, attraverso l'analisi della causa concreta del patto, che la fattispecie negoziale è suscumbibile in tale tipo astratto, sarà applicabile la regola dettata dal co. 2 dell'art. 1477 c.c., il quale recita: “*Salvo diversa volontà delle parti, la cosa deve essere consegnata insieme con gli accessori, le pertinenze, e i frutti dal giorno della vendita*”<sup>195</sup>.

Naturalmente, la qualificazione di un negozio è una procedura estremamente delicata.

In un recente caso, risolto da Cass. 07 luglio 2003, Sez. III, n. 10684, la proporzionalità fra prestazioni è stata considerata proprio la leva per qualificare il contratto siccome appartenente ad un tipo codificato o ad un altro.

Nella fattispecie si trattava di pronunciarsi sulla riconducibilità di una pattuizione al paradigma dell'affitto di fondo rustico o al tipo generale del comodato.

Fra i criteri che la Corte ha utilizzato, sul piano meramente oggettivo, vi è stato appunto quello del rapporto fra valore delle reciproche prestazioni.

Il soggetto che aveva il godimento del fondo aveva infatti pagato nel tempo una serie di somme imputate a ragioni disparate e di importo, tutto sommato, contenuto.

---

altro bene, ovvero avessero concordato lo scambio tra loro di due beni in natura e fossero ricorsi all'integrazione in denaro soltanto per colmare la differenza di valore tra i beni stessi.”

<sup>194</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 474: “[...] occorre tenere presente la causa concreta del contratto. Ai fini della qualificazione del contratto è certo essenziale ciò che le parti stabiliscono, ma il contenuto del contratto è importante in quanto concorre a rilevare qual è l'*interesse* effettivamente perseguito dalle parti”; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010, p. 460 ss. .

<sup>195</sup> Sul sistema di integrazione, *Ibidem*, p. 511 ss. .

La Cassazione, premesso questo, così pronuncia: *“uno degli elementi essenziali del contratto di affitto - di natura commutativa, la cui causa è la costituzione di un'impresa agricola su fondo altrui - è il corrispettivo, in danaro o in utilità di altra natura, ma periodico, certo o almeno determinabile (art. 1571 cod. civ.), e di norma correlato al valore di godimento del bene per realizzare una tendenziale equivalenza tra le due prestazioni [...] Ed invero né il contratto di gestione di un fondo rustico, né il pagamento degli oneri gravanti su di esso o ad esso relativi [...] sono elementi incompatibili con il comodato, la cui caratteristica è il rapporto di condiscendenza e di fiducia tra comodante e comodatario, mentre non è effetto inderogabile del contratto il vantaggio esclusivo di questi. Né detti elementi sono tali da farne venir meno la sua essenziale gratuità, trasformandolo in contratto di locazione - che, come già detto, può esser soltanto oneroso - perché il pagamento dei pesi del fondo collegati all'uso di esso può esser dalle parti inteso come spese che normalmente (art. 1808 cod. civ.) restano a carico del comodatario e che perciò, non assumendo natura sinallagmatica, non sono correlate, con vincolo di reciprocità, all'obbligo del comodante di fargli godere il bene”*<sup>196</sup>.

Dalla qualificazione nell'una o nell'altra tipologia, poteva o meno discendere l'applicazione del regime imperativo sul diritto di prelazione nell'ambito della disciplina speciale agraria.

L'esistenza di una corposa serie di tipologie negoziali predefinite per legge conduce sovente gli interpreti ad incontrare momenti di difficoltà, quando la fattispecie concreta richiama più assetti causali astratti<sup>197</sup>.

Già nel primo dopoguerra, in particolare, la giurisprudenza ammette che le parti pongano in essere dei contratti atipici la cui causa risulta essere la fusione delle cause di due o più contratti tipici: si tratta appunto dei contratti misti<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Giust. civ., 2004, I, p. 1031.

<sup>197</sup> Per il caso in cui non richiami alcuno di essi, si v. *supra* con riferimento all'art. 1322 c.c. co. 2.

<sup>198</sup> Riporta la definizione giurisprudenziale SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, 1995, Padova, p. 18, al quale ci si è comunque riferiti per l'impostazione di questo paragrafo. Ancora attuale, per molti aspetti, DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934. In quest'ultimo, la definizione, storica, del contratto misto come contratto con causa mista a p. 109 – 110. Non è un caso se, di fatto, l. A. propone una – seppur embrionale – e, per così dire, *ante litteram*, definizione di causa in concreto (si v. p. 33 – 34). V. poi CORBO, *Tipicità, contratto misto e giurisprudenza: qualche breve riflessione*, Giur. merito, 1987, I, p. 75 ss.; DI SABATO, *op. cit.*, p. 424.

Il problema è come regolare le fattispecie, ossia quale serie di regole suppletive utilizzare.

Dottrina e giurisprudenza hanno offerto essenzialmente tre soluzioni, corrispondenti a tre teorie diverse: secondo la teoria della prevalenza il contratto misto è disciplinato dalle norme del tipo a cui sono maggiormente ascrivibili gli intenti concreti delle parti, secondo la teoria dell'analogia, similmente, ma invocando detto principio integrativo dell'ordinamento, ed infine, secondo la teoria della combinazione le singole attribuzioni dovrebbero essere disciplinate dalle norme relative al tipo a cui afferiscono<sup>199</sup>.

Premesso ciò, si è proposto di destrutturare la fattispecie mista nelle prestazioni di fare o dare in essa contenute, sussumendone ciascuna nel negozio tipico che partecipi della relativa funzione – economico sociale, cosicché il contratto misto viene ad essere 'regolato direttamente da tutte le norme dei tipi che si fondono, escluse quelle relative al corrispettivo in danaro [...] tale disciplina varrà tanto per le mistioni unilaterali quanto per le mistioni bilaterali [...]'<sup>200</sup>. Con ciò precisando che il contratto misto è diverso dal contratto atipico, dove il primo si identifica 'nella combinazione che le parti hanno deciso scambiando una prestazione tipica non con ciò che normalmente il tipo legale prevede come corrispettivo (cioè il denaro) ma con un'altra prestazione tipica che pure si scambierebbe normalmente con il denaro'<sup>201</sup>. Il secondo, cioè il negozio atipico, sarebbe invece caratterizzato da prestazioni atipiche.

Secondo parte della dottrina, tutt'oggi, sarebbe configurabile nel nostro ordinamento positivo anche la categoria dogmatica del negozio indiretto. Con detta fattispecie 'le parti utilizzano un determinato schema contrattuale per realizzare uno scopo che corrisponde non alla sua propria causa, ma alla causa di un diverso contratto, ovvero non è realizzabile mediante alcun contratto'<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Per un'analisi di sintesi delle tesi di Cataudella e di De Gennaro, v. *Ibidem*, p. 250 – 259.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 185, 292 e ss. in cui l'A. precisa anche che qualora si creino conflitti fra diversi schemi normativi si dovrà procedere all'applicazione di quelle norme che potenzialmente sono adatte a regolare l'intera fattispecie, più che solo la prestazione di riferimento, evitando comunque di sostituire a discipline restrittive ed imperative, norme dispositive e concessive.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>202</sup> DI PAOLO, voce *Negoziato indiretto*, *Enc. giur. Treccani*, Torino, 1995, p. 124.

Nulla il negozio indiretto avrebbe a che vedere anche con il negozio misto, poiché qui la causa sarebbe omogenea (se rettamente intesa come intento oggettivo e concreto).

L'ipotesi più frequente di negozio indiretto è rappresentata dalla donazione indiretta. Tale fattispecie si avrebbe quando le parti pongono in essere un negozio astrattamente ascrivibile ad una fattispecie di scambio, in cui però si verifica un depauperamento di una parte in favore dell'altra per spirito di liberalità.

Dal combinato disposto degli artt. 809 e 769 c.c. si evince che la disciplina applicabile a tale atto sarebbe quella della donazione, fatto salvo il requisito di forma, che rimarrebbe quello del negozio astrattamente posto in essere (ad es. semplice scrittura privata per il trasferimento immobiliare).

E' evidente che il problema qui è quello dell'ammissibilità di un patto con prestazioni il cui rapporto di valore non sia adeguato, tema su cui si è già detto *supra*.

### ***Causa in concreto e presupposizione.***

Con il termine presupposizione si suole indicare il complesso di circostanze, la cui supposizione, pur non dedotta nella manifestazione negoziale, sia stata determinante per la conclusione dell'affare. Il sopravvenuto venire meno di tali circostanze, così definite, pur non determinando l'impossibilità dell'adempimento, pregiudica l'esecuzione del contratto, facendo fallire in sostanza i programmi delle parti. Il risultato di questa impreveduta variazione pone in questione la stessa sopravvivenza dei vincoli contrattuali<sup>203</sup>.

L'istituto, dalla storia travagliata, ha corso su binari, pur paralleli, ma così vicini a quelli su cui si è evoluto l'istituto della causa, che non è possibile omettere una riflessione in ordine alla sua valenza.

---

<sup>203</sup> BESSONE – D'ANGELO, voce *Presupposizione*, *Enc. Dir.*, Varese, 1986, p. 326. Si richiama quanto già esposto *supra* in ordine al venir meno dell'*alea* nei rapporti assicurativi. Per un riferimento alle fonti BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, Riv. dir. civ., 1929, p. 105 ss., in particolare 125 ss. .

La presupposizione, concettualmente, vede la sua origine nel diritto privato moderno nell'ambito della tesi del dogma della volontà (v. *supra*). Se ciò che realmente dà sostanza al vincolo contrattuale è la volontà delle parti contraenti, è evidente che quand'anche vi fossero circostanze inesprese a cui subordinare il verificarsi degli effetti, nondimeno il loro (non) verificarsi sarebbe dovuto incidere sulla stabilità del negozio<sup>204</sup>.

In Italia, sin sotto la vigenza del codice civile del 1865, la presupposizione è stata un istituto di creazione giurisprudenziale. Almeno sino all'entrata in vigore del codice del 1942 la dottrina ha radicalmente rifiutato l'ammissibilità del controllo sulle c.d. circostanze inesprese. Le motivazioni erano eterogenee, in parte collegate all'insofferenza verso il dogma della volontà, in parte afferenti ad una generale esigenza di stabilità dei traffici.

Anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, la dottrina si mostrò restia a cambiamenti di orizzonte, facendo leva essenzialmente sulla irrilevanza dei motivi<sup>205</sup>.

Nella giurisprudenza del dopoguerra iniziò invece un intenso dibattito sulle possibili ragioni positive di giustificazione del fenomeno, senza che però l'ammissibilità del controllo sulla presupposizione fosse mai davvero messa in crisi<sup>206</sup>.

Un orientamento ne ricollegava la disciplina a quella dell'errore come vizio del volere. Altro riconduceva la presupposizione alla disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>207</sup>. Infine, non mancavano generici riferimenti all'istituto della causa e alla disciplina dei tipi legali e sociali e alla disciplina della condizione<sup>208</sup>.

Già in questa prima fase, invero, si avvertiva nella giurisprudenza la necessità di superare le implicazioni più soggettivistiche dell'istituto, ma per lo più le soluzioni

---

<sup>204</sup> BESSONE – D'ANGELO, *op. cit.*, p. 327.

<sup>205</sup> SERIO, voce *Presupposizione*, *Digesto disc. priv. Sez. civ.*, Torino, 1996, p. 294 avverte del rischio sentito da dottrina e giurisprudenza che l'efficacia del contratto “finisca con l'essere subordinata ad imponderabili valutazioni della volontà dei contraenti (o di almeno uno di essi) non esplicitamente trasfusa nel testo”.

<sup>206</sup> CAMARDI, *op. cit.*, p. 331 ss., p. 358 ss. .

<sup>207</sup> COPPI, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, *Giust. civ.*, 1998, II, p. 14.

<sup>208</sup> BESSONE, *Principio della presupposizione e “interpretazione” del contratto*, *Foro pad.*, 1972, I, p. 265 ss. . COPPI, *op. cit.*, p. 16.

proposte sezionavano i motivi proponendo le già note distinzioni tra moventi intimi e intenti comuni e prossimi<sup>209</sup>.

I requisiti a cui la giurisprudenza subordina la ricorrenza della c.d. presupposizione consistono nel fatto che il ‘presupposto’ sia comune alle parti e il suo verificarsi non sia direttamente a quelle attribuibile.

Questa definizione che pone l’accento sulla volontà soggettiva, invero per lo più tralatizia, è stata duramente criticata nel corso degli anni settanta<sup>210</sup>. In quel decennio, nell’ottica del mutamento prospettico della dottrina, meno incline a dogmatismi e più attenta ai profili operativi<sup>211</sup> (v. *supra*), si è infatti assistito ad un fiorire di dibattiti fra studiosi che hanno finito per affiancare le già tumultuose antitesi giurisprudenziali<sup>212</sup>.

Contro ogni residuo soggettivistico, si è obiettato che è contraddittorio ipotizzare una volontà aliena al patto, che, ove tenuta in considerazione, si risolverebbe meramente in ‘una ricostruzione ipotetica e necessariamente incerta di intenzioni esterne al contratto’<sup>213</sup>. Da un altro punto di vista, quello della comunanza della circostanza, si è rilevato che ‘non è possibile trarre conclusioni persuasive dalla constatazione che l’altro [contraente] ... era a conoscenza, perché conoscere i presupposti delle decisioni altrui non significa ancora assumere il rischio delle circostanze che potrebbero deluderli’<sup>214</sup>.

Sono state inoltre proposte soluzioni alternative a quelle accolte dalla giurisprudenza. Una dottrina prevede che la presupposizione sia collegata ai

---

<sup>209</sup> SERIO, *op. cit.*, p. 296.

<sup>210</sup> BESSONE – D’ANGELO, *op. cit.*, p. 335.

<sup>211</sup> BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, 1979, p. 1106 definisce la presupposizione “un modello concettuale (artificioso ma) in concreto utile, appunto al fine di precludere o di rimuovere gli effetti della esecuzione del contratto in caso di sopravvenienza di eventi che sconvolgono il sinallagma delle prestazioni, perché smentiscono aspettative e previsioni non dedotte in una clausola del negozio [...]” e sottolinea “l’esigenza di rimuovere dogmi e direttive di derivazione pandettistica, elaborando nuovi criteri di decisione delle controversie, che consentano una più razionale amministrazione delle fattispecie di contrasto tra i presupposti dell’iniziativa contrattuale e le circostanze dell’adempimento”.

<sup>212</sup> V. CASSOTTANA, *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, Riv. dir. comm., 1977, II, p. 341 ss., in particolare p. 349 ss. .

<sup>213</sup> BESSONE – D’ANGELO, voce *Presupposizione (cit.)*, p. 336, SERIO, *op. cit.*, p. 295 rileva che la difficoltà di indagine della volontà delle parti avrebbe portato ad estreme difficoltà sul piano probatorio.

<sup>214</sup> BESSONE – D’ANGELO, *op. cit.*, p. 336, ove si segnala anche che non mancarono di suscitare polemiche i riferimenti al regime della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (perché presuppone l’imprevedibilità del fatto) e alla condizione (essendo contraddittorio concepire l’esistenza, tecnicamente, di una condizione – inespresa).

meccanismi di integrazione del programma contrattuale secondo la regola della buona fede<sup>215</sup>.

Attorno alla fine degli anni settanta anche la giurisprudenza, forse sulla scorta delle censure riportate, inizia un percorso di revisione, nel quale, pur rimanendo in auge nelle massime la definizione storica, iniziano a farsi strada in motivazione considerazioni spiccatamente oggettivistiche<sup>216</sup>.

Anzitutto, la Suprema Corte, nel mantenere il legame formale con i meccanismi di interpretazione del contratto, più che riferirsi alla ‘reale volontà delle parti’ inizia ad utilizzare il criterio della buona fede, che in questo contesto è da intendersi nella sua accezione oggettiva.

Accanto a questa impostazione, si assiste al radicamento della tesi che vuole la presupposizione come istituto implicitamente desumibile dall’art. 1467 c.c., pertanto da esso introdotto in via generale nell’ordinamento<sup>217</sup>.

Ancora, nella medesima ottica, la Cassazione si riferisce al rapporto tra le prestazioni, alla ripartizione del rischio e più in particolare alla funzione concreta del programma contrattuale.

Proprio con riferimento a quest’ultimo punto, il Supremo Collegio ha posto in stretta correlazione la presupposizione e l’istituto della causa<sup>218</sup>.

In un caso relativamente recente, risolto da Cass. 24 marzo 2006, n. 6631, la Terza Sez. civile è tornata sul punto.

Si trattava di un caso piuttosto semplice: tizio concede in affitto ad un consorzio di bonifica il canale di carico di un mulino ad acqua. L’erosione del letto del fiume sul quale si innestava detto canale di captazione portava all’incapacità di pescare acqua dal fiume, con conseguente inutilità fattuale della prestazione.

Il Tribunale (trattavasi di appello avverso una sentenza pretorile) considerò il contratto risolubile per impossibilità sopravvenuta.

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 341 ss. .

<sup>216</sup> SERIO, *op. cit.*, p. 297 avverte che “L’abbandono della prospettiva soggettivistica è un fatto irrimediabilmente compiuto [...]”. Si v. anche COMPORTI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, Giust. civ., 1985, II, p. 108.

<sup>217</sup> Cass. 31 ottobre 1989, n. 4554, in *www.dejure.it*. BIANCA, *Il contratto (cit.)*, p. 464 – 465.

<sup>218</sup> Di grande importanza, in dottrina, su questo piano, il contributo di VIOLA, *Una nuova teoria: causa contrattuale come causalità*, Vita not., 2009, II, p. 1201 ss., dal quale si riprendono molte delle conclusioni tratte in questo paragrafo.

La Cassazione, correggendo la motivazione del Giudice d'appello, ha ritenuto invece che la disciplina applicabile fosse quella della presupposizione, sul rilievo che il mancato pescaggio del canale poteva essere evitato mediante il dragaggio (mancava il requisito della definitività dell'impossibilità).

La Suprema Corte riporta la tradizionale definizione di presupposizione, su cui si rinvia *supra*, precisando però che la *“presupposizione”, [va] intesa ... come figura giuridica che, da un lato, si avvicina ad una particolare forma di "condizione" da considerarsi implicita e comunque certamente non espressa nel contenuto del contratto e, dall'altro lato, alla stessa "causa" del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica in concreto che il contratto è destinato a realizzare. E' evidente che il rilievo della "presupposizione" resta affidato all'interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato.”*.

Tale accostamento è stato criticato dalla dottrina che riferisce la presupposizione al meccanismo dell'integrazione del contratto secondo buona fede. In realtà, più che di strette critiche al metodo giurisprudenziale, si trattano di precisazioni in ordine al rapporto tra causa e motivi. Questa dottrina sottolinea che la *ratio* della presupposizione sta nell' *“esigenza di proteggere quelli interessi che, pur estranei alla funzione economico – sociale del contratto, siano elementi significativi dell'equilibrio economico del rapporto”*<sup>219</sup>. Interessi che questa dottrina comunque desume dal tipo contrattuale, in quanto ulteriori alla mera definizione – in chiave causale – dello stesso. Così, continua il ragionamento *“al di là della definizione causale del contratto [...] la considerazione del tipo contrattuale si rivela essenziale strumento del giudizio di compatibilità tra circostanze e inadempimento”*.

Questa “inutilità” è sopravvenuta e si distingue da quella originaria che invece comporta la nullità del contratto per mancanza di causa.

Eccoci di fronte, dal lato pratico, alla nota contrapposizione e commistione fra causa, tipo ed interesse creditorio.

La sintesi tra tali concetti, per la giurisprudenza citata, sembra ancora una volta possibile per mezzo della causa in concreto, parametrata sull'interesse economico –

---

<sup>219</sup> BESSONE – D'ANGELO, voce *Presupposizione (cit.)*, Varese, 1986, p. 340 e ss.

individuale. La critica mosso dalla dottrina, nel separare le categorie di interessi, fra quelli afferenti al patrimonio causale della fattispecie e quelli ad esso ultronei, pur tentando la distinzione sul piano della contrapposizione fra causa e motivi, in realtà sembra riproporre surrettiziamente la già risolta dicotomia tra interesse individuale e causa astratta.

La giurisprudenza, invece, risolve la questione rinvenendo un *deficit* funzionale dell'atto, non riconducibile né all'inadempimento (stante l'assenza di nesso causale con il comportamento delle parti<sup>220</sup>), né all'impossibilità sopravvenuta (per mancanza del requisito della definitività), né alla condizione (non essendovi stata espressione).

Il *deficit* funzionale non si converte *stricto iure* in una mancanza di causa (in concreto) poiché la lacuna non è genetica bensì intervenuta in una fase successiva.

In un altro caso relativamente recente, la Corte di Cassazione si è così pronunciata *“nel contratto in cui sia ravvisabile una presupposizione, e cioè una obiettiva situazione di fatto che i contraenti, pur non facendone menzione, abbiano sottinteso o tenuto presente come premessa implicita del consenso, indipendentemente dalla loro volontà, ove la situazione presupposta difetti già al momento della conclusione del negozio, si verifica un' ipotesi di nullità del contratto, risolvendosi detto difetto in una mancanza di causa; ove, invece la situazione presupposta venga successivamente meno, nella fase esecutiva del contratto concluso, si verifica una risolvibilità del medesimo per fatto non imputabile alle parti”*<sup>221</sup>.

Non mancherà la causa, ma quella è il criterio controfattuale di giudizio: ciò che l'interprete deve stabilire è se il contratto sarebbe privo di causa ove stipulato quando la circostanza presupposta fosse già venuta meno.

---

<sup>220</sup> Lo stretto legame tra inadempimento e più in generale tra estinzione dell'obbligazione e causa del contratto risiede nella considerazione che in definitiva adempiere significa realizzare l'interesse del creditore. Interesse, questo, che partecipa di una natura affine a quella dell'interesse complessivo sotteso dalla complessiva fattispecie contrattuale, ovvero dalla causa in concreto ivi rinvenibile.

<sup>221</sup> Cass. 8 agosto 1995, n. 8689, in *www.dejure.it*, si v. anche la giurisprudenza ivi richiamata. SERIO, *op. cit.*, p. 299, che dà per accolto l'aggancio fra presupposizione e art. 1467 c.c. è comunque obbligato a mantenere fermo il parallelo con l'istituto della causa: “La cesura tra le due ipotesi da ultimo esaminate, effettuata in funzione della essenzialità ai fini della validità contrattuale che esibisce la possibilità stessa di realizzazione dell'evento implicitamente tenuto per presupposto dai contraenti, può d'altra parte, concentrare la nozione tipica di presupposizione sui casi di sopravvenuta irrealizzazione dell'evento, proprio perché in questa direzione non può che condurre la previsione dell'art. 1467 c.c., [...] norma costituente il protocollo sanzionatorio degli eventi straordinari ed imprevedibili durante la fase di esecuzione del contratto.”.

E' evidente il contributo determinante dell'accezione in concreto del meccanismo causale.

Infatti, è solo attraverso la causa in concreto, come abbiamo visto, che si può scongiurare l'aporia latente nel concepire la rilevanza oggettiva di interessi ulteriori rispetto a quelli descritti nel tipo.

La causa in concreto, per alcuna giurisprudenza, mette in relazione presupposizione e tipo.

La dottrina rifiuta questa impostazione, non ascrivendo direttamente la presupposizione al paradigma causale del negozio: in sostanza, si sostiene che gli elementi fattuali suscettibili di assurgere al rango di presupposti sono determinanti ai fini della persistenza del vincolo contrattuale ma non condizionano la causa del contratto<sup>222</sup>.

Pare che in questo recente arresto della Suprema Corte si abbandoni invece la distinzione ontologica tra elementi la cui mancanza comporterebbe l'assenza di causa ed elementi che non rientrando invece tra i presupposti causali, condizionano gli effetti del negozio *ex art. 1467 c.c.*, in favore di una distinzione cronologica.

Ad ogni modo, specie in alcune sentenze recenti, la Cassazione ha tenuto in considerazione il soddisfacimento degli interessi delle parti, sotto forma di interesse creditorio, quale dato immanente il patto, da valutarsi con riferimento alla causa concreta del negozio.

Può essere utile qui richiamare quanto detto circa il legame tra interesse a ricevere la prestazione e dimensione funzionale del patto.

Così la Cassazione in sez. III, 24 luglio 2007, n. 16315: *“La causa concreta viene a rivestire, come non si è mancato di osservare in dottrina, decisiva rilevanza altresì in ordine alla sorte della vicenda contrattuale, in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto, quali ad es. l'impossibilità o l'aggravio della prestazione, l'inadempimento, ecc..*

*Eventi negativamente incidenti sull'interesse creditorio [...] sino a farlo venire del tutto meno laddove - in base a criteri di normalità avuto riguardo alle circostanze concrete del caso - essi depongono per l'impossibilità della relativa realizzazione.*

---

<sup>222</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 467 e ss. .

*In tal caso, il venir meno dell'interesse creditorio determina invero l'estinzione del rapporto obbligatorio, in ragione del sopravvenuto difetto dell'elemento funzionale (art. 1174 c.c.).*

*E ove come nella specie il rapporto obbligatorio trovi fonte in un contratto, il venir meno dell'interesse creditorio comporta la irrealizzabilità della causa concreta del medesimo, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa di relativa estinzione.*

*Il venir meno dell'interesse creditorio e della causa del contratto che ne costituisce la fonte, va al riguardo sottolineato, può essere invero determinata anche dalla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione.*

*Deve trattarsi di impossibilità di utilizzazione della prestazione non imputabile al creditore, incidente sull'interesse che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la causa concreta.”.*

La gestione delle sopravvenienze è un'occasione per la Cassazione per inquadrare il nesso di corrispettività nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse della controparte contrattuale.

Come si vedrà nel capitolo seguente, quest'impostazione è fondamentale per affrontare lo studio della *consideration* sul piano comparatistico.

## II. Funzione economico individuale e diritto europeo dei contratti.

### *COMMON LAW INGLESE.*

#### ***Cenni sulla nascita della*<sup>223</sup> **common law**<sup>224</sup>, **il sistema dei writs.****

Per comprendere l'istituto del *contract* oggi è necessario comprendere nel suo svolgersi, quand'anche per sommi capi, lo sviluppo delle soluzioni pratiche ideate dalle Corti inglesi nel medioevo. Le radici – anche teoriche – di tali soluzioni, dipendono dall'attività della giurisprudenza inglese *post* conquista normanna<sup>225</sup>.

E' noto infatti che la struttura fondamentale del diritto privato<sup>226</sup> inglese ha preso a delinearsi successivamente all'insediamento effettivo del dominio normanno nel 1066 ad opera di Guglielmo il Conquistatore.

Il primo aspetto fondamentale della conquista normanna fu senz'altro l'opera organizzatrice e unificatrice dell'amministrazione giudiziaria, con la creazione del sistema centralizzato delle Corti londinesi: questo fu lo stratagemma per contrapporre il diritto di quelle corti al citato diritto comune costituito dalle consuetudini locali<sup>227</sup>.

Ma non si trattò di un mero problema organizzativo, perché in un ordinamento nel quale vige il principio del precedente vincolante (lo *stare decisis*), unità della giurisdizione significa unità del diritto<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> Si permetta una prima nota di metodo: nel testo la locuzione *common law* vedrà aggettivi e avverbi concordati al femminile. Non c'è omogeneità di vedute in ordine al genere da attribuire in chiave comparatistica al termine *law*, in particolare nel senso – tutto continentale – di diritto soggettivo.

<sup>224</sup> Ed, immediatamente, una seconda: nel proseguo del testo si utilizzerà la locuzione *common law* per intendere sia la produzione di *equity*, sia la produzione normativa di *common law* in senso stretto.

<sup>225</sup> Sul tale necessità, che assume preciso valore programmatico, c'è accordo fra i comparatisti. Così ALPA DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005, p. 13: “[...] l'ossatura del sistema si è formata nei secoli scorsi, attraverso l'evoluzione giurisprudenziale, e, per alcuni aspetti, dipende ancora dai principi di origine medievale”.

<sup>226</sup> Nonché, infine, una terza: è noto che nell'ordinamento inglese non vi è una distinzione immanente e dogmatica fra diritto privato e pubblico. Qui il termine verrà utilizzato solo a fini classificatori, per rendere più intelligibile l'esposizione. Del resto la scelta di concepire una distinzione fra *private law* e, ad esempio, *criminal law*, è adottata anche dalla manualistica inglese (ad es. ATIYAH, *Introduction to the law of contract*, Oxford, 2005, p. 1).

<sup>227</sup> KEETON, *The Norman Conquest and The Common Law*, Londra, 1966, p. 104 – 107 .

<sup>228</sup> CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, 1982, p. 483 e poi 485: “La dottrina del primato del diritto, combinata con quella dell'autorità dei precedenti, costituisce dunque il perno dell'intero ordine concettuale in cui si sostanzia il diritto inglese”. Poi, a p. 493: “[...] la

Per costruire concetti giuridici unitari, tra i quali vi sarà il *contract*, è stato necessario avere un elemento accentratore.

Per quel che qui rileva, il sistema di autorità giurisdizionali normanne si era delineato già nel XIII secolo, parallelamente alla cristallizzazione del sistema di tutele (di cui si dirà).

Era stato anzitutto creato a Westminster un complesso di Corti giudiziarie regie<sup>229</sup>.

Le tre articolazioni delle Corti di Westminster erano: l' *Exchequer*, originariamente competente per questioni demaniali e fiscali, poi, con uno stratagemma formale, per parte del contenzioso civile; la *Court of Common Pleas*, competente in via generale per le controversie fra privati; ed infine la *Court of King's Bench*, competente in particolare in ordine al campo dei danni e degli atti illeciti presupponenti violenza.

I sistemi di gestione delle controversie secondo le consuetudini barbariche venivano via via purgati di ogni competenza anche mediante lo stratagemma dei giudici viaggianti (in particolare dei *justices in eyre*), che giravano le varie contee federalizzate<sup>230</sup>.

E' a questo punto necessario ricostruire il sistema – artificioso ma efficace – che permise ai giudici itineranti ed in particolare al sistema delle Corti centrali, di destituire di ogni potere le corti locali barbariche.

Centrale a questo fine diviene l'istituto del *writ*: si trattava di un ordine del re, emesso dal Cancelliere, che il sovrano indirizzava formalmente all'autorità giudiziaria locale, contenente l'ingiunzione di rendere giustizia secondo uno schema prefissato descritto nella stessa comunicazione. L'alternativa, originantesi dallo stato di perdurante ingiustizia, stante l'inosservanza dell'ordine del re, era comparire al cospetto di quest'ultimo e cioè delle sue Corti centrali<sup>231</sup>.

Ovviamente il *writ* poi doveva essere integrato dalla sommaria esposizione dei fatti, ma rimaneva utilizzabile solo la particolare modalità di azione conferita e *ivi*

---

vicenda della nascita delle istituzioni giudiziarie accentrate nell'Inghilterra normanna si identifica, come vedremo, con quella della nascita dello stesso diritto inglese e cioè della common law: diritto anch'esso a produzione accentrata, e quindi diritto unitario [...]". L'A. prosegue poi descrivendo le riforme Guglielmine.

<sup>229</sup> Si v. PLUKNETT, *A concise history of the common law*, Londra, 1956, p. 27ss. . In particolare, non vi erano Tribunali periferici dipendenti dal potere regio.

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 114 ss. .

<sup>231</sup> Il sistema dei *writs* è diffusamente descritto in CAVANNA, *op. cit.*, p. 502 e ss.; CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, p. 9.

trasfusa: questo concetto è definito nell'ordinamento inglese con la locuzione *form of actions*<sup>232</sup>.

Nel periodo fra il XIII e il XV secolo la struttura dei *writs* si presentava delineato. E' necessario precisare che il sistema dei *writs* era un sistema formalizzato e chiuso: seppure era riuscito a scalzare parte della struttura sacrale e primitiva del diritto barbarico, restava ancorato alla logica secondo cui ad ogni pretesa corrispondeva un'azione tipica<sup>233</sup>.

Attraverso i *writs*, la tutela dei diritti fra privati si costruì a modo di una denuncia di inadempimento del signore feudale (ci si riferisce qui, senza intender scendere nello specifico, al *writ of precipe*).

Vi era il *writ of debt*, che serviva per il recupero di una somma di danaro certa liquida ed esigibile<sup>234</sup>.

Detta azione veniva però considerata di carattere semi-petitorio, poiché la somma di danaro – seppur talvolta astrattamente – veniva ad essere oggetto della tutela nella sua materialità<sup>235</sup>.

Inoltre, era sottoposta a rigidi oneri formali: la procedura applicabile era fondata su prove con rigido valore legale. Peraltro, la concessione di detto *writ* era subordinata all'esborso di importanti somme di denaro. Infine, la giurisprudenza di equità aveva sviluppato tutta una serie di tutele a beneficio del debitore, che rendevano l'uso del *writ of debt* spesso insoddisfacente<sup>236</sup>.

Questi inconvenienti rendevano l'uso di detta *form* ben poco soddisfacente.

---

<sup>232</sup> MOCCIA, voce *Contract*, *Enc. giur. Treccani*, p. 2: “[...] le *forms of action* hanno inciso in maniera determinante sull’elaborazione ed evoluzione casistica-giurisprudenziale di nozioni e regole di diritto sostanziale all’interno di esse foggiate, quasi come in uno stampo, dai giudici e dagli avvocati (i forensi) di dette corti. E’ qui sufficiente ricordare che si trattava di azioni nominate [...] mediante il ricorso ad apposite formule (in latino), sotto le quali s’includevano particolare ipotesi [...] Donde lo stretto rapporto tra la tutela (remedy) perseguibile con un determinato tipo di writ, a sua volta congiunto ad una tipica procedura, e la situazione giuridica soggettiva (right) che poteva esser fatta così valere”.

<sup>233</sup> PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 362 ss. .

<sup>234</sup> SIMPSON, *A history of common law of contract, the rise of the action of assumpsit*, Oxford, 1975, p. 43, p. 61; Nonché ampiamente, anche per le caratteristiche che si esamineranno in seguito v. PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 633. Ancora, ampiamente, su origini e caratteristiche FIFOOT, *Tort and Contract*, Londra, 1949, p. 217 ss..

<sup>235</sup> CAVANNA, *op. cit.*, p. 504. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 21; MOCCIA, *op. cit.*, p. 4: l’inadempiente la controprestazione non è altro che un soggetto che detiene illecitamente la somma di danaro versata dal promissario.

<sup>236</sup> POLLOCK, *The history of the English law before the time of Edward I*, Clark, 2008, p. 203 ss. . SIMPSON, *op. cit.*, p. 120: ci si riferisce in particolar modo al declino del *bond* quale strumento in base al quale veniva sovente richiesto il *writ of debt*.

Vi era poi il *writ of covenant*, utilizzabile per forzare l'adempimento dell'impegno trasfuso in un *deed*<sup>237</sup>, fuori dai casi in cui si potesse utilizzare il *writ of debt*.

E' stato notato che il *writ of covenant* e il *writ of debt*, in sostanza, erano assimilabili alle tutele offerte ai contratti formali e ai contratti reali del periodo romano – giustiniano<sup>238</sup>.

In particolare, il *writ of covenant*, in qualche modo confusamente, ma già tradiva l'attenzione dei giudici di *common law* per l'elaborazione di un'azione generale di adempimento<sup>239</sup>: nello specifico, ogni evoluzione in tal senso di detto *writ* è stata però bloccata dall'introduzione, nel XIV dell'obbligo di allegazione dell'*act under seal* (il *deed* appunto) e, più in generale, alla distribuzione dell'onere della prova<sup>240</sup>.

Rispetto a quelli descritti, vennero rilasciati con una certa frequenza, in questo periodo, nuovi *writs*, inizialmente in via di privilegio e dietro pagamento di somme importanti, poi su vasta scala e senza necessità di cospicui esborsi.

E' stato notato, in questo contesto, come “*lo sviluppo della common law non fu altro, appunto, che il progressivo crescere del numero di azioni esperibili presso le tre Corti di Westminster*”<sup>241</sup>.

Questa crescita esponenziale del sistema di tutele aveva contribuito a incrinare il rapporto tra autorità centrali e locali: fu allora che ad opera di Edoardo I venne adottato il Secondo Statuto di Westminster (1285)<sup>242</sup>.

Nel documento si imponeva al sovrano, e per lui al Cancelliere, di non rilasciare nuovi *writs*. Nondimeno, si ammetteva l'estensione analogica dei *writs* per i casi che avessero manifestato evidenti sovrapposizioni con quelli descritti nei *writs* esistenti, ciò con lo scopo di evitare l'inconveniente di denegare giustizia, in un mondo ancora

---

<sup>237</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 10 ss., in particolare p. 23 e p. 47. Sul rapporto tra *writ of debt* e *writ of covenant* si v. p. 70. PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 365 e 634. In generale, ampiamente, FIFOOT, *op. cit.*, p. 255; BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, III, Londra, 1800, p. 156.

<sup>238</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 3, poi p. 5: per il *writ of debt* nel senso che per ottenere tutela restitutiva l'attore doveva aver dimostrato di aver consegnato il bene promesso (questa condizione dell'azione, sulla cui portata sostanziale si discute – anche se nell'ottica delle *forms of action* le distinzioni potrebbero non rilevare – si chiama *quid pro quo*). L'A. segnala anche come vi fossero state delle notevoli fughe in avanti con riferimento a detta azione, la quale era stata riconosciuta, anche senza *quid pro quo*, per la vendita fra mercanti di cose mobili.

<sup>239</sup> BLACKSTONE, *op. cit.*, p. 158.

<sup>240</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 117.

<sup>241</sup> CAVANNA, *op. cit.*, p. 513 e ss., dove si rende conto anche degli ulteriori sviluppi.

<sup>242</sup> PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 28.

organizzato in chiave feudale, dove pertanto il sovrano era l'organo giurisdizionale di ultima istanza.

### ***Lo sviluppo dell'istituto dell' action of assumpsit.***

Non è possibile affermare che nel contesto appena descritto fosse già emerso un concetto unitario ed sostanzialmente emancipato di *contract*<sup>243</sup>.

L'assenza di un'articolazione unitaria e dogmatica del concetto di *contract* ha influito necessariamente anche sui tempi necessari per l'elaborazione dei suoi elementi fondanti, in una continua dialettica fra diritto e diritti attribuiti nel caso concreto<sup>244</sup>.

E' stato notato che le azioni di *debt* e *covenant* non potevano offrire alla lunga un adeguata tutela alle ragioni delle parti: “*thought intrinsically capable of rich development, had been stunted by technical rules, the former by the insistence upon seal, the latter by the doctrine of Qui pro quo*”<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> Così CAVANNA, *op. cit.*, p. 481: “Il diritto inglese, da parte sua, come diritto sostanzialmente autoctono di ceppo anglo-normanno, non prese a prestito che taluni modelli formali e metodici dallo *ius commune*, di cui subì un'influenza ben circoscritta. E non stupisce allora che ad esso sia rimasta completamente estranea la prospettiva sistematica, dogmatica, normativa del *corpus* giustiniano. Tuttavia la *common law* risulta, a sua volta, singolarmente vicina allo spirito del diritto romano classico: analogamente a quest'ultimo, infatti essa è fondamentalmente una *case law* non scritta, cioè una giurisprudenza che si fonda sulla decisione degli specifici casi concreti piuttosto che sul dettato formale ed astratto della legge. Anzi [...] tale giurisprudenza giunge creativamente alla norma (non scritta) entro un'angolazione processuale e partendo dalla soluzione dei casi singoli”.

<sup>244</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 13: “Orbene, queste azioni rimasero, così come formulate, sostanzialmente immutate fino al termine del XV secolo: sì che non si può dire che, fino a questa data, si ebbe un concetto generale di *contract*, come rapporto vincolante in ogni caso le parti e come tale giuridicamente garantito. Gli accordi che ricevevano tutela erano esclusivamente quelli previsti dalle superiori quattro azioni giudiziarie e, peraltro, la tutela poteva essere ottenuta solo in ordine alle inadempienze rigidamente ipotizzate.”. Rileva l'A. che, con l'esclusione del *writ of covenant*, le altre azioni proteggevano, in un'ottica comparatistica e di analisi storica, più da un illecito extracontrattuale che contrattuale. In effetti poi, anche per quel che concerne il *writ of covenant*, per quanto, diremmo noi, si possa discutere della qualifica dell'azione, resta comunque la preponderante valenza del documento sul contenuto. Un medesimo ordine di considerazioni può farsi per il *writ of debt*, rispetto al quale si è già detto della controversa natura, se contrattuale o extracontrattuale e se protettivo dei meri contratti reali o se basato sull'accordo.

Sul significato del termine *contract* quale “*voluntary transaction recognized at law as giving rise to a debt*” nel contest dell'uso del *writ of debt* nei rapporti informali v. SIMPSON, *op. cit.*, p. 136 e ss., p. 186, nel quale peraltro l'A. rifiuta l'idea secondo cui ci fosse una teoria dell'*agreement* in senso moderno.

<sup>245</sup> FIFOOT, *op. cit.*, p. 330.

Esisteva un antichissima serie di azioni di danno, orbitante nell'ambito del *tort*<sup>246</sup>. Tali azioni erano di competenza delle Corti regie, trattandosi di ipotesi in cui – in un'ottica ancora tipicamente medievale e proprietaria del regno – tali atti erano visti come turbative della pace regia<sup>247</sup>. Nondimeno, l'attore in definitiva agiva per ottenere il risarcimento del danno per un *wrong* che aveva patito<sup>248</sup>.

Tale gruppo di azioni prendeva il nome di *trespass*<sup>249</sup>, così definita, con una locuzione che è divenuta celebre: *Trespass, in its largest and most extensive sense, signifies any trasgression or offence against the law of nature, of society, or of the land in which we live; whether it relates to a man's person, or his property*<sup>250</sup>.

Se ne conoscevano diverse declinazioni, il *trespass to person* (per violenza diretta contro la persona dell'attore), il *trespass to goods* (per il caso di violenza volta all'illegittima appropriazione di cose mobili) e infine il *trespass to land* (per lo spoglio violento di immobili)<sup>251</sup>.

Rispetto al *writ of debt*, però, la procedura era molto più favorevole all'attore: senza scendere nello specifico, in questo caso vi era la presenza della giuria, che assicurava una maggiore fedeltà dell'interpretazione dei fatti alla realtà oggettiva<sup>252</sup>.

A partire alla fine del XIV secolo si iniziò a riconoscere l'accogliabilità dell'azione di *trespass* anche in meri casi di inadempimento contrattuale, privi cioè anzitutto del connotato della turbativa<sup>253</sup>.

La versione dell'azione di *trespass*, svincolata dalla denuncia della turbativa della pace regia, prese il nome di *trespass on the case*<sup>254</sup>: si dice '*on the case*' appunto

---

<sup>246</sup> CHITTY, *On contracts*, I, Londra, 2010, p. 30.

<sup>247</sup> KIRALFY, *The action on the case*, Londra, 1951, p. 34 e 35.

<sup>248</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 205 ss. .

<sup>249</sup> PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 369 ss., ipotizza le possibili origini storiche del *trespass*; così FIFOOT, *op. cit.*, p. 44 ss., da p. 56 ss. si possono leggere le *formulae*.

<sup>250</sup> BLACKSTONE, *op. cit.*, p. 208 ss. .

<sup>251</sup> La descrizione della struttura originaria di detti *writs* è in CAVANNA, *op. cit.*, p. 517. Si v. POLLOCK, *op. cit.*, p. 166 ss. .

<sup>252</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 9; SIMPSON, *op. cit.*, p. 220.

<sup>253</sup> Così significativamente ed esaustivamente CAVANNA, *op. cit.*, p. 518: “[...] l'utilizzazione estensiva di questo *writ* determinò lungo i secoli XIV e XV la graduale emersione di una catena di azioni nuove, particolarmente importanti in campo contrattuale. Ciò avvenne a mano a mano che le Corti regie si persuasero a prendere in esame la possibilità di concedere un risarcimento anche in ipotesi in cui il danno non fosse stato provocato mediante illecita turbativa e violenza. Il presupposto di questa estensione del *trespass* fu insomma l'idea che le circostanze del caso, allegate dall'attore, evidenziassero un danno cagionatogli dalla controparte, meritevole di essere preso in considerazione anche al di fuori di un'ipotesi di violenza e giustificassero quindi un trattamento analogo a quello del *trespass*.” SIMPSON, *op. cit.*, p. 202.

perché più che il riferimento alle armi o alla violenza fisica, come elementi qualificanti predeterminati, l'atto di *trespass* era descritto dall'attore nella narrativa<sup>255</sup>.

Sono stati messi in luce i principali elementi che facevano dell'azione di *trespass on the case* la vera e propria precognitrice di un'azione generale di (risarcimento del danno da) inadempimento: l'elemento maggiormente peculiare era quello per cui, pur mantenendo una struttura di tutela dall'illecito extracontrattuale, l'azione di *trespass on the case* tutelava (anche se solo indirettamente) l'inadempimento ad un patto<sup>256</sup>.

Ma perché l'inadempimento veniva visto come danno, era necessario ideare un sistema che ne garantisse l'imputabilità al debitore (diversamente, e così nel primo periodo accadeva, la Corte avrebbe rigettato in rito la pretesa dovendosi utilizzare il *writ of covenant* o il *writ of debt*): ecco che il criterio di imputazione venne rinvenuto nel fatto che il debitore si era assunto l'obbligazione di eseguire una determinata prestazione: si disse, *assumpsit super se*<sup>257</sup>.

Per via dell'addentellato terminologico, l'azione prese il nome di *action of assumpsit*.

Un importante innovazione che venne introdotta lungo il XVI secolo (sebbene numerosi casi si contassero anche antecedentemente), ad opera dei giudici, fu quella di prevedere l'applicabilità dell'*action on the case of assumpsit* non solo nel caso di una condotta attiva che costituisse inadempimento (segnatamente, per negligenza) ma anche nel caso di una condotta meramente omissiva, chiamata *nonfeasance*<sup>258</sup>:

---

<sup>254</sup> PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 373. FIFOOT, *op. cit.*, p. 68 ss., da p. 78 e ss.. È possibile leggere una raccolta di casi: si v. poi p. 362 ss. .

<sup>255</sup> KIRALFY, *op. cit.*, p. 49 ss. .

<sup>256</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 19. SIMPSON, *op. cit.*, p. 204 - 207 elenca una serie di esempi risalenti alla seconda metà del XIV sec. . L'evoluzione dell'azione di *trespass*, peraltro, è stata considerata alla base dell'intera evoluzione delle *forms of action*, così POLLOCK, *op. cit.*, p. 564.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 210 riporta anzitutto il primo passo: allegare non l'accordo (che avrebbe rischiato di portare al rigetto in rito) ma l'assunzione di responsabilità in concreto da parte del convenuto di evitare quel danno, del cui risarcimento si tratta (*allegation of undertaking*). Al non diretto riferimento all'accordo *nell'assumpsit on the case* l'A. riconduce l'iniziale scollamento fra *contract* e *agreement nella common law*: si allegava un atto od un fatto che palesasse un'assunzione di responsabilità (si v. p. 229 sulla responsabilità professionale). Si v. anche PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 638 e KIRALFY, *op. cit.*, p. 90, poi a p. 139 in cui l'A. tratta anche del problema dei limiti della punibilità della *misfeasance* e dei rapporti con l'*assumpsit*.

<sup>258</sup> PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 639. KIRALFY, *op. cit.*, p. 42 e p. 146 ss. in cui l'A. ricollega lo sviluppo della tutela dalla *nonfeasance* alla necessità di passare da "systems of barter through ready money transaction to the modern credit system".

fino a quel momento l'impostazione *on the case* basata sulla *nonfeasance* era stata rigettata perché priva del connotato del *trespass* e quindi ricondotta al *writ of covenant*<sup>259</sup> (impossibile da azionare in assenza di un *deed*).

Anche la necessità dell'assunzione di responsabilità esplicita per l'inadempimento, presto, risultò ridondante, potendo essere sufficiente la ricognizione implicita di detto intento<sup>260</sup>.

Si suole riferire il momento della svolta nella costruzione – anche in parte dogmatica – della figura del contratto, alla pronuncia da parte della *Court of Exchequer Chamber* nel caso *Slade* (4 Coke's Reports, 94a [E.R. vol. 76 1077]). La fondamentale presa di posizione dei giudici fu che era possibile esercitare l'*action of assumpsit on the case* anche nel caso in cui fosse proponibile il *writ of debt* e non solo per ottenere il risarcimento del danno da inadempimento, ma per ottenere anche la somma capitale (ovviamente solo nei casi in cui sarebbe stata esperibile l'azione di *debt*)<sup>261</sup>.

Uno degli stratagemmi che era stato utilizzato per far ammettere l'*action of assumpsit* nei casi coperti dal *writ of debt* era stato quello di allegare *on the case* o la mera esistenza del debito e di indicare come oggetto d'*assumpsit* l'impegno di pagarlo (*indebitatus assumpsit*), o di indicare la *transaction* sottostante e di vedere l'*assumpsit* nell'impegno di adempierla (*special assumpsit*)<sup>262</sup>. Sotto questo profilo, viene fatta risalire al caso *Slade* una forte presa di posizione contro l'*indebitatus assumpsit*, di volta in volta motivata o con l'impossibilità per la Corte di poter verificare preliminarmente la sua competenza, o con la difficoltà per il convenuto di potersi difendere<sup>263</sup>.

Successivamente (ma già v'era un'indicazione nel caso *Slade*), si fece poi strada il principio in base al quale vi è la presunzione generale in base alla quale ogni

---

<sup>259</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 10. SIMPSON, *op. cit.*, p. 229, p. 254 ss. .

<sup>260</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 21; CAVANNA, *op. cit.*, p. 519: “[...] siamo qui di fronte ad un'azione per danni (di natura contrattuale e non più delittuale) che sanziona in via generale l'inadempimento: il presupposto è che il danno sia direttamente derivato all'attore proprio per colpa contrattuale del convenuto, che non ha rispettato le regole dell'affidamento”.

<sup>261</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 296 ss..

<sup>262</sup> PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 644.

<sup>263</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 310 ss., PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 646 e 650 ss. .

contratto porta in sé un *assumpsit*, posto che se si conviene di pagare una somma di danaro o di consegnare una cosa, per ciò stesso ci si impegna alla prestazione<sup>264</sup>.

Alcune delle evoluzioni successive dell'*action of assumpsit*, che invero si accavallarono nel corso del XVII secolo, videro successivamente il riconoscimento della tutela alle prestazioni solo determinabili, o dei patti bilaterali ancora nemmeno da una parte eseguiti<sup>265</sup>: sotto quest'ultimo profilo, in particolare, si finiva con lo svincolare definitivamente la tutela da un eventuale danno pregresso.

E' necessario infine spendere alcune considerazioni riguardo alla tutela contrattuale nell'*equity*, per quel che interesseranno l'esposizione successiva.

Si è detto che la tradizionale impostazione di *common law* intesa in senso stretto non conosce(va) l'esecuzione in forma specifica: questo perché in definitiva l'azione contrattuale principale era derivata da un'azione di mero risarcimento del danno extracontrattuale<sup>266</sup>.

Ancora, la *common law*, anche poiché l'azione in esame si basa su di un *assumpsit*, non riconosce(va) tutela diretta ed immediata ai rapporti a titolo gratuito<sup>267</sup>. Sotto questo secondo profilo, si è notato da un lato che la stessa introduzione della dottrina della *consideration* sarebbe potuta essere stata indotta dall'utilizzo da parte della *Chancery* della categoria canonistica della *causa promissionis*, dall'altro che, proprio alla *Chancery* si deve lo sviluppo di alcune *doctrine* di *equity* che permettono tutele anche ai *contracts* sorti in carenza di *consideration*<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> CAVANNA, *op. cit.*, p. 521: "Fino al 1602 essa era esperibile unicamente da chi potesse far risultare che il convenuto si era assunto espressamente l'impegno di eseguire l'obbligazione, altrimenti si doveva agire nei confronti del responsabile (*indebitatus*) mediante la vecchia azione per debito (*debt*) [...]".

<sup>265</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 22ss. Su questi punti si tornerà *infra*, quando si tratterà nello specifico il problema della *consideration*.

<sup>266</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 10. E' interessante notare, a margine, come il problema dell'esecuzione in forma specifica sia messo in relazione dai giuristi inglesi con il problema dell'efficacia vincolante del contratto. Una certa impostazione del pensiero giuridico inglese, infatti, contesta l'efficacia di legge del contratto proprio sulla base del fatto che la sanzione, per la stretta *common law*, non sarebbe che il risarcimento del danno.

<sup>267</sup> Ricorda questo CAVANNA, *op. cit.*, p. 520.

<sup>268</sup> Ampiamente SIMPSON, *op. cit.*, p. 278 ss., 375 ss. e 399 ss. .

### ***Cenni sul concetto di libertà contrattuale nel diritto inglese vigente.***

Quale sia oggi il fondamentale piano socio-culturale attorno al quale si può ricostruire l'istituto del *contract* è attualmente un problema attualmente oggetto di dibattito anche tra gli stessi autori inglesi<sup>269</sup>.

La dottrina comparatistica italiana ha individuato essenzialmente due filoni ricostruttivi.

Per il primo è ancora possibile parlare di autonomia privata, lasciando così il fondamento del contratto vicino alla sua origine, ovvero alle teorie più liberiste e volontaristiche dell'atto contrattuale<sup>270</sup> sviluppatesi nel seno della tradizione liberale inglese.

Detta tradizione, per quanto rilevante schiettamente all'interno della teoria della tutela della libertà contrattuale, è generalmente fatta risalire alla fine del XVII secolo, momento in cui, si è stato notato, “*sotto la spinta della rivoluzione industriale [i giudici] tradussero, con una sorta di convinto e determinato <<contractual paternalism >> l'ideologia del <<laissez – faire>> in una concezione sconfinata e franca della libertà contrattuale, spiegabile solo col rispetto sentito per il pregnante valore politico assunto a quel tempo dal contratto come strumento indice dell'emancipazione dalle ombre feudali e corporative e, quindi, segno di tempi nuovi*”<sup>271</sup>.

Gli operatori del diritto inglesi, infatti, nel periodo che approssimativamente va dal 1770 al 1870, erano influenzati fortemente dalle teorie giusnaturalistiche e liberistiche. I giudici, veri creatori del diritto, in detto periodo, sposavano una condizione efficientistica del mercato: ogni cittadino aveva diritto di possedere dei

---

<sup>269</sup> Il contenuto di questo capitolo è largamente ispirato a quanto sostenuto da ATIYAH nella sua opera (fondamentale) *The rise and the fall of freedom of contract*, Oxford, 1985. Per la dottrina comparatistica italiana: BESSONE, *Strategia d'impresa e teoria oggettiva della responsabilità contrattuale dal dogma della consideration alla politica del diritto dell'emerging capitalism*, in *Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984, p. 230 ss. .

<sup>270</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 3 ss. e p. 15: “Il principio della *freedom of contract* si basa sull'assunto che il contratto sia il risultato dell'accordo di volontà delle parti, che queste siano libere di concluderlo, e di determinarne liberamente ed integralmente il contenuto, senza interferenze da parte del legislatore, del giudice o dell'autorità amministrativa, giustificate dall'esigenza di tutelare gli interessi di una parte, normalmente più debole, o l'interesse pubblico”. Nelle pagine seguenti una breve e significativa antologia di passi della fine del '700 attraverso i quali si può intuire la fiducia cieca degli A. nei confronti della difesa della libertà contrattuale.

<sup>271</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 7.

beni e naturale coronamento di detto diritto era la creazione di una ideologia legale della libertà di scambio<sup>272</sup>.

Insomma, icasticamente e per esemplificare (ma il concetto ritornerà), il ‘giusto prezzo’ sarebbe ancora quello (e solo quello) fissato dalle parti<sup>273</sup>.

Per il secondo orientamento, si assiste invece alla morte della libertà contrattuale.

I motivi individuati sia dalla dottrina inglese che dalla comparatistica italiana sarebbero diversi. Si assisterebbe anzitutto ad una atrofia della possibilità dei privati di determinare direttamente il contenuto del contratto, dovuta in particolare alle continue imposizioni legislative statutarie, nonché dall’autolegittimazione dei poteri di intervento giudiziale<sup>274</sup>. Vi sarebbe poi una crescente attenzione per la tutela delle posizioni di affidamento – anche non contrattuale – che finirebbe per appiattare il sistema delle tutele indipendentemente dall’avvenuto raggiungimento dell’accordo valido.

A questo si aggiunga l’emersione di tutta una serie di pronunce giurisprudenziali dalle quali emergeva immediatamente una profonda insofferenza per i casi in cui la forza vincolante dell’impegno contrattuale cozzava con esigenze di, diremmo noi, giustizia sostanziale. E’ ad esempio il caso della *doctrine of frustration*, sulla quale si dirà oltre più approfonditamente.

Tradizionalmente, questa situazione di difficoltà nell’approcciare il contratto come miglior regolamento possibile di interessi viene fatta risalire alla fine del 1870<sup>275</sup>. Il motivo principale è connesso al mondo dell’economia, in qualche modo tanto quanto v’era connessa la sopravvalutazione dell’ideale liberistico della *freedom of contract*.

---

<sup>272</sup> ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 9 – 10: “The role of contract law was merely to assist one of the contracting parties when the other broke the rules of the game and defaulted in performing a contractual obligation”.

<sup>273</sup> Così riassume CHITTY, *op. cit.*, p. 6: “The parties were to be the best judges of their own interests, and if they freely and voluntarily entered into a contract, the only function of the law was to enforce it. In particular, its validity should not be challenged on the ground that its effect was unfair or socially undesirable (as long as it was not actually illegal or immoral, the latter of which was understood in a restrictive sense) and it was immaterial that one party was economically in a stronger bargaining position than the other”.

<sup>274</sup> *Ibidem*, p. 7. Ricorda quali esempi l’obbligo di contrarre in alcuni servizi pubblici essenziali, o il divieto generalizzato di opporre quale giustificazione del rifiuto a contrarre il sesso o la razza della controparte. L’A. continua richiamando i frequenti casi in cui anche nel diritto inglese la libertà contrattuale si ferma a libertà se contrattare o meno e non già di determinare l’effettivo contenuto del contratto, in seguito a imposizioni di natura legislativa statutaria (l’A. li chiama, mutuando la terminologia continentale, proprio contratti per adesione). In particolare si riferisce ai casi di norme imperative, non derogabili dalle parti.

<sup>275</sup> RICHARDS, *Law of contract*, Londra, 2005, p. 6 ss. .

Detto ideale ha cominciato a tramontare quando si sono fatti sentire prepotentemente nell'Inghilterra vittoriana tutti gli inconvenienti e gli effetti collaterali connessi ad una disordinata e violenta crescita economica, quali l'inquinamento, le condizioni economiche insostenibili dei lavoratori, l'insalubrità degli ambienti, lo scoppio di epidemie a ciò connesso.

Londra, in definitiva, in quell'epoca è la *Coketown* descritta cupamente in *Hard Times*.

Iniziò a farsi strada, per quanto non lucidamente e non compiutamente, l'idea che parte di questi 'inconvenienti' fossero proprio dipendenti dall'indiscriminato riconoscimento delle parti come migliori giudici degli interessi della collettività.

Il problema del sovraffollamento delle città e la comparsa delle *slums*, dopotutto, era in stretta consonanza con il riconoscimento dell'efficacia del contratto di locazione a tutti i costi<sup>276</sup>.

Altro problema è stato lo sviluppo dei monopoli, specie in quelli che noi diremmo servizi pubblici essenziali, che ha portato correlativamente il fiorire delle discipline contrattuali standardizzate: l'Inghilterra, a quanto pare, è stata precorritrice nel dover affrontare il problema dei contratti per adesione<sup>277</sup>.

In questo contesto, anzitutto, le Corti permisero un'estensione e un'avanzamento nella portata delle tutele classiche delle controparti contraenti (ad es. *duress*, *undue influence* e *mistake*). Dal punto di vista del diritto statutario, sul finire di questo periodo di riscoperta delle tutele sostanziali, anche al di là di un'improbabile eguaglianza formale, verrà a coronamento delle nuove riflessioni l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977.

Venendo a questi ultimi due decenni, di fronte al mutato ambiente politico, il quale ha portato in Regno Unito come nei paesi continentali ad una crescente

---

<sup>276</sup> L'esempio è in ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 11, dal quale ho preso anche i successivi e che prosegue con queste lucide parole: "On the one hand, it was pointed out that the ideal of freedom of contract means little to someone who lacks the means of talents to make contracts for food, clothing, shelter, or employment. To say that such a person chose not to make contracts would be true only in a restricted sense. On the other hand, it was thought that the legal meaning of 'free and voluntary' provided no guarantee that the contracts that were made were fair or just. The main reason was that in many cases an individual or business had no real choice as to whom to contract with".

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 13: "[...] another reason for the declining belief in freedom of contract during the 1870 – 1980 period was the emergence of the consumer as a contracting party." L'A. riporta poi il *case Donoghue v. Stevenson* (1932) come *leading* per il riconoscimento della responsabilità diretta del produttore per danno da prodotti difettosi.

privatizzazione e liberalizzazione dei mercati, si è ipotizzata una riscoperta della *freedom of contract* seppur nel diverso contesto degli stati sociali di diritto<sup>278</sup>.

Questa riscoperta viene ricollegata tradizionalmente agli sviluppi dottrinali nell'ambito dell'analisi economica del diritto.

Citando un esempio, pur essendo chiaro che l'oggetto del contratto per adesione con i consumatori non è oggetto di effettiva contrattazione, in questo periodo si inizia a studiare il dato in un'ottica diversa: il problema dipenderebbe dall'esistenza, alla base, di una condotta anticoncorrenziale derivante dalla posizione di vantaggio del monopolista<sup>279</sup>.

Inoltre, dal punto di vista dei rimedi ipotizzabili di fronte ad un sistema socialmente poco equo, in questi ultimi decenni si è fatta sempre più strada negli operatori del diritto inglesi l'idea che la soluzione per perequare le condizioni dei contraenti non sia l'intervento del giudice o del legislatore nell'assetto degli interessi nel singolo contratto, ma piuttosto l'attivazione di meccanismi redistributivi generali finanziati con la tassazione.

Restano però correnti che propugnano ancora l'intervento nel singolo rapporto, seppur marginali, essenzialmente fondate sulla tutela del consumatore dalle condizioni di monopolio legale o naturale, o, comunque, sull'idea che anche la contrattazione individuale spesso è inefficiente e per conseguenza alcune discipline imperative farebbero risparmiare al mercato rilevanti costi di transazione.

E' facile intendere come parte di questi problemi siano ad oggi ancora sul banco dei temi maggiormente affrontati anche dagli ordinamenti continentali, anche, non si ignori, a seguito delle penetranti imposizioni derivanti dall'adesione all'Unione

---

<sup>278</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 9, che: "le risposte [alle sfide poste dall'ideale di una comunità social-liberista] lasciano intravedere una conferma della <<*freedom of contract*>>, intesa tuttavia in una concezione rinnovata, anzi, riformata, al centro della quale sta il riconoscimento dell'esistenza di un nesso inscindibile tra libertà e responsabilità, nel senso che la prima merita e può ottenere tutela giuridica nella sua esplicazione contrattuale solo se responsabilmente esercitata con riguardo al tipo di affare perseguito, nonché alla condizione della controparte, e soprattutto al riflesso sociale del rapporto".

<sup>279</sup> ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 16, poi a p. 17, in tema di clausole di esclusione della responsabilità come banco di prova delle teorie del primo novecento sui contratti standardizzati, superate dal giro di boa degli ultimi decenni: "Competition has even been given as the solution to the problem that contracting parties often do not understand or even read exemption clauses and other complex contractual terms. The argument is that because profit margins in competitive markets are narrow, the vendors in such markets worry about losing even a small percentage of their customers and, more generally, worry about their reputation. Thus, vendors will hesitate to impose unfair terms because of the fear of losing even the small percentage of customers who do read and understand the terms".

Europea, che solo in parte sono interpretate oltremarica quali effettive misure di tutela dell'efficienza del mercato.

E' la prova di ciò l'aumento esponenziale della normativa statutaria a seguito degli obblighi imposti dall'adesione alla Comunità Economica Europea<sup>280</sup>.

Queste considerazioni permettono di accennare brevemente – seppur senza alcuna pretesa di esaustività – al problema attuale delle fonti regolatrici dell'istituto del *contract*.

Detto istituto è oggi definito ancora in larga parte nell'ambito della *common law* consuetudinaria e scaturente dalle pronunce delle autorità giurisdizionali.

Il ruolo della *statute law* è però in continua ascesa.

Non è possibile ripercorrere una distinzione sistematica nei vari sottoinsiemi concettuali che formano e delinano l'esperienza del *contract* oggi: è evidente però, empiricamente, che i concetti principali del diritto dei contratti avevano assunto, come si è visto, una certa fisionomia già prima dell'esplosione di produzione di *statute law*, dipendente, segnatamente e perlomeno in questi ultimi decenni, proprio dall'integrazione europea.

Ad ogni modo, sempre in consonanza e senza tradire lo spirito generalmente pragmatico che ha animato nei secoli (e continua ad animare tutt'oggi) la produzione normativa inglese, non sono mancate in tempi recenti importantissime leggi scritte su elementi – diremmo noi – di parte generale (ne ricordiamo alcuni: il *Misrepresentation Act* del 1967, lo *Unfair Contract Terms Act* del 1977, il *Limitation Act* del 1980, il *Supply of Goods (Implied Terms) Act* del 1973, l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977 il *Consumer Protection Act* del 1987, ecc...).

La legislazione statutaria, in particolare, si è rivolta anche alla disciplina di quelli che noi chiameremmo tipi contrattuali, concetto sconosciuto alla *common law tradizionale*<sup>281</sup>.

E' stato infatti rilevato, nell'ambito di questo genere di problematiche, che la produzione di diritto statutario, proprio perché aumentata in maniera rilevante in questi ultimi decenni, assume sovente il ruolo di aggiustare e registrare la *common*

---

<sup>280</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 9: è singolare che nell'espone i casi di norme imperative ad integrazione necessaria, l'A. citi praticamente solo imposizioni derivanti dall'adesione all'U.E. .

<sup>281</sup> ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 25.

*law* a seguito di imposizioni derivanti da organismi internazionali o da mutamenti socio – culturali eccessivamente difficili da gestire da parte del complesso dialogante dei precedenti dei giudici<sup>282</sup>.

### ***Cenni sul concetto di contract nel diritto inglese. Definizioni e rapporto con l’agreement.***

Dottrina e giurisprudenza inglesi hanno elaborato una teoria del *contract*<sup>283</sup>.

Il termine *contract*, tuttavia, non assume ancora un portato concettuale univoco.

Si può anzitutto distinguere il *contract* dalla *promise*, la quale designa più propriamente la specifica dichiarazione di voler assumere un obbligo.

Il termine *contract* non può nemmeno dirsi coincidente con il termine *obligation*, poiché esiste anche nella *common law* la teoria del *contract* come fonte di *obligations*.

Parimenti non si confondono i termini *contract* ed *agreement*, il secondo dei quali indica il requisito del contratto relativo alla necessario incontro di volontà<sup>284</sup>.

Infine, il termine *contract* si distingue anche dal termine *bargain*, il quale indica lo scambio di prestazioni, necessario all’esistenza legale del vincolo<sup>285</sup>.

Venendo più propriamente alla definizione di *contract*, anche nella dottrina più importante, si assiste al perpetuarsi di una opposizione fondamentale di tesi<sup>286</sup>.

Secondo la prima il *contract* sarebbe da rinvenire in “*a promise or set of promises which the law enforce*”.

---

<sup>282</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 6: “[...] esse [le leggi statutarie] costituiscono sempre gli addenda e a volte gli errata del diritto “comune” o di base di derivazione giudiziale, rispetto al quale, per il loro carattere di specialità, sono senz’altro prevalenti.

<sup>283</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 3: “[...] gli inglesi hanno un diritto generale del contratto << general law of contract >> formato dai principi comuni riguardanti, se non specificamente derogati, ogni figura di contratto.”. Ma nei comparatisti c’è in questo, e cioè nella possibilità di studiare una parte generale del diritto dei contratti inglese, una sostanziale assonanza di vedute: così ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 1: “[...] i principi fondamentali del diritto contrattuale, formati nel corso di secoli di evoluzione del common law, rimangono l’elemento unificatore, inalterato, dei diversi tipi contrattuali, e giustificano, pertanto, ancora uno studio particolare”.

<sup>284</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 45 ss., dove è presente un’analisi compiuta ed analitica del meccanismo di conclusione del contratto (peraltro, simile nell’impianto a quello di diritto italiano, per quanto già chiarito nel paragrafo sulla storia dell’*action of assumpsit*).

<sup>285</sup> Queste ed altre precisazioni in RICHARDS, *op. cit.*, p. 10.

<sup>286</sup> Descritte in raffronto da CHITTY, *op. cit.*, p. 1 – 11.

La seconda tesi definisce il *contract* asserendo che è “*an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by the law*”.

La tradizione dottrinale che fa riferimento alla prima definizione sostanzialmente si basa sul non completo assorbimento da parte della dottrina anglosassone dei meccanismi giusnaturalistici che hanno posto al centro della rivoluzione culturale che portò al *code* l'idea della volontà come creatrice degli effetti<sup>287</sup>.

Quello che intendono sostenere, i giuristi inglesi, nel momento in cui considerano l'elemento dell'accordo come non essenziale, o meglio, come non esaustivo del fenomeno contrattuale, è che detto elemento male assolverebbe alla funzione di non dare azione al nudo patto.

Ciò che la *common law* pone a presidio di tale divieto è il requisito della *consideration*, non l'accordo causalmente orientato. In termini generali, col solo scopo di definire il concetto, richiedere la *consideration* significa che “*the law will not enforce a promise to make a gift and requires reciprocity in simple contracts*”<sup>288</sup>.

Ecco perché si può trovare l'affermazione tratteggiata secondo cui la *common law* “*enforces bargains rather than agreements*”<sup>289</sup>.

A questa argomentazione si è risposto che, al di fuori del problema della *consideration*, più che al concetto di *promise*, inevitabilmente connotato dall'unilateralità, la giurisprudenza e la dottrina, nella maggior parte degli ambiti di studio, intendono pacificamente il contratto come accordo: per esempio quando si interrogano sulla teoria della conclusione del contratto<sup>290</sup>.

L'osservazione rimane valida anche se si nota che nella definizione prima offerta compare il termine “*set*”.

Ma è comprensibile perché vi sia tutta questa attenzione per il concetto di promessa: il fatto si spiega se si pone a mente all'origine della tutela del *contract* che è quella

---

<sup>287</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 3: “[...] mentre sul continente andava trionfando il principio consensuale (mediato o corretto dall'elemento della causa), nell'ambiente delle corti di Westminster, sebbene l'idea di *contract* come *agreement* vi riecheggiasse e fosse tenuta anzi presente in sede definitiva, la nozione e le applicazioni del *contract* presero nondimeno un diverso indirizzo, nel segno della continuità con l'esperienza medievale e, comunque, sotto l'influenza delle *forms of action*”.

<sup>288</sup> GORLA, *Enc. dir. (cit.)*, 1961, p. 178.

<sup>289</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 74: è la *consideration* il vero fondamento della vincolatività della promessa.

<sup>290</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 14 ss. .

del *writ of trespass on the case*, il quale appunto, nella sua versione prodromica alla piena tutela contrattuale, prevedeva l'esistenza dell'*assumpsit*<sup>291</sup>.

Resta fermo il fatto che dottrina e giurisprudenza parlano nondimeno di *contract* anche nell'ambito di quelle che noi chiameremmo promesse unilaterali, ove ritenute vincolanti (ad es. emesse sotto condizione di controprestazione)<sup>292</sup>.

Ecco perché, in un celebre manuale di *law of contract*, questa è definita e descritta come “*the law dealing with self-imposed obligations, that I so say, promises and agreements*”<sup>293</sup>.

Ed ecco perché alcuna dottrina comparatistica italiana ha sottolineato che il termine potrebbe essere da noi tradotto come “*vincolo giuridico*”<sup>294</sup>.

Sul legame fra *contract* e *agreement* si tornerà a breve.

### ***La genesi della doctrine of consideration nell'ambito dell'assumpsit e ulteriori riflessi sulla definizione di contract quale agreement; cenni sui rapporti con l'act under seal.***

Abbiamo visto come la tradizione del diritto inglese medievale conoscesse e sposasse il principio *ex nudo pacto non oritur actio*. Abbiamo anche reso conto di come, in termini generali, detto principio avesse influenzato la struttura stessa delle due principali *form of action* disponibili fino alla nascita del *writ of assumpsit*.

Con lo sviluppo dell'*action of assumpsit*, si era data ampia tutela a patti consensuali, informali ed aventi oggetto obbligazioni di fare. In particolare, il problema della tutela dalla *nonfeasance* spinse i Giudici a reperire un nuovo criterio di selezione

---

<sup>291</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 2.

<sup>292</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 19, il quale definisce esplicitamente quale *contract* “*the offer of a reward for the return of lost property*”.

<sup>293</sup> ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 28, il quale nelle note n. 2, 3, in modo estremamente significativo per un giurista continentale, così si pronuncia: “While paper documents or oral communications are often described as ‘contracts’, in law the term refers to a state of affairs arising from a particular kind of event. This is the primary reason that debates about the meaning of ‘contract law’ are so difficult to resolve: in order to identify the kind of event that gives rise to a contract it is necessary to apply the rules of contract law. It should also be kept in mind that there are many rules (e.g., the rules on revoking rewards) and even large groups of rules (e.g. the rules on trusts or bailment) whose classification remains the subject of strong debate. The boundaries of contract have never been clear or fixed.”.

<sup>294</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 1.

degli *assumpsit* tutelabili (per evitare di dare sanzione ai *nuda pacta*), aprendo le porte alla selezione della vincolatività giuridica in quanto espressione di uno scambio (*bargain*)<sup>295</sup>.

Se escludiamo l'esibizione di un *deed*, quale *act under seal* (su cui si dirà), va precisato come la *common law* abbia risolto il perdurante problema di non dare azione di fronte ai *nuda pacta* con l'istituto della *consideration*<sup>296</sup>, che si ipostatizzava nella narrativa della *form* dello *special assumpsit*.

La giurisprudenza delle Corti di Westminster, nello sviluppare la teoria dell'*action of assumpsit on the case*, iniziò a ritenere obbligatoria per l'attore l'allegazione, oltre che della promessa e dell'inadempimento della stessa, anche del requisito della *consideration*<sup>297</sup>.

Il primo caso in cui si è convenzionalmente fatto risalire un uso dell'istituto della *consideration* quale elemento essenziale per la vincolatività (derivante dalla scelta dell'ordinamento di darvi esecutività) di una promessa è il *Golding's Case* (1586, 2 Leonard 71 [E.R. vol. 74, 367]), nel testo della cui pronuncia si legge: "*In every action on the case [on assumpsit], there are three things considerable: consideration, promise and breach of promise*".

Si trattava essenzialmente di un caso in cui l'attore aveva allegato due diverse *considerations*, ed era stata ritenuta valida solo una di queste: nondimeno la domanda poteva essere accolta.

---

<sup>295</sup> Va tenuto ad ogni modo presente che già in alcune pronunce invocate a mezzo del *writ of debt* si considerava l'adempimento della controprestazione quale presupposto logico per la condanna al pagamento del prezzo (SIMPSON, *op. cit.*, p. 149, p. 194, collega esplicitamente questa ipotesi alla moderna sanzionabilità degli *unilateral contracts*, si tratta della teoria del *quid pro quo*, una sorta di antesignana della teoria della *consideration*, secondo cui: "if one party was to be bound to pay the other money then it was essential that the transaction which gave rise to the liability was such that the debtor obtained something in return"). Non solo, anche prima dello sviluppo della dottrina della *consideration* è stato ipotizzato che lo scambio avesse un ruolo nel selezionare le azioni di *trespass on the case* accoglibili (p. 238, p. 272).

<sup>296</sup> ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 106: "The doctrine of consideration is generally seen by lawyers as a set of rules that limit individuals' freedom to make binding legal contracts". BEATSON, *Anson's law of contract*, Oxford, 2010, p. 91. RICHARDS, *op. cit.*, p. 60 ss.; FRANCESCHELLI, *Causa e consideration nel diritto privato italiano ed anglosassone*, in *Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984, p. 101 ss.; GORLA, *Causa, consideration e forma dell'atto d'alienazione*, in *Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984, p. 145 ss. .

<sup>297</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 319; FIFOOT, *op. cit.*, p. 399 ss.; Si v. anche BEALE, *Contracts: cases and materials*, Oxford, 2005, p. 96 ss. .

Il questa prima fase il termine designava il complesso di fatti che il promittente aveva ‘tenuto presente’ nel rilasciare la sua dichiarazione. Nondimeno, il requisito aveva una forte connotazione procedurale<sup>298</sup>.

Ve ne sono tuttavia di precedenti, estremamente interessanti per comprendere il significato dell’istituto, anche in raffronto agli obblighi resi *enforceable* dalle promesse *under seal*. Si consideri ad esempio il caso *Sharington v. Strotton* (1565, 1 Plowden’s Commentaries, 298-308 [E.R. vol. 75, 470]), in cui viene chiarito che:

“*where the agreement is by deed, there is more time for deliberation. For when a man passes a thing by deed, first there is the determination of the mind to do it, and upon that he causes it to be written, which is one part of deliberation, and afterwards he puts his seal to it, which is the consummation of his resolution...So there is great deliberation used in the making of deeds, for which reason they are...adjudged to bind the party without examination upon what cause or consideration they were made.*”

Il caso originava dal fatto che in base ad un accordo non trasfuso in un *deed* (e quindi in un *act under seal*) era stata fatta una concessione fra fratelli basata solo sull’affezione reciproca e sul desiderio di uno di perpetuare il nome della schiatta<sup>299</sup>.

Nel diritto continentale, ed in particolare nel corso dello sviluppo delle teorie giusnaturalistiche, si arrivò a dare valore al nudo patto, purché sorretto da causa.

La *consideration*, invece, venne a configurarsi nell’ambito della responsabilità del promittente: questo aspetto è stato ricondotto alla natura originaria di presupposto per l’esercizio dell’azione di inadempimento. Non si trattava allora tanto di indagare le intenzioni, alle quali sembravano riferirsi i giudici di *equity*, ma di capire quale fosse la circostanza attributiva di responsabilità al promittente inadempiente<sup>300</sup>.

Complice l’atmosfera mercantilistica dell’Inghilterra elisabettiana, nonché la rigidità della formula dell’*assumpsit*, in definitiva, le Corti ricusavano di dare sanzione e

---

<sup>298</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 321 e 408 ss. .

<sup>299</sup> SPRING, *Law, Land and Family: Aristocratic Inheritance in England, 1300 to 1800*, U.N.C. Press, 1993, p. 108 – 109. Nella fattispecie al fratello beneficiario della concessione non erano nati figli maschi.

<sup>300</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 13: “Per contrasto con la causa, dunque, la *consideration* muoveva dalla negazione del valore intrinsecamente vincolante della promessa pura e semplice, ricollegandosi ad un principio di segno opposto che avrebbe trionfato (in teoria) sul continente. Si trattava, cioè, del principio secondo cui: nessuna promessa in generale obbliga (ancorché lecita e accettata), a meno di non essere sorretta da una ragione o, meglio, manifestata in un contesto (di circostanze) capace di renderla giuridicamente sanzionabile (*enforceable*).”

quindi di suggellare l'obbligatorietà delle promesse non ottenute mediante uno scambio di qualcosa, ovvero, *in consideration* di qualcosa<sup>301</sup>.

Si può citare qui allora il celebre caso *Dunlop v. Selfridge*<sup>302</sup>. Quella fattispecie vedeva quale attrice la nota casa di produzione di pneumatici, la quale aveva stipulato un contratto con un terzo, grossista, promettendogli degli sconti in cambio della contropromessa da parte di questo di non vendere i pneumatici sotto un dato prezzo.

*Selfridge* vendeva dei pneumatici alla *Dew*, facendosi promettere a sua volta che quest'ultima non facesse politiche dei prezzi.

La *Dew*, tuttavia, vendeva i pneumatici scontati.

La *Dunlop* allora agiva direttamente verso la *Dew* per ottenere un'ingiunzione e verso *Selfridge* per i danni.

Ebbene, tra le varie ragioni per cui la richiesta dell'attrice fu rigettata, vi è stata anche la mancanza di una valida *consideration* per l'obbligo della *Dew*.

In questo contesto, la House of Lords, per bocca di Lord Dunedin, accolse il seguente noto principio, ancor'oggi citato dalla giurisprudenza: “*An act, forbearance, or promise by one party to a contract that constitutes the price for which he buys the promise of the other (Dunlop v Selfridge, 1915, AC 847 (HL))*”.

Più precisamente e tecnicamente, ‘l'atto o l'astensione’ sono così stati a suo tempo così definiti nel celebre *case Currie v Misa*, in rapporto stesso al requisito della *consideration*: “*A valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other*” (1875, LR 10 Ex 153; (1875-76) LR 1 App. Cas. 554)<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> Si omette qui il pur interessante contributo di Lord Mansfield allo sviluppo dell'istituto. Si v. FIFOOT, *op. cit.*, p. 408 ss.; PLUCKNETT, *op. cit.*, p. 653.

<sup>302</sup> La narrativa del caso è presa da WADDAMS, *Cases and Materials on Contracts*, Toronto, 2005, p. 383 e segg. . Alla soluzione del caso ha contribuito anche il fatto che Dew non è stata considerata parte dell'accordo con la Dunlop (si. v. quanto trattato nel paragrafo precedente, sul legame fra *consideration* e *agreement*).

<sup>303</sup> L'attore, Currie, aveva chiesto al convenuto Misa di onorare il pagamento di una somma portata da un assegno da questi emesso. Misa, infatti, aveva dato ordine al proprio banchiere di non dare corso all'assegno nella stanza di compensazione. Il motivo della revoca derivava dall'insufficienza del rapporto di valuta.

Misa aveva acquistato degli strumenti (detti *drafts*) dalla Lizardi, promettendo il pagamento di una somma di danaro. Lizardi però era insolvente, all'insaputa di Misa, essendosi indebitata nei confronti di Currie: in seguito a ciò aveva consegnato a quest'ultima un ordine di pagamento (*bill*) avente come delegato Misa e delegatario Currie. Quest'ultima rendeva noto a Misa di avere in mano l'ordine a lei intestato;

Semplificando la questione, in causa si trattava fra l'altro del diritto ad incassare un assegno: in particolare la consegna di un titolo a garanzia venne ritenuta lecita a fronte di una rinuncia implicita del primo prenditore a chiedere l'adempimento immediato.

Così Lord Lush:

*“It has been supposed to the rest on the round that the taking of a negotiable security payable at a future day implied an agreement by the creditor to suspend his remedies during that period and that this constituted the true consideration which [...] the law requires in order to entitle the creditor to the absolute benefit of the security”.*

Prosegue l'autorità asserendo che però il *'giving time'* è solo una delle tante *consideration*, provvedendo poi a statuire il passo primo riportato<sup>304</sup>.

Ecco che allora, la *consideration* che rende *enforceable* da parte dell'avversario la propria promise può risiedere o nell'attribuzione a se stessi di un *right, interest, profit, or benefit* o nella sopportazione di una *forbearance, detriment, loss, or responsibility* per la controparte.

E' stato di recente posto particolare accento sull'aspetto sostanziale della *consideration*, peraltro già noto alla dottrina, tant'è essa viene altresì definita direttamente quale *“act or forbearance of one party, or the promise thereof”* costituente *“the price for which the promise of the other is bought”*. Questa prospettiva collegherebbe direttamente il requisito della *consideration* allo scambio sotteso al regolamento contrattuale<sup>305</sup>.

Vi è, ad ogni modo, quindi, una duplice possibile declinazione del requisito, che può essere valorizzato anche quale *benefit* concesso alla controparte o quale *detriment* da lei sopportato.

---

conseguentemente Misa emetteva l'assegno in favore di Lizardi (ma pagabile al portatore, che diveniva Currie) poi non compensato. Saputo dello stato di insolvenza di Lizardi, Misa revocava l'ordine al suo banchiere. Currie agiva allora verso Misa per ottenere la somma portata dal titolo. Il problema era allora stabilire quale fosse la *consideration* che rendesse Currie un *holder for value* dell'assegno: questa domanda è posta in detti termini perché il *drawing* dell'assegno è assimilato ad una *promise*.

Si v. BEATSON, *op. cit.*, p. 93.

<sup>304</sup> Il caso è preso da SMITH – UNDERHILL MOORE, *Cases of the Law of Bills and Notes Selected From Decisions of English and American Courts*, Cornell University Library, 2009 (1923), p. 330 ss. . Il giudizio è poi a favore dell'attore, poiché viene ritenuta valida *consideration* il fatto di non poter essere trattato quale debitore che non dia garanzie. Così prosegue l'argomentazione sul punto: *“The security is offered to the creditor and taken by him as money's worth, and justice requires that it should as truly his property as the money which it represents would have been his had the payment been made in gold or a Bank of England note. And on the other hand, until it has proved unproductive, the creditor ought not be allowed to treat it as a nullity, and to sue the debtor as if he had given no security.”.*

<sup>305</sup> UPEX BENNET, *Davies on contract*, Londra, 2004, p. 29.

Per quel che riguarda la prima possibile configurazione, è stato sostenuto che derivi dalla struttura iniziale del *writ of debt* (ed in particolare dalla teoria del *quid pro quo*<sup>306</sup>) poi ripercorsa, seppur indirettamente, dall'*indebitatus assumpsit*.

Per quanto riguarda il *detriment*, si tratterebbe in definitiva, di volta in volta, di accertare che chi voglia ottenere giustizia della promessa altrui abbia sofferto una diminuzione in favore di essa.

Nel caso *Chapman v. Barnaby* ([1615], 2 Bulst. 278) così si può leggere:

“for the matter considerable in such actions upon the case for promises made is not whether the party which doth thus assume, hath or is to have any benefit thereby, but only whether the other, to whom the promise is thus made, hath manner of prejudice by it”<sup>307</sup>.

E' bene ribadire, anche in questa sede, che il riferimento delle dottrine e delle pronunce giurisprudenziali è qui sempre alla *promise* in sé, non tanto all'*agreement*. Ecco perché, pacificamente, si è ritenuto di dare azione anche di fronte a promesse unilaterali<sup>308</sup>. Ciò non toglie che la dottrina non abbia comunque operato delle distinzioni fra l'atteggiarsi della *consideration* nei casi di promesse unilaterali condizionali e nei casi in cui vi sia un accordo nel senso continentale del termine. In particolare, è stato sottolineato come in questi casi fosse improprio parlare di *bargain*<sup>309</sup>.

Il problema, correttamente inquadrato, parte dalla domanda se fosse o meno ritenuta una valida *consideration* una altrui promessa.

Questo problema venne preso in carico dalle Corti pressoché coevamente allo sviluppo dell'azione di *assumpsit*.

Venne risolto nel senso che una promessa poteva essere una *good consideration* nel momento in cui si fosse trattato di promesse reciprocamente scambiate.

Dette promesse venivano allora definite *mutual promises*: il principio alla base della scelta dell'autorità era che: “*mutual promises provide mutual benefits*”<sup>310</sup>.

Questo concetto appare chiaramente nella pronuncia resa nel caso *Wichals v. Johns* (1599, Croke Eliz., 704 [E.R. vol. 78, 939]).

---

<sup>306</sup> Nell'azione di *debt*, ricorda FIFOOT, *op. cit.*, p. 225,

<sup>307</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 483.

<sup>308</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>309</sup> ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 107.

<sup>310</sup> Si v. SERIO, *op. cit.*, p. 658.

Il requisito necessario era però che l'oggetto di scambio fosse l'altrui promessa, e non l'oggetto della prestazione che veniva promessa. In altri termini, vi doveva essere una *present consideration* e non meramente una *future consideration*<sup>311</sup>.

Va però chiarito che nelle pronunce dell'epoca non era ancora stato affrontato con lucidità il problema dell'accordo: nel senso che la bilateralità delle promesse era un concetto avulso dalla dialettica dell'incontro tra proposta e accettazione, che si materializzò solo alla fine del XVII secolo, parallelamente all'ulteriore sviluppo del concetto di *consideration*<sup>312</sup>.

La situazione che si sarebbe potuta creare, a quel punto, era che si finisse per ritenere che la sola presenza di una *promise* del promissario fosse sufficiente a soddisfare il requisito della *consideration*.

Questo problema venne affrontato nel caso *Thorp v. Thorp* ([1701], 12, Modern Reports, 455 [E.R. vol. 88, 1448]) nel quale si chiarisce che la prestazione oggetto della contropromessa deve avere in sé valore di *good consideration*<sup>313</sup>.

A questo punto venne posta in rilievo la distinzione fra *executed consideration* (presente quando è a fronte di una prestazione già eseguita dal promissario) ed *executory consideration* (sussistente quando consiste in una contropromessa)<sup>314</sup>.

E' intuitivo comprendere che qui, più che il dato dell'accordo in sé, rileva il profilo dello scambio (*bargain*). Questa impostazione è comunque stata, anche di recente, oggetto di critica da parte della dottrina. In particolare è stato sottolineato come il fatto di fondare l'*enforceability* della promessa della controparte nel fatto stesso

---

<sup>311</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 17. BEATSON, *op. cit.*, p. 95.

<sup>312</sup> Spiega bene il rapporto fra accordo e *consideration*, in questa fase, PLUCKETT, *op. cit.*, p. 643. L'A. ricorda come, inizialmente, l'obbligazione corrispettiva nel contratto di compravendita poteva essere azionata solo dopo che la propria prestazione era già stata eseguita. Poi afferma: "At the close of the middle ages, when the problem of mutual promises was being attacked, this peculiarity of the law of sale was constantly cited, and there can be do no doubt that the basis of assumpsit was gradually shifted; at the first the emphasis was on the final result of the parties' acts [...] but as time goes on, attention is fixed upon the beginning of their story, the assumpsit, and concurrently the habit grows of discussing these matters in terms of promises rather than deceits, of contract rather than tort". Si v. anche FIFOOT, *op. cit.*, p. 227, in cui in particolare l'A. insiste sul carattere reale del *Quid pro quo* nel caso dell'esercizio di azione di *debt* per ottenere il pagamento del prezzo nella compravendita (il *quid pro quo* c'era solo con la *traditio* della cosa).

<sup>313</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 18.

<sup>314</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 77: "[...] per fondare la vincolatività del contratto è necessaria la corrispettività attuale delle promesse."

dell'averla prestata, significa svalutare l'importanza del requisito della *consideration* sino ad assorbirlo tautologicamente nell'impegno stesso<sup>315</sup>.

Il termine *contract*, lo si è già in parte chiarito, veniva utilizzato anche per casi in cui l'accordo (come stava per essere teorizzato dal pensiero giusnaturalista) resta sullo sfondo, specialmente a causa della logica tutta processuale della dialettica fra *assumpsit* e *consideration*<sup>316</sup>.

Quindi, poiché l'unico requisito rilevante è la *consideration*, il *contract*, concepito solo come mera allegazione processuale, ha di per sé una struttura unilaterale e rigidamente oggettiva<sup>317</sup>.

Come abbiamo visto, però, all'inizio dell'800 si ebbe in Inghilterra una profonda tensione sociale, rivissuta anche attraverso le pronunce giurisdizionali, dovuta allo scoppio della rivoluzione industriale.

Nel contempo, è stata sottolineata l'importanza per l'evoluzione della teoria dei contratti in Inghilterra della pubblicazione della prima edizione del *Traité des obligations* di Pothier (1806)<sup>318</sup>.

Va subito ricordato e ulteriormente precisato che continuano ad essere considerati *contract* anche degli atti originanti obblighi che sono (o possono essere) per definizione unilaterali: per esempio i *contract under seal*.

Ma anche nei contratti con libertà di forma non si può dire tutt'oggi che il requisito dell'accordo si sia perfettamente sostituito a quello di *consideration*.

La *consideration* lavora ancora come criterio di selezione delle promesse sanzionabili, ad un tempo necessario e sufficiente, dando spazio solo a quelle che

---

<sup>315</sup> ATIYAH, *Introduction (cit.)*, p. 108.

<sup>316</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 19: “[...] completatasi l'identificazione del contract con l'*action of assumpsit*, questo tipo di rimedio ormai dominava quasi l'intera materia delle obbligazioni in senso ampio contrattuali [...]” e poi ancora “essa [la nozione di *contract* come *agreement* ...] nemmeno si attagliava alla categoria degli *express contracts*. Dove, come è noto, né il debt né il covenant rispecchiavano il principio dell'accordo quale fonte di obbligazione. Mentre per la terza delle figure costituenti la categoria medesima, quella cioè delle promises tutelate con l'azione di *assumpsit*, l'estraneità dell'elemento del consenso appare chiaramente dalla regola processuale che esigeva, quanto all'esperibilità di detta azione, la sussistenza solo dei seguenti requisiti: *consideration promise* e *breach of promise*”.

<sup>317</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 20.

<sup>318</sup> Ma se l'accordo era un istituto troppo “sostanziale” per il sistema panprocessualistico delle *form of actions*, il suo sviluppo nel secolo scorso è debitore anche delle riforme attuate dal legislatore alla fine del XIX secolo, che hanno portato alla loro abolizione e alla riforma dell'ordinamento giudiziario.

costituiscono un *bargain*: ciò che è cambiato è lo spazio che occupa nella teoria del *contract*.

Il requisito della *consideration* continua ad essere utilizzato anche quale strumento principalmente indicativo della stessa volontà di obbligarsi, ma estende i suoi confini da giustificazione della controprestazione a ragione pratica del patto.

La valenza dell'*agreement* nella *common law* attuale è percepibile nel tentativo di introdurre nell'ordinamento inglese la teoria della proposta e dell'accettazione<sup>319</sup>.

Inizialmente, è stato notato<sup>320</sup>, l'accettazione, trapiantata nel sistema direttamente ricostruito sull'*assumpsit*, più che il valore di atto negoziale, assumeva significato di *detriment* o *benefit*, a sua volta nelle sue due possibili declinazioni di *executory* o *executed consideration*<sup>321</sup>. Questa sensazione è tanto più confermata dal fatto che i *contracts* venuti in essere sulla base di una *executed consideration* sono detti *unilateral*.

Si può qui allora citare il *leading case* *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. Ltd.* ([1893] 1Q.B. 256).

La narrativa del caso è particolarmente singolare: la convenuta, sedicente impresa farmaceutica, aveva promesso la somma di cento sterline (notevole ammontare data l'epoca) a chiunque avesse preso l'influenza pur dopo aver usato un'improbabile panacea, la "*carbolic smoke ball*".

La Corte d'appello ha riconosciuto che l'impegno della società fosse *enforceable*, da parte della moltitudine di delusi, perché fornita di *consideration*.

Così Lord Justice Lindley:

*"In the first place, it is said that it is not made with anybody in particular. Now that point is common to the words of this advertisement and to the words of all other advertisements offering rewards. They are offers to anybody who performs the conditions named in the advertisement, and anybody who does perform the condition accepts the offer. In point of law this advertisement is an offer to pay 100l. to anybody who will perform these conditions, and the performance of the conditions is the acceptance of the offer."*

E poi:

---

<sup>319</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 90, il sistema che i giudici utilizzano per effettuare l'indagine sulla vincolatività o meno del patto, cioè sul fatto se si sia o meno effettivamente raggiunto un accordo, viene detto "*objective test of agreement*", in cui anche una "*apparent intention*" può risultare sufficiente a concretizzare una proposta o un'accettazione".

<sup>320</sup> MCKENDRICK, *Contract law*, Londra, 2010, p. 86, 87.

<sup>321</sup> MOCCIA, *op. cit.*, p. 23.

*“I come now to the last point which I think requires attention - that is, the consideration. It has been argued that this is nudum pactum - that there is no consideration. We must apply to that argument the usual legal tests. Let us see whether there is no advantage to the defendants. It is said that the use of the ball is no advantage to them, and that what benefits them is the sale; and the case is put that a lot of these balls might be stolen, and that it would be no advantage to the defendants if the thief or other people used them. The answer to that, I think, is as follows. It is quite obvious that in the view of the advertisers a use by the public of their remedy, if they can only get the public to have confidence enough to use it, will react and produce a sale which is directly beneficial to them. Therefore, the advertisers get out of the use an advantage which is enough to constitute a consideration.”.*

Così invece Lord Justice Bowen:

*“A further argument for the defendants was that this was a nudum pactum - that there was no consideration for the promise - that taking the influenza was only a condition, and that the using the smoke ball was only a condition, and that there was no consideration at all; in fact, that there was no request, express or implied, to use the smoke ball. Now, I will not enter into an elaborate discussion upon the law as to requests in this kind of contracts. I will simply refer to *Victors v Davies* and *Serjeant Manning's note to Fisher v Pyne*, which everybody ought to read who wishes to embark in this controversy. The short answer, to abstain from academical discussion, is, it seems to me, that there is here a request to use involved in the offer. Then as to the alleged want of consideration.”.*

Così Lord Justice AL Smith, dopo aver riportato il testo dell'annuncio:

*“If I may paraphrase it, it means this: “If you” - that is one of the public as yet not ascertained, but who, as *Lindley and Bowen, L.JJ.*, have pointed out, will be ascertained by the performing the condition — “will hereafter use my smoke ball three times daily for two weeks according to my printed directions, I will pay you 100l. if you contract the influenza within the period mentioned in the advertisement.” Now, is there not a request there? It comes to this: “In consideration of your buying my smoke ball, and then using it as I prescribe, I promise that if you catch the influenza within a certain time I will pay you 100l.” It must not be forgotten that this advertisement states that as security for what is being offered, and as proof of the sincerity of the offer, 1000l. is actually lodged at the bank wherewith to satisfy any possible demands which might be made in the event of the conditions contained therein being fulfilled and a person catching the epidemic so as to entitle him to the 100l. How can it be said that such a statement as that embodied only a mere expression of confidence in the wares which the defendants had to sell? I cannot read the advertisement in any such way.”.*

Nel primo passo si legge, testualmente, che chi realizza la condizione accetta l'offerta. Sembra un ossimoro<sup>322</sup>. Il punto è che si sta toccando la questione della *consideration* e in quest'ambito pare al giudice che ad un tempo l'accettazione dell'offerta, più che rilevare come parametro per l'accordo, concretizzi l'attualità di quel requisito, che diventa *executory*<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> SERIO, *op. cit.*, p. 667.

<sup>323</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 122: “In the time at which an offer is accepted in the case of a unilateral contract has given rise to some difficulty: for instance, where an offer is made to pay a reward for the return of an article of lost property [...]. In such case[s], the offeror is no doubt liable once the required act of forbearance has been

Quello che era stato stabilito come criterio necessario per, in un certo senso, accoppiare ad una *promise* un'altra *promise* o ad un *fact* una *promise*, nell'ambito della *consideration*, era il *request*. Nei passi delle autorità successive si dice chiaramente che la *request* è implicita nell'*offer*<sup>324</sup>.

Ad un giurista continentale di oggi questa disinvolta sovrapposizione fra offerte al pubblico, promesse unilaterali vincolanti, corrispettivi sufficienti, offerte ed accettazioni può sembrare un po' ingenua e foriera di paradossi<sup>325</sup>.

Non si dimentichi però che inizialmente, come abbiamo visto, anche in Italia, ed anche dopo il recepimento del *code civil*, alcuni intesero la causa siccome riferita al singolo rapporto obbligatorio.

Ma in Inghilterra il contesto è chiaro, l'attenzione per l'accordo, istituto spiccatamente sostanziale, come dato autonomo dalla *consideration*, si intensifica solo alla fine del XIX secolo, quando v'era già stata la riforma delle giurisdizioni con l'abolizione delle *forms of actions* e le nuove generazioni di giuristi avevano già studiato le pietre miliari del giusnaturalismo.

La tensione esistente fra accordo e *consideration* sarà richiamata più oltre specie con riferimento agli istituti del *promissory estoppel* e dell'*accord and satisfaction*.

Quando la *consideration* non fonde più in sé la natura di selettore di promesse meritevoli di sanzione con la natura di modo di estrinsecazione dell'accordo, può smarcarsi dal nesso di corrispettività<sup>326</sup>.

Sul punto si tornerà.

---

fully performed; and it is also clear that the offeree can accept by simply performing, without giving advance notice of his acceptance to the offeror”.

<sup>324</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 97.

<sup>325</sup> Per venire a capo del paradosso, è sufficiente questa riflessione di CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 303: “[...] ogni prestazione dedotta in *contract* rileva sotto un duplice profilo: a) a livello strutturale come componente dell'oggetto del *contract*, b) in senso funzionale, in quanto mezzo di scambio, come *consideration* giustificativa dell'impegnatività del rapporto”.

<sup>326</sup> Sulle immediate reazioni giurisprudenziali nelle Corti dopo la permeazione della *Will Theory*, v. SWAIN, *The changing nature of the doctrine of consideration*, 1750-1850, JLH, 26, p. 66.

***I requisiti del contract: la consideration (in generale).***

Per considerare più approfonditamente le caratteristiche che l'istituto assume nel diritto inglese vivente, nonché i profili valorizzabili sul piano comparatistico, si riconsideri preliminarmente la definizione ormai invalsa, secondo cui la *consideration* consiste in “*some detriment to the promisee (in that he may give value) or some benefit to the promisor (in that he may receive value).*”<sup>327</sup>.

Vanno altresì richiamati due concetti già discussi nei paragrafi precedenti.

Il primo è che nella giurisprudenza anglosassone si sta progressivamente facendo strada la visione del *contract* quale *agreement*.

Il secondo è che la giurisprudenza considera parimenti sufficienti quali *consideration*, da un lato sia il *detriment* sia la *forbearance*, dall'altro sia il *benefit* che l'*act*, così dimostrandosi aperta a valorizzare l'elemento effettuale del *bargain*, accanto a quello puramente ontologico<sup>328</sup>.

Ciò premesso, va detto come le questioni che dottrina e giurisprudenza anglosassoni attualmente affrontano, con riferimento all'istituto in esame, sono in larga parte analoghe a quelle che dottrina e giurisprudenza italiane affrontano in tema di causa.

Tenute conto le caratteristiche della *consideration* – rigidamente oggettiva e legata alla *promise* – è naturale che gli interpreti si interrogino principalmente attorno al problema della carenza di *consideration*.

Infine, è opportuno accennare a quanto riportato relativamente al rapporto tra causa del contratto e interesse individuale dei contraenti (in particolare sotto forma di interesse creditorio).

Sul piano comparatistico, infatti, è utile avvicinare il concetto di *benefit* al concetto di interesse di chi riceve la prestazione nell'ordinamento italiano.

Su questo si tornerà.

---

<sup>327</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 167.

<sup>328</sup> *Ibidem*, p. 75.

**(segue) divieto di past consideration e performance of an existing duty; modifiche contrattuali.**

Si è già richiamata la distinzione fra *executed* e *executory consideration* (quest'ultima si ha qualora siano scambiate due *promises*, la seconda qualora a fronte di una *promise* si sia tenuto un contegno di *act* o *forbearance*).

Ciò premesso, è anzitutto necessario distinguere se il contegno costituente *consideration* si sia verificato prima o dopo l'assunzione della *promise* da parte della controparte contrattuale. La *common law* infatti non ammette quale *good consideration* l'*act* o *forbearance* già realizzatisi prima della assunzione dell'obbligo<sup>329</sup>.

Nel caso *Roscorla v Thomas* ([1842] 3 QB 234), l'attore aveva chiesto che il convenuto fosse condannato per inadempimento di un obbligo di garanzia per vizi in un contratto di compravendita di un cavallo. La domanda era stata rigettata poiché la promessa di offrire detta garanzia era stata prestata dopo lo scambio del cavallo contro il prezzo. La dazione monetaria, quindi, non era una *good consideration* poiché cronologicamente collocata prima dell'assunzione della promessa.

La regola, enunciata da Lord Denman, è che una *past consideration is not considered sufficient consideration*<sup>330</sup>.

Si avverte quindi ancora una volta il forte legame che corre fra *consideration* e *bargain*<sup>331</sup>, in termini di stretta attualità dello scambio.

Se il divieto di *past consideration* si apprezza in maniera plastica nella casistica delle *executed consideration*, affine è la questione della promessa di eseguire una prestazione che già – almeno apparentemente – si è in dovere di svolgere, e cioè di far ottenere al promissario – per ipotesi – un arricchimento meramente apparente.

In altri termini, ci si chiede se la promessa di tenere un determinato contegno già dovuto possa essere *good consideration* per chiedere l'adempimento della controprestazione<sup>332</sup>.

---

<sup>329</sup> SERIO, *op. cit.*, p. 650 ss.; CRISCUOLI, *op. cit.*, p.304 ss. .

<sup>330</sup> Per una prospettiva comparatistica, che mette in relazione il problema in esame con quello del pagamento dell'obbligazione naturale nel diritto francese e italiano, BELL, *Comparative perspectives on past consideration*, Comp. Law. 1993, 14, p. 21 ss. .

<sup>331</sup> UPEX BENNET, *op. cit.*, p. 34.

<sup>332</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 84 e ss. .

Si è già sottolineato come si possa proporre, sia nel diritto italiano, che nella *common law* inglese, il problema della sanzionabilità delle promesse nell'ipotesi in cui, in termini generali, il promittente abbia ottenuto, in cambio dell'assunzione del suo obbligo, un vantaggio che era già nel suo patrimonio.

La situazione è appunto conosciuta nella *common law* con la locuzione *performance of an existing duty*<sup>333</sup>.

Tradizionalmente viene studiata distinguendo l'ulteriore fonte che impone al promittente di effettuare la medesima prestazione oggetto della *promise*.

Anzitutto, dipende se l'obbligo preesistente dipende dalla legge o a sua volta da un *contract*.

Il primo caso che si riporta, quanto all'assunzione dell'obbligo di eseguire prestazioni imposte dalla legge è *Collins v Godefroy* ([1831] 1 B & Ad 95).

L'attore era stato destinatario di un ordine di comparizione al fine di presentare delle prove a favore di *Godefroy*, in un processo che quest'ultimo aveva con un terzo. Gli era stato altresì promesso da *Godefroy* un compenso per il suo disturbo.

La richiesta giudiziale di questo compenso è stata ritenuta non tutelabile, poiché la promessa non era fornita di *consideration*, essendo già obbligatorio per legge per *Collins* comparire davanti alla Corte per ragioni di giustizia.

Il principio è stato tuttavia compreso da una serie di pronunce successive: in particolare, una prima eccezione si ha quando viene eseguito o viene promessa l'esecuzione di un dovere imposto dalla legge, ma con un livello di diligenza o con modalità che in concreto non sono dovute<sup>334</sup>.

Celebri sono i casi *Harris v. Sheffield United Football Club Ltd.* ([1988] Q.B. 77, 91) ed ancor prima *Glasbrook Brothers v Glamorgan County Council* ([1925] AC 270).

Entrambe le fattispecie riguardano la richiesta alle forze dell'ordine di eseguire servizi di sicurezza speciali. Nel primo caso una società aveva domandato una presenza costante di poliziotti presso gli stabilimenti, perché erano in corso agitazioni sindacali, nel secondo caso un club calcistico aveva richiesto la presenza

---

<sup>333</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 105: L'A. affronta nelle pagine successive anche l'interessante argomento dell'assunzione dell'obbligo di adempiere un dovere che ci si era già assunti l'onere di compiere.

<sup>334</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 93 ss. .

di un adeguato numero di agenti presso lo stadio visto l'usuale stato di agitazione delle tifoserie.

In entrambi i casi è stato riconosciuto che al corpo di polizia fosse dovuto un compenso, poiché le prestazioni richieste andavano oltre il generale dovere delle forze dell'ordine di assicurare protezione alle persone e alla proprietà privata.

Non risulta, comunque, che sia ad oggi stato riconosciuto che il semplice adempimento di un dovere imposto dalla legge sia una *good consideration*.

Invero, vengono a tal proposito citate le seguenti parole di Lord Justice Denning, pronunciate in *Williams v Williams* ([1957] 1 W.L.R. 148): “...*a promise to perform an existing duty is, I think, sufficient consideration to support a promise, so long as there is nothing in the transaction which is contrary to the public interest.*”.

Parrebbe esservi un'apertura nel senso del mero controllo di legittimità: tuttavia, dalla complessiva lettura della relazione del caso in esame, emerge che lo stesso Lord Denning aveva ritenuto, nei fatti, esistente una *consideration* ulteriore rispetto al mero adempimento di obblighi di legge<sup>335</sup>.

Come già anticipato, analoghi problemi si pongono qualora l'oggetto della promessa costituisca un dovere esistente in capo al *promisor* perché già oggetto di un *contract*. Il *leading case* in tema è *Stilk v Myrick* ([1809] 170 E.R. 1168).

Dovendo affrontare una traversata nel Mar Baltico, il comandante di una nave aveva pattuito con i marinai membri dell'equipaggio un compenso di £5 al mese. Durante il viaggio due di loro disertavano. A quel punto, il comandante pattuiva con i restanti marinai di corrispondere comunque, in parti uguali a ciascuno, il salario dei disertori, purché avessero portato a termine la traversata.

Ritornati a Londra, i marinai non ricevevano il compenso *extra*. Portata la controversia in giudizio, la domanda veniva rigettata.

Premesso che doveva ritenersi già rientrante negli obblighi dei marinai anche l'onere supplire ad eventuali diserzioni, il patto di integrazione del salario è stato ritenuto nullo per mancanza di *consideration*.

In un caso simile, *Hartley v Ponsonby* ([1857] 119 E.R. 1471) il compenso addizionale al marinaio attore è stato invece riconosciuto, ma solo sulla scorta del

---

<sup>335</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, P. 313 ss. .

fatto che salpare la nave con l'equipaggio ridotto sarebbe stato *dangerous to life*. Solo quest'ultimo aspetto costituiva una *good consideration*.

Più di recente, in *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* ([1990] 2 W.L.R. 1153) il principio della carenza di *consideration* nel caso di obbligo preesistente avente fonte in un *contract* è stato fortemente stemperato<sup>336</sup>.

L'attore era subappaltatore del convenuto in un'opera di ristrutturazione di un complesso immobiliare sito in Londra. Il compenso per i lavori oggetto del subcontratto era stato originariamente pattuito in una somma che non si era dimostrata adeguata quasi nemmeno a coprire i costi del subappalto. Questa situazione aveva comportato un grosso rischio anche per il primo appaltatore – poi convenuto – poiché il contratto d'appalto prevedeva una penale esosa.

Tenuto conto delle circostanze, le parti allora avevano pattuito di innalzare il prezzo del subappalto. Richiesto di versare l'integrazione, l'appaltatore rifiutava, sostenendo che il secondo patto non era sorretto da alcuna *consideration*, di talché si instaurava la controversia in esame.

Il Giudice di prime cure aveva ritenuto sussistente il requisito della *consideration* poiché il patto successivo era stato fatto, evidentemente, nell'interesse di entrambi i contraenti: in particolare il *benefit* del *promisor* stava nell'evitare la penale e nel non dover cercare un nuovo subappaltatore<sup>337</sup>.

Veniva proposto appello dal convenuto, in particolare ritenendo che il *benefit* ottenuto era soltanto eventuale e comunque non legalmente rilevante.

Glidewell L.J., nell'esprimere la sua opinione, afferma di voler, più che superare, bensì raffinare e limitare il principio delle precedenti decisioni citate.

Così il Giudice:

“(i) if A has entered into a contract with B to do work for, or to supply goods or services to, B in return for payment by B; and (ii) at some stage before A has completely performed his obligations under the contract B has reason to doubt whether A will, or will be able to, complete his side of the bargain; and (iii) B thereupon promises A an additional payment in return for A's promise to perform his contractual obligations on time; and (iv) as a result of giving his promise, B obtains in practice a benefit, or obviates a disbenefit; and (v) B's

---

<sup>336</sup> PHANG, *Consideration at the crossroads*, LQR, 1991, 107, p. 21 ss.; TRUKHTANOV, *Foakes v Beer: reform of common law at the expense of equity*, LQR, 2008, 124 p. 364 ss.; CHANDLER BROWN, *Consideration and contract modification*, Conv., 1990, 3, p. 209 ss.; HOOLEY, *Consideration and the existing duty*, JBL, 1991, 1, p. 19 ss. .

<sup>337</sup> BEALE, *op. cit.*, p. 111 ss. (115).

*promise is not given as a result of economic duress or fraud on the part of A; then (vi) the benefit to B is capable of being consideration for B's promise, so that the promise will be legally binding ...”.*

*“My understanding of the meaning of the requirement that consideration must move from the promisee is that such consideration must be provided by the promisee, or arise out of his contractual relationship with the promisor”.*

Così continua Lord Brandon:

*“... since the early 19th century when *Stilk v. Myrick*, 2 Camp. 317 was decided by Lord Ellenborough C.J. In the late 20th century I do not believe that the rigid approach to the concept of consideration to be found in *Stilk v. Myrick* is either necessary or desirable. Consideration there must still be but, in my judgment, the courts nowadays should be more ready to find its existence so as to reflect the intention of the parties to the contract where the bargaining powers are not unequal and where the finding of consideration reflect the true intention of the parties.”.*

Ed ancora precisa che:

*“... that variation was supported by consideration which a pragmatic approach to the true relationship between the parties readily demonstrates.”.*

A questo punto, Lord Justice Purchas, nell’esprimere comunque parere negativo sull’accoglimento dell’appello, ricorda la teoria secondo cui, per aversi una *good consideration* è necessario che vi sia alternativamente, e non congiuntamente, un *detriment* al promissario o un *benefit* al promittente.

Evidentemente, valutare come sufficiente una *consideration* che si sostanzia unicamente in un *benefit* finisce con l’obliterare parzialmente la visione del contratto quale *bargain*<sup>338</sup>. La definizione alternativa di *consideration* che si è offerta, cioè quella che ne risalta il momento ontologico e non effettuale, quale *act* or *forbearance*, non può essere utilizzata nei casi in cui l’unico elemento che sostenga la *promise* sia un *factual benefit*.

In questo caso, sul piano comparatistico, i Giudici inglesi altro non hanno fatto se non reperire nelle circostanze di fatto un *interesse* che potesse sostenere sul piano funzionale il patto sottoposto al loro giudizio.

La concezione stessa che la *common law* ha del *contract*, spinge a porre la questione in questi termini: capire entro quali limiti è *enforceable* un patto che ha come contenuto una rinuncia a propri diritti (o comunque il riconoscimento di condizioni

---

<sup>338</sup> Il problema già era posto da SIMPSON, *op. cit.*, p. 420 ss. .

più favorevoli al promissario) per ottenere l'impegno dell'adempimento della sua già efficace *promise*<sup>339</sup>.

In definitiva, questo problema può essere posto – ed è stato effettivamente così riassunto dalla giurisprudenza inglese – nei termini seguenti: qual è il *quid* minimo di *consideration* che il soggetto A deve fornire, tale da rendere legalmente vincolante una modifica contrattuale in peggioramento dei diritti del soggetto B?<sup>340</sup>

La dottrina inglese rubrica questo genere di fattispecie sotto le diciture *rescission* e *variation*.

Con il primo termine, viene indicata una casistica riferibile essenzialmente alle ipotesi di *datio in solutum* e di estinzione consensuale degli obblighi delle parti.

Significativamente, le questioni maggiormente importanti si annoverano fra quelle in cui, a fare da contraltare alla liberazione non vi è alcuna corrispettiva assunzione di obblighi se non una ripetizione dell'impegno già oggetto del *contract* alla base della vicenda.

In relazione a queste fattispecie, è opportuno richiamare la regola del c.d. *accord and satisfaction*, secondo cui è possibile estinguere i doveri oggetto di una *promise* accordandosi con il promissario ed eseguendo una prestazione da questo accettata come soddisfattoria del proprio interesse<sup>341</sup>.

Questo patto (*accord*), quindi, sarà *enforceable* solo se la variazione delle condizioni iniziali abbia portato al promissario originale una qualche “*satisfaction*”<sup>342</sup>.

Un celebre caso in cui è stato applicato questo principio è il *Pinnel's case* ([1602] 77 E.R. 237)<sup>343</sup>.

In quel caso veniva statuito che mai il mero pagamento di un importo inferiore a quello dovuto, *sic et simpliciter*, quantunque accetto dal creditore a piena

---

<sup>339</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 99: si tratta del tema generale rubricato “performance of an existing duty”.

<sup>340</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 73, il quale così afferma: “[...] it may be possible to extrapolate a principle that an existing duty may be good consideration in the absence of economic duress or fraud on the part of the plaintiff provided the defendant obtains a benefit in fact from the existing duty being executed.”. Si tornerà sul significato di beneficio di fatto e sul richiamo ai vizi della volontà.

<sup>341</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 106 ss. .

<sup>342</sup> FIFOOT, *op. cit.*, p. 413 - 415.

<sup>343</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 111, a p. 113 l'A. critica la regola, suggerendo l'opportunità di una riforma.

soddisfazione, potesse paralizzare una successiva richiesta di adempimento dell'intero<sup>344</sup>.

La stessa *Court of Common Pleas* indicava alcuni esempi in cui si poteva ritenere che questa parallela "soddisfazione" vi fosse: ad esempio se veniva anticipato il tempo dell'adempimento, se veniva modificato il luogo in modo che fosse più congeniale al creditore o se, infine, venisse pattuita una diversa prestazione in luogo dell'adempimento.

E' interessante che il termine usato sia "*satisfaction*", la scelta denuncia una certa sovrapposizione tra atto d'adempimento comunque soddisfacente l'interesse creditorio e l'atto di modifica delle condizioni (che in quanto *contract* abbisogna invece di una *consideration*)<sup>345</sup>.

In tempi più recenti, il *Pinnel's case* è stato esplicitamente utilizzato per sostenere la decisione nel caso *Foakes v Beer* ([1883-84] L.R. 9 App. Cas. 605).

La narrativa del caso, in parte semplificata, vede anzitutto la signora *Beer* ottenere un provvedimento favorevole contro *Foakes*, in cui quest'ultimo viene condannato a pagare alla prima £ 2.090 19s. *Foakes*, non essendo in condizioni economiche propriamente felici, ottiene dalla signora *Beer* di poter pagare a rate la somma indicata. Raggiunto l'esatto importo, la creditrice insiste perché *Foakes* paghi anche gli interessi nel frattempo maturati. Quest'ultimo rifiuta.

La *House of Lords* nel dare sostanzialmente ragione alla signora *Beer*, affermava che:

*"An agreement between judgment debtor and creditor, that in consideration of the debtor paying down part of the judgment debt and costs and on condition of his paying to the creditor or his nominee the residue by instalments the creditor will not take any proceedings on the judgment, is nudum pactum, being without consideration, and does not prevent the creditor after payment of the whole debt and costs from proceeding to enforce payment of the interest upon the judgment"*.

E' evidente che l'accoglimento del principio espresso in *Williams v Roffey* non poteva non influenzare anche l'approccio alla regola dell'*accord and satisfaction*.

Di recente, ad esempio, nel caso *Anangel Atlas Compania Naviera SA v Ishikawajima-Harima Heavy Industries Co (No.2)* ([1990] 2 Lloyd's Rep. 526) è

---

<sup>344</sup> SIMPSON, *op. cit.*, p. 104. L'A. contestualizza la regola del *Pinnel's case* all'interno dell'esercizio del *writ of debt* e spiega in dettaglio il recepimento del precedente nella giurisprudenza successiva.

<sup>345</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 76.

stato riconosciuto come sanzionabile un accordo con il quale l'acquirente di alcune navi aveva ottenuto un successivamente un forte sconto stante le mutate condizioni del mercato in questione.

In termini generali, si tratti di modifiche o più precisamente di accettazione di una prestazione diversa da quella pattuita, è lampante che la recente giurisprudenza inglese dimostra di discostarsi sensibilmente non solo dalla concezione della *consideration* quale *act or forbearance*, valorizzando il profilo del *benefit*, ma anche di interpretare quest'ultimo requisito siccome riferibile alle circostanze concrete dell'intera pattuizione, intesa come *agreement*, piuttosto che come riferibile alla *promise*: viene in rilievo il c.d. *practical benefit*<sup>346</sup>.

Riconducibile al tema delle modifiche contrattuali è quello della transazione e più in generale della rinuncia all'azione<sup>347</sup>.

La dottrina inglese distingue questa ipotesi dalle mere modifiche contrattuali che comportano benefici ad una sola parte<sup>348</sup>. Tuttavia, dal punto di vista della *consideration*, il tema è nient'affatto diverso. Si pone infatti il problema di stabilire quale sia il *detriment* che soffra chi si vede destinatario di una dichiarazione di rinuncia alla pretesa.

In un caso, *Cook v Wright* ([1861] 121 E.R. 822, viene reputato come sorretto da *good consideration* il patto con cui il rappresentante di un soggetto aveva promesso di pagare una serie di somme di danaro ad un *Commissioner*, per l'esecuzione di una serie di lavori sugli stabili comuni, posto che quest'ultimo le pretendeva ritenendolo effettivo proprietario dell'immobile.

Premesso che:

---

<sup>346</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 98 – 99, 102 – 103, il quale spende parole dure contro le aperture contenute nella pronuncia citata ed in genere in *Williams v Roffey*. Non mancano in ogni caso (ma su ciò si tornerà) recenti pronunce nelle quali viene ribadita la validità della *doctrine* tradizionale (ad esempio nel caso di mere promesse di pagare a rate); si v. STALLWORTHY, *Contract: variation of obligations*, ICCLR, 1994, 5, p. 145. Questo problema, nel diritto italiano, oltre che essere tradizionalmente ricollegato alla valutazione della sussistenza del requisito causale, comporta anche la presa in esame dell'istituto della remissione del debito. E' noto, infatti, che quest'ultimo istituto, secondo la dottrina maggioritaria, consiste in un atto unilaterale ed essenzialmente gratuito (BIANCA, *L'obbligazione (cit.)*, p. 470 ss.). Nel diritto italiano, i confini fra estinzione per mutuo dissenso, per remissione di debito e per dazione in pagamento (nel contesto del rapporto obbligatorio), pur teoricamente definiti, nella prassi spesso si fanno sfuggenti, cosicché il problema tende a porsi in maniera meno netta.

<sup>347</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 103.

<sup>348</sup> UPEX BENNET, *op. cit.*, p. 33.

“There is no doubt that a bill or note given in consideration of what is supposed to be a debt is without consideration if it appears that there was a mistake in fact as to the existence of the debt”, veniva comunque ammesso che “here there was no mistake on the part of the defendant either of law or fact. What he did was not merely the making an erroneous account stated, or promising to pay a debt for which he mistakingly believed himself liable. It appeared on the evidence that he believed himself not to be liable; but he knew that the plaintiffs thought him liable, and would sue him if he did not pay, and in order to avoid the expence and trouble of legal proceedings against himself he agreed to a compromise”.

Ciò concreta il *benefit* del promittente.

Veniva altresì aggiunto che:

“The plaintiff may be in a less favourable position for renewing his litigation, he must be at an additional trouble and expence in again getting up his case, and he may no longer be able to produce the evidence which would have proved it originally. Besides, though he may not in point of law be bound to refrain from enforcing his rights against third persons during the continuance of the compromise, to which they are not parties, yet practically the effect of the compromise must be to prevent his doing so.”.

Questo è il *detriment* del promissario.

Peraltro, come si diceva, ferma l’astratta presenza di un *benefit* e di un *detriment*, la transigibilità di una controversia veniva comunque subordinata alla plausibilità della pretesa<sup>349</sup>.

Così infatti viene precisato: “We agree that unless there was a reasonable claim on the one side, which it was bonâ fide intended to pursue, there would be no ground for a compromise”.

### **(segue) il promissory estoppel.**

A proposito di modifiche contrattuali, ed in particolare a *promises* che comportino solo un peggioramento delle condizioni del promittente, non è possibile non citare l’istituto del *promissory estoppel*<sup>350</sup>.

Si tratta di un istituto emerso nell’ambito della giurisprudenza delle Corti di *equity*.

---

<sup>349</sup> Elemento posto in stretta correlazione al nesso di corrispettività ed al nesso causale: noi stessi, per ritenere valida una transazione, richiediamo che vi siano le reciproche concessioni.

<sup>350</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 79. CHITTY, *op. cit.*, p. 114.

Sostanzialmente, costituisce un'estrinsecazione del principio dell'affidamento (*reliance*), declinato concretamente nell'ambito del più generale divieto di *venire contra factum proprium*<sup>351</sup>.

L'elaborazione concettuale del principio viene fatta risalire al caso *Hughes v Metropolitan Railway Co* ([1876-77] L.R. 2 App. Cas. 439).

Si trattava essenzialmente di tutelare l'affidamento di *Hughes*, il quale aveva confidato nelle pendenza di alcune trattative con la controparte, così ritardando l'adempimento della sua obbligazione. Non ritenendo di essere giuridicamente vincolata dal proprio contegno tollerante, anche perché non sorretto da *consideration*, la *Metropolitan Railway* agiva in giudizio contro *Hughes*.

Il caso giungeva alla *House of Lords*.

Lord Cairns così si pronunciava:

*“it is the first principle upon which all Courts of Equity proceed, that if parties who have entered into definite and distinct terms involving certain legal results—certain penalties or legal forfeiture—afterwards by their own act or with their own consent enter upon a course of negotiation which has the effect of leading one of the parties to suppose that the strict rights arising under the contract will not be enforced, or will be kept in suspense, or held in abeyance, the person who otherwise might have enforced those rights will not be allowed to enforce them where it would be inequitable having regard to the dealings which have thus taken place between the parties”*.

Più precisamente, con riferimento alle modifiche contrattuali, viene considerato di capitale importanza il caso *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* ([1947] KB 130).

In sostanza, la fattispecie concreta è così riassumibile: il convenuto aveva locato dall'attore un immobile in Londra ad un certo canone. Successivamente, le parti si erano accordate perché il canone fosse dimezzato, poiché la richiesta di immobili in locazione era drasticamente diminuita, essendo stata in parte sgomberata la città.

---

<sup>351</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 117 (119). L'A. riporta compiutamente tutta l'ampia serie di limitazioni di utilizzo della dottrina in esame. Si è preferito non insistere nel testo, sottolineando invece la collocazione sistematica del *p. e.* nel contesto del requisito della *consideration*. SERIO, *op. cit.*, p. 659: “La teoria della detrimental reliance – ossia dell'affidamento la cui coerenza e buona fede sia suffragata da una volontaria assunzione di una condizione sfavorevole [...] allo scopo di conformarsi ai termini dell'altrui promessa e di costituire i presupposti per il suo adempimento – parve alla giurisprudenza [...] una ragione congrua e sufficiente per ribaltare in valida consideration una condotta umana in cui solo con una forzatura logica potevano scorgersi i caratteri del *bargain*”.

Uno dei problemi giuridici sottesi a questa fattispecie è legato alla *consideration*. L'attore, infatti, fra le altre doglianze, aveva denunciato l'accordo di modifica poiché secondo lui sprovvisto del requisito in parola.

Il Giudice Denning, investito del caso, conduce un'attenta analisi dei precedenti, ed in particolare tiene da conto l'intervenuta riunione delle giurisdizioni di *common law* ed *equity*.

Così il Giudice:

*"[...] the court held the promise to be binding on the party making it, even though under the old common law it might be difficult to find any consideration for it. [...] they have refused to allow the party making it to act inconsistently with it. It is in that sense [...] that such a promise gives rise to an estoppel. The decisions are a natural result of the fusion of law and equity [...] In my opinion, the time has now come for the validity of such a promise to be recognized."*

Da questo punto di vista, il principio non poteva non avere una specifica ripercussione sul problema generale delle modifiche contrattuali ed in particolare sull'accettazione in pagamento definitivo una somma inferiore a quella dovuta.

Così infatti Denning:

*"The logical consequence, no doubt is that a promise to accept a smaller sum in discharge of a larger sum, if acted upon, is binding notwithstanding the absence of consideration: and if the fusion of law and equity leads to this result, so much the better. That aspect was not considered in Foakes v. Beer .... At this time of day however, when law and equity have been joined together for over seventy years, principles must be reconsidered in the light of their combined effect"*

Il Giudice non si ferma tuttavia a valutare se vi possa o meno essere stato un affidamento, o se l'attore, nell'agire, abbia contraddetto un suo contegno precedente.

Egli infatti sposta la sua attenzione sulle circostanze di fatto della situazione e così pronuncia:

*"I am satisfied that a promise such as that to which I have referred is binding and the only question remaining for my consideration is the scope of the promise in the present case. I am satisfied on all the evidence that the promise here was that the ground rent should be reduced to 1,250l. a year as a temporary expedient while the block of flats was not fully, or substantially fully let, owing to the conditions prevailing"*

Chiedersi qual è lo "scopo" dell'accordo non è un esercizio ermeneutico sociale, poiché Denning afferma successivamente che:

“When the flats became fully let, early in 1945, the reduction ceased to apply. In those circumstances, under the law as I hold it, it seems to me that rent is payable at the full rate for the quarters ending September 29 and December 25, 1945.”.

Lo scopo della *promise* ne influenza la cifra, l’interpretazione, la portata.

Sotto diverso profilo, la giurisprudenza inglese si è interrogata sulle modalità di estrinsecazione del requisito dell’affidamento<sup>352</sup>.

In particolare, si è chiesta se la *reliance* debba concretarsi in un effettivo *detriment* per chi invochi l’*estoppel*<sup>353</sup>.

Nel caso Alan (W.J.) & Co v. *El Nasr Export & Import Co* ([1972] 2 Q.B. 189), Lord Denning ha affermato che per invocare l’*estoppel* non è necessario che vi sia il *detriment*, ed anzi, nel successivo caso *Brikom Investments Ltd v Carr* ([1979] Q.B. 467) ha concluso che non è nemmeno necessario che sia allegato che chi invoca l’*estoppel* avrebbe agito in modo diverso da come ha agito se non avesse posto affidamento sulla *promise* avversa.

Del resto, se fosse necessario un *detriment*, l’*estoppel* servirebbe solo quando il problema non è la carenza di *consideration* ma l’effettivo o meno raggiungimento dell’accordo.

L’*estoppel* ha ancora forza perché *Foakes v Beer* è stato comunque richiamato dalla Corte d’appello anche dopo *Williams v Roffey: Re Selectmove Ltd* (1995)<sup>354</sup>.

Fermo quindi il fatto che è considerata ancora pienamente vincolante la decisione *Foakes v Beer*, la dottrina del *promissory estoppel* viene ancora invocata nel caso in cui ci siano variazioni nei rapporti fra le parti che comporterebbero vantaggi solo ad una di esse.

Si veda ad esempio il caso *Collier v P&M J Wright (Holdings) Ltd* ([2007] EWCA Civ 1329).

La fattispecie concreta, opportunamente semplificata, vede Collier quale debitore solidale di una certa somma di denaro a favore di Wright. Fra i due intercorreva un

---

<sup>352</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 118.

<sup>353</sup> Fondamentali per comprendere il legame fra *p. estoppel* e *consideration* sono le argomentazioni di ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 226 ss. (239). L’A., in sostanza, arriva sostenere che la *reliance* può sostituire, o meglio, concretare, l’esistenza di una *consideration*.

<sup>354</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 86, però, ritiene che ormai la promessa di pagamento di un debito pregresso possa definitivamente essere valutata una *good consideration*, poiché, se non altro, permette il vantaggio pratico di evitare il recupero giudiziale delle somme o le falcidie concorsuali dipendenti dalla *bankruptcy*. CHITTY, *op. cit.*, p. 103, per un tentativo di riconciliare le *opinions*, che, però, non convince a pieno.

accordo secondo cui Collier avrebbe dovuto versare solo la sua quota di debito, in rate mensili.

Wright contestava la valenza dell'accordo ed iniziava contro Collier una procedura volta alla dichiarazione d'insolvenza, sulla base del fatto che Collier restava appunto condebitore in solido.

Per bloccare questa procedura doveva essere delibata la fondatezza delle eccezioni sostanziali di Collier.

In particolare, Collier invocava, alternativamente, o l'*estoppel* o la presenza di una *consideration* nel fatto che accettando di diventare debitore parziario avrebbe rinunciato alla possibilità di essere liberato come effetto di una liberazione di un condebitore solidale, nonché al vantaggio che gli sarebbe derivato dal premorire ai solidali.

Nel confermare *Foakes v Beer* il Giudice dice che queste due cose sono mere conseguenze legali dell'interruzione della solidarietà e non possono costituire *consideration*. Il Giudice fa l'esempio che, perlomeno, Collier si sarebbe dovuto impegnare a non chiedere il proprio fallimento, questo poteva essere ad un tempo *benefit* per Wright e *detriment* per sé, perché si privava di un diritto.

Purtuttavia, grazie all'*estoppel*, così l'*opinion*<sup>355</sup>:

*“if (1) a debtor offers to pay part only of the amount he owes; (2) the creditor voluntarily accepts that offer, and (3) in reliance on the creditor's acceptance the debtor pays that part of the amount he owes in full, the creditor will, by virtue of the doctrine of promissory estoppel, be bound to accept that sum in full and final satisfaction of the whole debt. For him to resile will of itself be inequitable. In addition, in these circumstances, the promissory estoppel has the effect of extinguishing the creditor's right to the balance of the debt.”*

E' evidente come il *promissory estoppel* rappresenta una fortissima limitazione all'esigenza del requisito della *consideration*<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> CAPPER, *The Extinctive Effect of Promissory Estoppel*, CLWR, 37, 2, p. 105 ss., con riferimento al caso di specie: “The [...] case, which was the inspiration for this article, cannot be supported so far as it suggests that the mere payment of part of a liquidated debt at the creditor's request is sufficient to raise an estoppel against any attempt by the creditor to recover the remainder. The decision can be supported so far as it suggests that where the conditions for promissory estoppel are satisfied, this extinguishes the debt as opposed to suspending the creditor's right to recover it or giving the debtor time to pay.”

<sup>356</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 130: “Desire to enforce promises has led the Courts on occasion to find a derisory consideration and to construct a bargain where none in fact was present since there was no real exchange. [...] We now have a doctrine of offer and acceptance [...]”. SERIO, *Il contract e l'Europa*, in *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007, p. 644. Comunque, RICHARDS, *op. cit.*, p. 86 afferma: “The problem here is that the decision in *Foakes v Beer* itself ignores the realities of commercial life”. MCKENDRICK, *op.*

A questo punto si può già fare una prima riflessione.

Che si valorizzi il *practical benefit*, o l'*estoppel*, resta il fatto che i patti analizzati rientrano nella categoria dei contratti in cui è una sola parte ad impegnarsi. Accade qualcosa di molto simile a quanto si verifica nell'ordinamento italiano: nel negozio gratuito atipico è sufficiente che siano soddisfatti degli interessi economici in capo ad ambo le parti.

La *consideration* può essere valorizzata quale duplice *benefit*, in assenza di corrispettività materiale, poiché la teoria dell'accordo è ormai acquisita alla *common law*.

Ciò comporta che la *consideration* non debba più svolgere ambigualmente sia ruolo di materiale manifestazione dell'accordo, sia quello di criterio di selezione delle promesse vincolanti.

Resta quest'ultimo aspetto, e non con riferimento alla *promise* della controparte, ma con riferimento al *contract*.

**(segue) le regole consideration need not move to the promisor e promisee must provide consideration.**

Dalla lettura delle pronunce richiamate nel paragrafo precedente, emerge tutta l'insofferenza della *common law* (intesa come comprensiva dell'*equity*) nei confronti dell'impostazione tradizionale secondo cui la *consideration* consiste in un *act or forbearance*, in favore della più dinamica visione della stessa come riferita al soddisfacimento dell'interesse del promissario (*benefit*).

Il graduale spostamento di prospettiva così delineato ha forti rapporti anche con le vicende inerenti all'applicazione delle due ulteriori regole citate nel titolo del presente paragrafo.

---

*cit.*, p. 124 sulle relazioni fra *promissory estoppel* e *consideration*, ed in particolare sulla possibilità di ricostruire la teoria del *p.e.* sul piano del *wrong*.

Secondo la prima (*consideration need not move to the promisor*), in sostanza, il *benefit* può non essere diretto al promittente<sup>357</sup>.

Ad esempio, viene generalmente ritenuto che la promessa di adempiere dell'emittente di una carta di credito al consumo, nei confronti del venditore, possa trovare *consideration* anche solo nella consegna dei beni al consumatore<sup>358</sup>.

Essa è *enforceable*, anche se, è evidente, dal lato dell'emittente l'adempimento dell'obbligazione di consegna non comporta alcun vantaggio. E' importante notare, comunque, che la *promise* dell'emittente è giudicata *enforceable* anche poiché il venditore soffre un *detriment* (la consegna)<sup>359</sup>.

Volendo ricostruire nell'ordinamento italiano la medesima vicenda definendola quale delegazione titolata sia per provvista che per valuta, è possibile considerarla quale manifestazione del c.d. collegamento negoziale: il rapporto fra delegato e delegatario trova giustificazione causale nei rapporti di provvista e valuta<sup>360</sup>.

Gli interpreti d'oltremarica hanno ben chiaro che si è di fronte a più rapporti contrattuali che trovano giustificazione l'uno nell'altro, sicché è possibile tenere da conto una *consideration*, nella forma del *benefit*, che altro non è che il soddisfacimento di un interesse ipostatizzato in un altro rapporto contrattuale: tuttavia, è giudicata determinante la presenza del *detriment* del promissario.

Sotto questo profilo, dal lato opposto del rapporto, vige infatti il principio in base al quale il "*promisee must provide consideration*", segnatamente appunto nella forma del *detriment*<sup>361</sup>.

Questa regola, come subito si vedrà, tende a difendere una visione fortemente tradizionale dell'istituto della *consideration*, rigidamente improntata sul piano del *do ut des*: esigo la mia controprestazione, poiché dal *contract* mi è derivata una conseguenza negativa.

Il caso che viene solitamente citato, in quanto paradigmatico, è *Tweddle v Atkinson* ([1861] 121 E.R. 762).

---

<sup>357</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 66; CHITTY, *op. cit.*, p. 107.

<sup>358</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 903: "such a transaction involves three contracts: one between the supplier and the customer, a second between the customer and the issuer of the card, and a third between the issuer: he is not a mere third-party beneficiary under the contract between the customer and the issuer".

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>360</sup> Cfr.: BIANCA, *op. cit.*, p. 646 – 647; e l'ivi citato articolo di PELLIZZI, *riv. dir. civ.*, 1958, II, p. 575.

<sup>361</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 99.

La fattispecie, semplificata per esigenze di chiarezza, vedeva un certo William Guy promettere al futuro consuocero John Tweddle di versare al di lui figlio e futuro genero William Tweddle una certa somma di danaro in occasione del matrimonio di questi con la propria figliola. William Guy decedeva senza onorare la *promise*; pertanto, William Tweddle agiva in giudizio contro gli esecutori testamentari del defunto.

L'opinione del Giudice Crompton, resa per la soluzione del caso, è fondamentale per comprendere il punto di vista della *common law* circa il rapporto fra *contract*, *assumpsit* e *consideration*.

Così il giudicante:

*“It is admitted that the plaintiff cannot succeed unless this case is an exception to the modern and well established doctrine of the action of assumpsit. At the time when the cases which have been cited were decided the action of assumpsit was treated as an action of trespass upon the case, and therefore in the nature of a tort; and the law was not settled, as it now is, that natural love and affection is not a sufficient consideration for a promise upon which an action may be maintained; nor was it settled that the promisee cannot bring an action unless the consideration for the promise moved from him. The modern cases have, in effect, overruled the old decisions; they shew that the consideration must move from the party entitled to sue upon the contract. It would be a monstrous proposition to say that a person was a party to the contract for the purpose of suing upon it for his own advantage, and not a party to it for the purpose of being sued.”*

La ricostruzione del Giudice è talmente lontana dalla concezione del *contract* quale *agreement* che sembra quasi far dipendere il ruolo di *promisee* dall'aver fornito la *consideration*.

E', come già anticipato, l'apoteosi della concezione del contratto quale *bargain*.

Va altresì ricordato nella *common law* vige la c.d. *doctrine of privity* che sostanzialmente impedisce a chi non è parte di un contratto sia di goderne i benefici, sia di sopportarne i costi<sup>362</sup>.

La contiguità fra il requisito della *consideration* e la *doctrine of privity* è talmente forte che la dottrina inglese si pronuncia nel senso che la regola secondo cui la *consideration* deve “muovere” dal promissario non è che una delle facce della *doctrine of privity*<sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> CHITTY, *op. cit.*, p 840 ss. .

<sup>363</sup> UPEX BENNET, *op. cit.*, p. 36: “In fact, they may be treated as being two ways of looking at the same thing”.

Rimanendo in tema di rapporti trilateri, che ben si prestano alla trattazione, si può citare il caso *Price v. Easton* ([1833] 4 B & Ad 433).

La fattispecie concreta vedeva un lavoratore, avente con l'attore della controversia un debito pregresso, che aveva deciso di onorare il debito facendo obbligare il convenuto – suo datore di lavoro – a pagare il suo salario direttamente al proprio creditore.

Il triangolo era anche qui mi pare assimilabile alla nostra delegazione.

Il diritto di credito dell'attore nei confronti di Price non è stato ritenuto una *good consideration*.

Questo poiché (premesso che evidentemente il *promisor* (*Easton*) non aveva di certo avuto alcun vantaggio dalla pattuizione) l'unico *detriment* era in realtà stato sopportato da Price (nella forma dell'esecuzione della prestazione lavorativa).

E' come se la semplice sussistenza del rapporto di provvista non sia stata ritenuta sufficiente a sorreggere il *bargain* relativo all'atto tra delegato e delegatario.

Questa singolare situazione, come si è detto, deriva anche dalla vigenza nella *common law* della *doctrine of privity*, la quale ferma la possibilità che il *contract* produca effetti verso i terzi<sup>364</sup>.

Una delle conseguenze di questa *doctrine* è che non siano completamente riconosciuti i legami tra *consideration* per una *promise* e ulteriori diversi rapporti delle parti nelle configurazioni trilaterali.

La sostanziale svalutazione del rapporto di provvista, in questi casi, nasca dal fatto che in quel rapporto non è parte il *promisee*.

Peraltro, il principio secondo cui i rapporti del *contract* non si debbono propagare che solo fra le parti finisce – nel caso delle carte di credito – per svalutare la circostanza che la promessa del delegato nei confronti del delegatario troverebbe un *benefit* dagli interessi pagati dal delegante, vantaggio che non viene nemmeno tenuto in considerazione<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 902: non mi riesce di essere più preciso perché nelle categorie e negli esempi che si riconducono a detta teoria si passa da questioni inerenti alla rappresentanza, sino a temi più propri del profilo causale. Ciò peraltro ha portato di recente anche all'adozione un *act* in proposito. Si rinvia a CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 335 e ss. e a ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 201 ss. .

<sup>365</sup> Tanto che, come già anticipato, in alcuni casi la *consideration* (oltre che nella consegna dei beni) è stata trovata nel fatto che i venditori facevano sconti agli emittenti di carte di credito.

Nella seconda ipotesi, l'impossibilità di dare sanzione di *detriment* al rapporto di valuta finisce invece con l'avere delle conseguenze esiziali per la validità dell'atto fra delegato e delegatario.

E' evidente che lo schema romanistico della delegazione risponde però ad un' esigenza di celerità ed effettività degli affari. Succede allora che il sistema di *common law* nei casi più eclatanti di rischio di inefficacia nel rapporto fra mero beneficiario e obbligato soccorra la massima secondo cui "*benefit and detriment may be factual or legal*"<sup>366</sup>.

Accade quindi che talvolta lo strumento per conferire l' *enforceability* ad una *promise* sia semplicemente quello della tautologia.

Nel caso *Charnock v. Liverpool Corporation* ([1968], 1 W.L.R. 1498) un soggetto portava la sua macchina in un'officina perché questa fosse riparata. I costi sarebbero stati sopportati dall'assicurazione. La vicenda giudiziaria è nata dal fatto che l'officina avrebbe impiegato troppo tempo nelle riparazioni.

I Giudici hanno ritenuto che si fosse in presenza di due distinti contratti, il primo fra assicurazione e garage, consistente nell'obbligo di riparare contro il pagamento del prezzo, il secondo "*to be inferred from the facts between the garage proprietor and the car owner that in consideration of the car owner leaving his car with the garage for repair the garage would carry out the repairs with reasonable expedition and care*".

Il *detriment* che l'attore avrebbe sofferto sarebbe stato appunto quello di lasciare la macchina in giacenza all'officina, in particolare per più tempo del previsto<sup>367</sup>.

La tautologia, dal punto di vista del diritto italiano, sta nel fatto che l'obbligo di deposito è correlato all'obbligo che l'officina ha di riparare entro un tempo ragionevole.

Il dovere di cooperazione del creditore non è in senso stretto una controprestazione, né lo è l'aver sopportato la mora del debitore (e non erano peraltro obblighi oggetto del contratto).

---

<sup>366</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 167 – 168.

<sup>367</sup> Il caso è citato in diverse antologie, in particolare, questa singolare accezione del *detriment* è predicata in MCNUTT, *Law, Economics and Antitrust towards a new perspective*, 2005, Cheltenham, p. 86 -87.

Relativamente al caso citato, poi, è stato anche sostenuto che “*it was a benefit to the garage in giving it the opportunity of making a contract for the repair of the car with the insurance company; and this benefit constituted the consideration for the garage’s promise to the plaintiff.*”<sup>368</sup>.

Di questa impostazione di ragionamento non c’è tuttavia alcuna traccia nella sentenza.

Sembra quasi che si intenda vestire all’utente i panni di un mediatore (è, per ipotesi, escluso che vi sia un *detriment* per l’utente nel fatto che sarebbe sussidiariamente responsabile del pagamento del prezzo, o nel fatto che abbia pagato i premi di assicurazione). L’interesse starebbe nella parallela conclusione dell’affare da parte dell’assicurazione.

Il fatto che un soggetto abbia potuto concludere un contratto che obbliga ad una tal prestazione è *legal benefit* sorreggente un successivo accordo tra quello stesso soggetto e un terzo, avente ad oggetto l’esecuzione della medesima prestazione in favore di quello, ci troviamo in presenza di qualcosa di al nostro collegamento negoziale, che nella specie valorizza l’equivalente di un rapporto di provvista.

### **(segue) collateral contracts.**

Come è già chiaro, il diritto inglese è perfettamente conscio del problema dell’unità o pluralità dei contratti, nonché delle relazioni funzionali che si possono creare fra essi.

Sul piano della *consideration*, la dottrina ammette infatti che, in un dato *contract*, il requisito possa consistere nell’ “*entering in to another contract*”.

Insomma, un *contract* è *enforceable* perché ha “permesso” la conclusione di un diverso *contract*.

La dottrina, volendo inquadrare almeno in parte il fenomeno, afferma che, nonostante alcune dichiarazioni siano cronologicamente e logicamente non ricomprendibili in un determinato scambio di dichiarazioni contrattuali che diano già

---

<sup>368</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 904.

luogo alla conclusione di un contratto, nondimeno la *common law* ne ammette l'*enforceability* quali *collateral contracts*<sup>369</sup>.

Si tenga conto anzitutto del caso già esaminato, *Charnock v. Liverpool Corporation* (1968, 1 W.L.R. 1498)<sup>370</sup>, in cui assume un ruolo importante per l'accoglimento della pretesa la relazione esistente fra l'assicuratore e l'officina.

In un altro caso, *Shanklin Pier Ltd v Detel Products Ltd* ([1951] 2 K.B. 854), l'attrice, una società proprietaria di un molo, aveva sottoscritto un contratto di appalto con un terzo, perché quest'ultimo ristrutturasse il manufatto. La proprietaria del molo, dovendo impartire opportune istruzioni all'appaltatore su quali vernici impermeabilizzanti utilizzare, chiedeva alla società Detel, produttrice di resine e vernici, se potesse indicare un prodotto resistente. La convenuta garantiva che utilizzando una certa vernice, il molo poteva durare almeno sette anni senza risentire dell'azione dell'acqua.

L'attore allora indicava all'appaltatore di acquistare quella vernice, cosa che accadeva. Il prodotto si rivelava inefficiente dopo solo pochi mesi.

Vi erano così tre contratti: l'appalto (fra Shanklin Pier e terzo), la garanzia (fra Shanklin Pier e Detel) e la compravendita di vernice (fra terzo e Detel).

Shanklin chiedeva i danni a Detel per *breach of warranty*.

Così il Giudice McNiar:

*"If, as is elementary, the consideration for the warranty in the usual case is the entering into of the main contract in relation to which the warranty is given, I see no reason why there may not be an enforceable warranty between A and B supported by the consideration that B should cause C to enter into a contract with A or that B should do some other act for the benefit of A"*

L'*opinion* invoca, sul piano della *consideration*, il comportamento di Shanklin Pier, che avrebbe "causato" la stipula del contratto di compravendita fra terzo e Detel. Ma si tratta di un evidente artificio (anche perché non risulta dalla narrativa alcun

---

<sup>369</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 340. Nel proseguo del discorso ci si intende collocare per ipotesi al di fuori dei casi di *misrepresentation*. Invero, il tema dei *collateral contracts* non riguarda solo rapporti trilateri, ma si estende anche a contratti successivi intercorsi fra gli stessi soggetti. Celebre è il caso *De Lassalle v Guildford* ([1901] 2 K.B. 215). I Giudici hanno ritenuto che una garanzia convenzionale di buono stato degli apparati fognari, non classificabile come contenuto di un contratto di locazione di immobile (per le ragioni anzidette), fosse nondimeno *enforceable* quale *collateral contract*.

<sup>370</sup> ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 225.

incarico), o, meglio, della chiara ammissione che la semplice circostanza di un collegamento funzionale fra fattispecie comporta l'*enforceability* del *contract*.

Quello che qui conta, in sostanza, è un mero *benefit* dipendente dal *detriment* del terzo<sup>371</sup>.

Del resto, questa visione della *consideration* finisce con il porsi potenzialmente anche al di là del principio secondo cui il requisito debba “muovere” dal promissario<sup>372</sup>.

L'analisi dei casi che riguardano *contracts* nei quali il una parte chiede l'adempimento di una *promise* senza aver sofferto alcun *detriment* permette già di allontanarsi in maniera piuttosto marcata dal campo del *bargain*.

Se poi si pone la mente al caso del contratto in cui non solo il *promisee* non soffre alcun *detriment*, ma addirittura si impegna a tenere un contegno attivo o omissivo che era già da lui dovuto, talché il *benefit* non è da lui procurato (*provided*) ma emerge “dal suo rapporto contrattuale” ci si allontana quasi completamente dallo schema del *bargain* per valorizzare l'aspetto funzionale del contenuto del contratto (peraltro non fermandosi punto a considerare il dato asettico del patto ma valutando nel complesso la situazione concreta retrostante all'affare), accanto alla verifica dell'avvenuto incontro delle volontà<sup>373</sup>.

La massima espansione della valorizzazione funzionale del rapporto, ben oltre il *bargain*, arriva con la tesi riportata in questo paragrafo, secondo cui la *consideration* di un *contract* può essere ereditata da un diverso contratto connesso sul piano delle concrete circostanze economiche<sup>374</sup>.

Le recenti evoluzioni giurisprudenziali, anche in tema di *collateral contracts*, hanno fatto ipotizzare che la regola secondo cui la *consideration* deve provenire dal promissario è in corso di superamento<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> SERIO, *op. cit.*, p. 653: “[...] sembra potersi dire che il *contract* si contraddistinguerebbe per essere *somma*, piuttosto che *incrocio*, di prestazioni, promesse od eseguite [...]”.

<sup>372</sup> ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 187.

<sup>373</sup> Che, quindi, assume un momento di centralità assoluta: MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 126.

<sup>374</sup> Che altro non è che l'intuizione fondamentale di ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 181 (esplicitamente in tema di *collateral contracts* v. p. 209 ss.). BEALE, *op. cit.*, p. 129, più che dissentire apertamente dall'A., precisa che le Corti sanzionano comunque rapporti bilateri in cui non vi è alcun *benefit*.

<sup>375</sup> JACOBS, *Judicial reform of privity and consideration*, JBL, 1986, p. 466 ss. .

Questo stravolgimento può accadere perché ora è l'accordo a dirci quali sono le parti contraenti, non più la *consideration*, che è libera di allargare il suo ambito anche al di fuori del patto, così come in nell'ordinamento italiano succede con l'istituto della causa esterna.

**(segue) Adequacy of consideration.**

Nel contesto della valutazione della sussistenza del requisito, è necessario affrontare infine il problema della coerenza economica della controprestazione.

In primo luogo, deve si deve ricordare come, secondo la giurisprudenza consolidata, la *consideration* fornita dal promissario deve essere suscettibile di valutazione economica<sup>376</sup>.

Per quel che qui rileva, questa premessa non dà particolari problemi: del resto, la regola è stata stabilita ormai in tempi molto risalenti. Si suole citare il caso *Bret v JS & Wife* ([600] Cro Eliz 756), in cui la Court of Common Pleas ha statuito che il semplice affetto non può essere una *consideration* sufficiente.

Peraltro, è noto che la *common law* non è interessata tradizionalmente a verificare l'adeguatezza del rapporto economico fra le prestazioni<sup>377</sup>.

Si ritiene generalmente che ciò sia dovuto al fatto che i Giudici non possono sostituirsi alle parti nel valutare la convenienza dello scambio<sup>378</sup>.

Semmai, è possibile tutt'al più ritenere un'eccessiva sperequazione nel rapporto di valore delle controprestazioni quale sintomo della presenza di vizi del volere, nei termini della c.d. *economic duress*, ovvero una sorta di "violenza" dipendente dall'assoggettamento economico<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 99 ss.; RICHARDS, *op. cit.*, p. 67; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 309 ricorda come, similmente a quanto è previsto nell'ordinamento italiano, il *benefit* del promissario può anche rispondere a sue esigenze non patrimoniali, purché la *consideration*, intesa qui primariamente come controprestazione, sia suscettiva di valutazione economica.

<sup>377</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 68, il quale riporta un caso in cui la Corte d'appello (decisione poi riformata dalla House of Lords) ha ritenuto che un prezzo iniquo possa ritenersi non ricomprensibile nella locuzione "valore economico", anche per quel che concerne la *consideration*.

<sup>378</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 78 ricollega il problema alla meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 1322 c.c., non trovando evidentemente d'accordo chi scrive.

<sup>379</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 99. Si v. anche, in una prospettiva storica, SIMPSON, *op. cit.*, p. 446 ss. .

L'ordinamento inglese conosce bene il problema dello scambio per un prezzo irrisorio: è la questione della *nominal consideration*<sup>380</sup>.

Di per sé, nemmeno la presenza di una contropartita meramente irrisoria può essere ritenuta causa di invalidità del *contract*, tale da renderlo *unforceable*<sup>381</sup>.

Ciò è tanto più vero se i commentatori ritengono, al contrario, insufficiente, la pattuizione di una controprestazione avente ad oggetto un numero inferiore di cose dello stesso genere della prestazione principale. Ad esempio, la dottrina ritiene invalido il patto con il quale si scambia una sterlina contro cento.

Ancora, è nota all'ordinamento inglese anche la distinzione fra prezzo irrisorio e prezzo iniquo.

Ad esempio<sup>382</sup>, nel *Law of Property Act* del 1925, la maggior parte delle disposizioni si applica qualora una parte contrattuale sia definibile quale "purchaser".

Nello stesso atto, così viene definito lo status di "purchaser":

"[...] means a purchaser in good faith for valuable consideration and includes a lessee, mortgagee or other person who for valuable consideration acquires an interest in property except that in Part I of this Act and elsewhere where so expressly provided "purchaser" only means a person who acquires an interest in or charge on property for money or money's worth; and in reference to a legal estate includes a chargee by way of legal mortgage; and where the context so requires "purchaser" includes an intending purchaser; "purchase" has a meaning corresponding with that of "purchaser"; and "valuable consideration" includes marriage [...] but does not include a nominal consideration in money;"

Vi è, ancora, da sottolineare come la giurisprudenza di *equity* tenga ben conto della distinzione tra *nominal* e *valuable consideration*, offrendo la tutela dell'esecuzione in forma specifica solo ove si sia in presenza del secondo caso<sup>383</sup>.

A questo punto è necessario riportare una serie di casi in cui il requisito della *consideration* sia stato ritenuto o meno sussistente a seconda della possibilità o meno di esecuzione della controprestazione.

---

<sup>380</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 81.

<sup>381</sup> ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 193, analizza approfonditamente la questione, mettendo a nudo, in ultima analisi, l'assurdità della tolleranza della *nominal consideration*; a p. 208 esplicitamente esclude che il *contract* assunto a fronte di una *nominal consideration* concreti un *bargain*. GORLA, *Causa, consideration (cit.)*, p. 124 ss. .

<sup>382</sup> Per l'applicazione della valutazione dell'adeguatezza dello scambio in materia fallimentare: ARSALIDOU, *The Brewin Dolphin appeal*, *Comp. Law*. 2002, 23, p. 379.

<sup>383</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 84.

Queste fattispecie ricordano da vicino la nota diatriba di diritto italiano sulla compravendita di cosa già di proprietà dell'acquirente o di cosa inesistente *in rerum natura*.

La giurisprudenza di *equity* ha stabilito che il contratto possa essere risolto dove l'impossibilità fosse già sussistente al momento della stipula, ma quel che più interessa è che anche la *common law*, intesa in senso stretto, considera il patto non *enforceable*, stante il fatto che non vi sarebbe *consideration*: così in *Griffin v. Caddell* ([1875] 9 I. R. C. L. 488).

E' di notevole interesse, poi, che sia stata ritenuta sfornita di *consideration* la *promise* che avesse per controprestazione l'assunzione di un obbligo che il promissario avesse già la chiara intenzione di adempiere comunque, o il cui adempimento fosse rimesso alla sua potestà.

Così in *Arrale v Costain Civil Engineering Ltd* ([1976] 1 Lloyd's Rep 98).

Peraltro, è interessante che nel diritto inglese è possibile comunque assumersi obbligazioni senza corrispettivo utilizzando lo strumento del *deed*. Si tratta sostanzialmente di un documento scritto, in cui un soggetto, alla presenza di testimoni, dichiara di assumersi esplicitamente l'obbligazione che intenderà adempiere. Il documento deve poi essere volontariamente consegnato al beneficiario. Ci troviamo qui di fronte ad una situazione affatto simile a quella che si crea in Italia, in tutti quei casi in cui l'onere formale supplisce a deficienze causali<sup>384</sup>.

Sul piano del controllo dell'equivalenza delle prestazioni, comunque, ordinamento italiano ed ordinamento inglese seguono per ora metodi affini. In effetti, per quanto la giurisprudenza italiana stia riflettendo sull'opportunità di effettuare un controllo di equità utilizzando lo strumento della causa, l'istituto di riferimento, per specialità, è la rescissione. La generale tendenza in ambito europeo (v. *infra*), in ogni caso, è quella di trasferire la valutazione (quasi del tutto) sul piano della libertà del volere.

---

<sup>384</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 171; FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 95; GORLA, *op. cit.*, p. 141 – 167, ampiamente, secondo cui i due requisiti rispondono, almeno in parte, a significare la volontà di alienare.

***(segue) il bailment ed ipotesi residuali di contratti con obbligazioni del solo proponente.***

Alla fine di queste riflessioni, è opportuno citare quest'ulteriore istituto proprio della *common law*<sup>385</sup>: il *bailment*.

Questa categoria non trova una sovrapposizione chiara con una precisa fenomenologia di diritto italiano, né del resto la stessa dottrina inglese ha l'ardire di ricondurre ad unità le fattispecie ad esso ascritte (è controversa anche la collocazione nell'ambito del *contract*).

Nell'economia del presente ragionamento, può essere sufficiente in prima battuta affermare che con *bailment* ci si riferisce ad una serie di casi nei quali si verifica il sorgere di obblighi in capo ad un soggetto per l'effetto del trasferimento a questi del possesso o della detenzione di un bene di proprietà altrui<sup>386</sup>.

Una lettura ragionata della visione che la dottrina inglese ha del *bailment* conduce a interessanti riflessioni in ordine ai rapporti fra causa e *consideration*.

Nella moltitudine di fattispecie che potrebbero rilevare, ci si concentra qui su quelle che, in buona sostanza, fanno sorgere in capo al *bailee* (colui che riceve il bene) l'obbligo di restituirlo a *bailor* (ovvero a chi gliel'ha consegnato), nel frattempo custodendolo.

Ci si soffermerà, comunque, sui *bailment* costituiti sulla base di un accordo fra le parti<sup>387</sup>.

La dottrina di *common law* distingue, in questi casi, fra (tipi di) *bailment* nell'interesse del *bailor* e *bailment* nell'interesse del *bailee*. In entrambe le due categorie si trovano ipotesi di *gratuitous bailment*, intesi quali *bailment* in cui gli obblighi del *bailee* non trovano alcuna controprestazione specifica<sup>388</sup>.

Nel primo gruppo è possibile annoverare il *deposit*; nel secondo il *gratuitous loan for use*. Trattasi di ipotesi sostanzialmente assimilabili ai nostri contratti di deposito gratuito e di comodato.

---

<sup>385</sup> CHITTY, *On contracts*, II, Londra, 2008, p. 195 ss. .

<sup>386</sup> STORY, *Commentaries on the law of bailments*, Londra, 1839, p. 2 ss., riporta tutte le principali definizioni storiche del *bailment*. Il tratto fondamentale resta il *delivery of goods*.

<sup>387</sup> *Ibidem*, p. 20: "These principles [...] are to be understood with this limitation, that there is no subsisting contract between the parties, which varies the general obligation resulting from them; for, if there be such a contract, that governs the case [...]".

<sup>388</sup> CHITTY, *op. cit.*, II, p. 213 ss., in cui sono ampiamente descritte le due fattispecie astratte in esame.

Nel comodato, le parti possono anche concordare la data di riconsegna<sup>389</sup>.

A questo punto, per completare il quadro, al fine di valutare il rapporto fra queste fattispecie e la teoria del *contract*, è necessario valutare come si relaziona il requisito della *consideration* con l'assenza di controprestazione.

In un noto caso di comodato, *Bainbridge v. Firmstone* ([1839] 8 Ad. & El. 743), l'attore concedeva al convenuto di prendere un suo bene al fine di pesarlo, per poi restituirlo integro.

Nel corso delle operazioni il bene si danneggiava, talché l'attore chiedeva al convenuto il risarcimento dei danni subiti.

Con riferimento alla sussistenza del requisito della *consideration*, così il Giudice Patteson:

*"I suppose the defendant thought he had some benefit; at any rate there is a detriment to the claimant his parting with the possession for even so short time"*

La situazione è piuttosto singolare: la fattispecie è ricondotta al *contract* facendo leva anzitutto sul fatto che l'attore ha sofferto un *detriment*, rinvenibile nella perdita della disponibilità del bene.

Il problema è che la *promise* del convenuto ha ad oggetto semplicemente il restituire i beni integri: tant'è che la giurisprudenza, più o meno esplicitamente, non ha giudicato l'obbligo di restituzione una valida *consideration* per richiedere l'adempimento del mero obbligo di trasferire la disponibilità<sup>390</sup>.

In qualche modo, quindi, è solo l'*avvenuto* trasferimento volontario che ingenera l'obbligo di restituzione.

L'obbligo del *bailee*, di per sé, in questo caso, non comporta alcun *benefit* al *bailor*. E' evidente invece che predomina, nella vicenda, il *benefit* del *bailee*.

La verifica dell'esistenza della *consideration* assume caratteri ancora più contraddittori nel caso del deposito gratuito, che è paradigmatico in quanto nell'atto del *bailor* non vi è alcun *detriment*, ma solo *benefit*<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> La questione è controversa. L'opinione tradizionale è che l'apposizione del termine in favore del *bailee* non sia possibile (STORY, *op. cit.*, p. 186). Nelle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali più recenti è previsto che il termine possa essere pattuito (CHITTY, *op. cit.*, p. 219). In realtà, discutere di questo aspetto rende le contraddizioni più evidenti (si v. nota *infra* di ATIYAH), ma anche a voler concedere che il comodato sia sempre precario, resterebbe l'obbligo del *bailor* di non recedere dal rapporto *unreasonably*.

<sup>390</sup> Per noi, c'è il problema del preliminare di contratto reale.

<sup>391</sup> FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 111.

L'attaccamento alla definizione tradizionale del contratto quale *bargain* spinge la dottrina, che in questi casi ben comprende l'assoluta insussistenza della *consideration*, ad assumere che questi rapporti non siano sussumibili nella fattispecie *contract*<sup>392</sup>.

Al di là del dibattito d'oltremarica, ai limiti della tautologia, resta il fatto che l'ordinamento inglese in questo modo conferisce sanzione ad alcune tipologie di accordi bilaterali sprovvisti del nesso di corrispettività, e le ragioni sono evidenti: l'avvenuto trasferimento della disponibilità del bene, la predisposizione di un accordo, il limitato sacrificio di una parte se raffrontato ai benefici dell'altra<sup>393</sup>.

E' estremamente interessante notare le affinità esistenti con il diritto italiano.

Per quanto concerne il comodato, ad esempio, in entrambi gli ordinamenti l'elemento di disturbo è considerato l'assenza (vera o supposta) dell'interesse del comodante; in entrambi gli ordinamenti gioca un ruolo fondamentale l'avvenuta consegna del bene; in entrambi gli ordinamenti è la legge ad autorizzare direttamente la sanzionabilità della fattispecie (in Italia, attraverso la previsione tipologica, nella *common law* attraverso la generazione di diritti ed obblighi anche oltre il paradigma classico del *contract*).

Problemi simili a quelli sollevati per il *bailment*, si sono avuti in sede di verifica della sussistenza del requisito della *consideration* nel caso della prestazione di servizi in assenza di una controprestazione intesa quale *act or forbearance*<sup>394</sup>.

In un celebre caso, *De La Bere v Pearson, Ltd* ([1908] 1 KB 280) una rivista si offriva disponibile a fornire consigli finanziari gratuiti; visto ciò, l'attore richiedeva e otteneva dalla redazione un consiglio su quale fosse il miglior *broker* a cui affidarsi. Il soggetto indicato, però, si appropriava dei danari del lettore.

Conseguentemente, questi agiva in giudizio per ottenere la restituzione delle somme dalla società editrice.

---

<sup>392</sup> CHITTY, *op. cit.*, II, p. 199.

<sup>393</sup> ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 210: "If the bailee damages the goods he is liable in tort, and therefore there is no need to invoke the law of contracts. This is true, but there may sometimes be situations where it is necessary to rely on the bailee's promise. For example, the bailee may promise to return the chattel on a specified date, and may return it late. No action would lie in tort for this, but can hardly be doubted that an action would lie on the promise, and that there is good reason (or consideration) for such an action".

<sup>394</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 170.

E' chiaro che a questo punto si doveva necessariamente porre un problema di *consideration*, a fronte dell'invocata responsabilità della redazione della rivista.

Così il Giudice Vaughan Williams:

*"I think that there was a contract as between the plaintiff and the defendants. The defendants advertised, offering to give advice with reference to investments. The plaintiff, accepting that offer, asked for advice, and asked for the name of a good stockbroker. The questions and answers were, if the defendants chose, to be inserted in their paper as published; such publication might obviously have a tendency to increase the sale of the defendants' paper. I think that this offer, when accepted, resulted in a contract for good consideration."*

E' evidente che il lettore non ha sofferto alcun *detriment*.

E' quindi la mera esistenza di un *benefit* nel promittente che permette la soddisfazione del requisito della *consideration*.

O, meglio, anche qui come nel caso *Williams v Roffey*<sup>395</sup>, la contemporanea presenza di due *benefit* distinti, di due interessi distinti, in capo alle due parti contrattuali, soddisfatti dall'adempimento di una sola prestazione.

Di estremo interesse è infine il tema delle *letter of credit*, ovvero in sostanza delle nostre polizze fideiussorie.

L'ammissibilità di questo tipo di assunzione di obblighi di garanzia da parte degli istituti di credito, tipicamente nei confronti dei fornitori dei propri correntisti, è esplicitamente riguardata dalla dottrina anglosassone quale eccezione al principio della necessità della *consideration* (fermo il fatto che circolino non trasfuse in un *deed*), efficaci per pura utilità sociale del tipo<sup>396</sup>.

Il dato è rilevante: come detto nel precedente capitolo, in Italia a svolgere una funzione dirimente è l'assunzione scritta ed espressa dell'obbligo da parte del fideiussore.

---

<sup>395</sup> Dove vi erano sì, due prestazioni corrispettive, ma una delle due era equivalente ad una già assunta precedentemente.

<sup>396</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 116: "Letters of credit therefore provide an example of a promise in the commercial sphere that, for reasons of commercial convenience, is treated as binding despite there being no consideration"; ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 222; BEALE, *op. cit.*, p. 122. Riguardo alla fideiussione, ed in genere a tutte le fattispecie fin qui considerate, già così GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 127: "La mancanza di sanzione (salvo il ricorso all' *act under seal*) per tutte queste promesse o patti, assai importanti e comuni nel mondo degli affari, fa sì che nei paesi di *common law*, proprio in quelli più economicamente evoluti, è assai complicato, e più difficile che da noi, impegnarsi in affari commerciali o in *business-like promises*, che non siano di scambio".

Nel diritto inglese, come in quello italiano, l'accordo a titolo gratuito è ammissibile, poiché risultino integrati gli eventuali presupposti formali, e sussistendo, ove necessario, un interesse (*benefit*) del promittente.

### ***Il contratto contra legem.***

Sul piano comparatistico, è di notevole interesse affrontare il problema delle pattuizioni illecite<sup>397</sup>.

La *common law* conosce una serie ampia di casistiche di contratti vietati. A questi divieti si aggiungono quelli posti dalla *statute law*.

Volendo seguire un'impostazione tradizionale, descritta da Pollock<sup>398</sup>, si può proporre la seguente tripartizione: “1. *Illegal contracts (contrary to positive law)*; 2. *Immoral contracts (contrary to positive morality recognized as such by law)*; 3. *Contracts against public policy (contrary to the common weal as tending to prejudice of the State internal or external relations, or to [make an] improper or excessive interference with the lawful action of individual citizens)*”.

Invero, dottrina e giurisprudenza distinguono fra *void contract* e *illegal contract*<sup>399</sup>.

La tradizione dottrinale, parallelamente, non conosce unanimità di vedute circa la collocazione delle singole fattispecie di violazione di legge nell'ambito della teoria generale dei requisiti del *contract*<sup>400</sup>.

In altre parole, in concreto, la macrocategoria dell'*unlawful act* occupa una posizione a sé stante nelle trattazioni degli studiosi.

Si trovano così riuniti sotto una dizione unitaria sia *contracts* vietati, ad esempio, in quanto sorti in assenza di autorizzazioni, per ipotesi richieste da normative statutarie, sia, ancora, *contracts* che contengono una *promise* dal contenuto di per sé illegittimo, anche nella sua correlativa accezione di *consideration* per l'ottenimento

---

<sup>397</sup> SERIO, *op. cit.*, p. 673; ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 163 ss.; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 290 ss. .

<sup>398</sup> WINFIELD, *Pollock's Principles of contract*, 1950, Londra, p. 261 ss.; ripresa comunque anche dalla dottrina successiva: RICHARDS, *op. cit.*, p. 332 ss. .

<sup>399</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 379 ss.. Non è comunque il caso di approfondire oltre la questione, se non incidentalmente, per quanto si dirà, atteso che le differenze fra le due condizioni patologiche dell'atto rilevano specialmente sul piano della disciplina delle restituzioni.

<sup>400</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 335.

della controprestazione, sia poi, veri e propri assetti bilaterali considerati come illegittimi nel loro complesso<sup>401</sup>.

Per ragioni di pertinenza, l'analisi continuerà solo con riferimento a queste ultime due tipologie.

Viene riportato il caso in cui un soggetto ha agito in giudizio per ottenere ragione in base ad un accordo che prevedeva come prestazione un sodalizio criminoso<sup>402</sup>.

Stante l'ambiguità del concetto di *consideration*, in definitiva ad un tempo controprestazione e requisito per l'*enforcement*, questi casi nell'ordinamento italiano potrebbero essere considerati come afferenti alla categoria dell'oggetto del contratto.

In questo senso, peraltro, si può dire che l' "illegalità" della *consideration* porta direttamente ad una frustrazione del *bargain*.

Non è sconosciuto, comunque, si diceva, al diritto inglese, un approccio tipologico che porti alla sanzione di alcuni regolamenti di interessi considerati nel loro complesso.

La dottrina individua esplicitamente la categoria degli *act* che proibiscono un *contract* come contrapposta a quella degli *act* che vietano un certo tipo di comportamento che, per ipotesi, costituisca uno dei modi di adempimento della *promise*<sup>403</sup>.

Ad esempio, la S. 18 del Gaming Act 1845 recita<sup>404</sup>:

*"All contracts or agreements, whether by parole or in writing, by way of gaming or wagering, shall be null and void; and no suit shall be brought or maintained in any court of law or equity for recovering any sum of money or valuable thing alleged to be won upon any wager, or which shall have been deposited in the hands of any person to abide the event on which any wager shall have been made"*.

Il contratto di gioco o scommessa è pertanto nullo per il diritto inglese.

Se ci si muove dall'impostazione continentale della descrizione tipologica, per ritrovare dei casi in cui l'*act* o la *forbearance* di per loro non abbiano contenuto

---

<sup>401</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 328; E' lo stesso ATIYAH, *Essays (cit.)*, p. 189 a mettere in relazione *public policy* e *consideration*.

<sup>402</sup> L.Q.R., IX, 197. RICHARDS, *op. cit.*, p. 336, il quale sembra propendere per la tesi secondo cui possa essere discriminante, per l'illegalità del patto, la doloosità del comportamento e la consapevolezza di violare la legge, elementi, questi, che comunque non possono ascrivere direttamente al requisito della *consideration*.

<sup>403</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 470 ss. (474 ss.).

<sup>404</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 381 (385 ss.)

*contra legem*, ci si trova di fronte a questioni simili a quelle che si sono incontrate con riferimento al rapporto tra *consideration* e *gratuitous promises*.

In un certo senso, il problema qui è uguale e contrario: la *consideration*, intesa come *act or forbearance* concretante il *bargain*, è sussistente e lecita, però la *common law* ha delineato una serie di figure in cui, nondimeno, il *contract* non è *enforceable*.

Qui riemerge l'esigenza di valutare gli interessi sottesi al *contract*, specialmente in termini di *benefit* che ottiene il creditore.

Anche la *common law*, comunque, in determinate situazioni, sanziona quali *unlawful* dei *contract* descritti dai precedenti sul piano tipologico.

Ad esempio, in *Mallalieu v Joseph Hodgson* ([1851] 117 E.R. 1045), così Erle J. :

*“The plaintiff, by entering into the composition deed with the other creditors, contracted a duty towards them to release the defendants from his debt. Each creditor consents to lose part of his debt in consideration that the others do the same; and each creditor may be considered to stipulate with the others for a release from them to the defendants in consideration of the release by him. Where any creditor, in fraud of the agreement to accept the composition, stipulates for a preference to himself, his stipulation is altogether void: not only can he take no advantage from it, but he is also to lose the benefit of the composition”*.

E' nullo il contratto che abbia come scopo quello di violare in concreto la *par condicio creditorum*.

Si tratta di un tipico caso in cui la *common law*, intesa nel suo significato restrittivo, considera un certo assetto di interessi come non tutelabile dall'ordinamento, in quanto contrario alla *public policy*<sup>405</sup>.

E' il caso poi di spendere una parola in più circa il vizio di contrarietà alla *public policy*. Si tratta di un concetto elaborato nell'ambito della *common law*, e quindi dipendente dalla sedimentazione dei precedenti giurisprudenziali.

Sono state individuate nel corso dei decenni delle categorie generali, già parzialmente intuibili dalla definizione di Pollock e recentemente raggruppate in queste diciture: *objects injurious to the proper working of justice, objects injurious to morality and marriage, contracts in restraint of trade*<sup>406</sup>.

Esiste quindi un concetto ampio, quello della *public policy*, che si pone come parametro valutativo della *legality* del *contract*<sup>407</sup>.

---

<sup>405</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 337 ss. .

<sup>406</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 483 ss. .

<sup>407</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 339.

Talmente ampio è potenzialmente questo concetto, che è celebre la definizione dello stesso quale *unruly horse*. Tanto celebre è l'ideazione della metafora, quanto nota è l'affermazione di Lord Denning, espressa nella decisione del caso *Enderby Town Football Club Ltd. v. The Football Association Ltd.* ([1970] 3 W.L.R. 1021):

*“So unruly is the horse, it is said [...], that no judge should ever try to mount it lest it run away with him. I disagree. With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control. It can jump over obstacles. It can leap the fences put up by fictions and come down on the side of justice, [...]. It can hold a rule to be invalid even though it is contained in a contract.”*

Nel corso dell'evoluzione giurisprudenziale, sono comunque stati individuati dalle Corti i c.d. *Head of Public Policy*: diremmo, i principi fondamentali che la compongono, che appunto vengono tradizionalmente rappresentati dalla dottrina con le categorie sopra riportate.

Non è certo nella giurisprudenza se possono essere delineati nuovi *Heads* o se è solo possibile muoversi entro essi, sebbene adattandoli allo sviluppo dei commerci.

Così in *John William Spencer Brownlow Egerton, an Infant, by his next friend v Earl Brownlow, The Honourable Charles Henry Egerton, Wilbraham Egerton, W. Tatton Egerton, and Others* ([1853] 4 H.L.C. 1, 149) Baron Alderton:

*“But it is said that these provisoes are illegal, and they may lead to public evil or inconvenience; that, in short, they are contrary to what is called public policy. I think that is a very grave and important question; if by public policy is meant the object and policy of a particular law, then I readily accept it as a rule, for it is a very reasonable mode of construing a particular law to look at the object with which it was framed, and the evil it was apparently intended to remove. Again, if a proviso be either illegal or impossible, no doubt it is void. But here it seems to be contended that an act, possible and legal, but in the opinion of sensible men not expedient to be done, is for that reason to be void as contrary to public policy. Now I think that this, which is really what is here meant, would altogether destroy the sound and true distinction between judicial and legislative functions; and I pray your Lordships to pause before you establish such a precedent as that. By this public policy will be meant the prevailing opinion, from time to time, of wise men (and in saying “of wise men” I give a favourable view of the principle) as to what is for the public good,—an excellent principle, no doubt, for legislators to adopt, but a most dangerous one for Judges. It is notorious that this would introduce an ever-shifting principle of decision, and that no case hereafter could be ever determined upon precedents, if it was to be adopted.”*

Ed ancora:

*“The main ground on which it is argued that the provisoes are illegal, is that they are against “public policy.” This is a vague and unsatisfactory term, and calculated to lead to uncertainty and error, when applied to the decision of legal rights; it is capable of being understood in different senses; it may, and does, in its ordinary sense, mean “political*

*expedience,” or that which is best for the common good of the community; and in that sense there may be every variety of opinion, according to education, habits, talents, and dispositions of each person, who is to decide whether an act is against public policy or not.”.*

Poi:

*“When public policy is there spoken of by the judges, it must be understood to be spoken of in reference to the provisions of the statute. It is a statement of the probable reason for making the law, in order to show the true construction of the law made. It would not be contended, that a bond for a given sum upon a contract by the obligee to support a man for his life would be void on the ground of public policy, as tending to the insecurity of life.”.*

Così poi Lord Truro:

*“It has been said that this rule is too uncertain and vague to be capable of practical application by Judges, on account of the various opinions which may be entertained on the subject of public policy; but I think that that remark has no just foundation. There is no uncertainty in the rule that the law will not uphold dispositions of property and contracts which have a tendency prejudicial to the public good; there, no doubt, will be occasionally difficulty in deciding whether a particular case is liable to the application of the principle; but there is the same difficulty in regard to the application of many other rules and principles admitted to be established law”.*

Così Jessel M.R. in *Printing and Numerical Registering Co v. Sampson* ([1874-75] L.R. 19 Eq. 462):

*“It must not be forgotten that you are not to extend arbitrarily those rules which say that a given contract is void as being against public policy, because if there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of justice. Therefore, you have this paramount public policy to consider—that you are not lightly to interfere with this freedom of contract.”.*

E' stato ad ogni modo sottolineato in *Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition co v. Nordenfelt* ([1983] Ch. 630, 666), da L.J. Bowen che:

*“Rules which rest upon the foundation of public policy, not being rules which belong to the fixed or customary law, are capable, on proper occasion, of expansion or modification”.*

E' innegabile che, così posto, il problema dello scrutinio sulla base della *public policy* presenti delle chiare sovrapposizioni con il problema della meritevolezza di tutela nell'ordinamento italiano.

E' interessante altresì che i detrattori dell'espansione della categoria, rimproverano ad essa di essere eccessivamente legata al caso concreto. Si potrebbe dire, in altre parole, di essere una regola che espandendosi o modificandosi, è pronta a sanzionare

anche casi che non sarebbero coperti da precedente, ma che, nel loro concreto rappresentarsi, ledono comunque gli *heads* già definiti<sup>408</sup>.

Peraltro, dal punto di vista contenutistico, come si è visto, la *public policy* involve proprio delle problematiche simili a quelle della tutela delle libertà fondamentali e dei diritti irrinunciabili.

Peraltro, la giurisprudenza si è anche interrogata sulle ipotesi in cui la violazione di uno statuto non fosse diretta, ma fosse ottenuta mediante dei meccanismi contrattuali indiretti.

Il caso *Hill v. William Hill (Park Lane) Ltd.* ([1949] A.C. 530), risolto dalla House of Lords costituisce un esempio citato di sovente.

Uno scommettitore aveva perso un'ingente somma di danaro. In base al Gaming Act già citato, l'allibratore non avrebbe potuto recuperare la somma. Quest'ultimo, allora, deferisce il primo ad un collegio arbitrale interno al circuito degli scommettitori. L'organo, sfornito della capacità di emettere decisioni legalmente cogenti, accertata la debenza, minaccia di irrogare una sanzione sociale, nella fattispecie la proibizione di scommettere ancora, qualora lo scommettitore non avesse pagato il debito.

Quest'ultimo, allora, conclude con l'allibratore questo accordo: la somma verrà pagata a rate, in cambio della rinuncia del primo ad ottenere l'irrogazione della sanzione citata.

Invero, la sentenza affronta molte questioni che stanno su piani diversi. Tuttavia, dal testo della sentenza emerge chiaramente che uno dei possibili inquadramenti del fenomeno negoziale è quello secondo cui il secondo contratto sarebbe stato un espediente per eludere l'applicazione della disciplina sul gioco d'azzardo.

Un'altra fattispecie in tema è quella descritta in *Grizewood v Blane* ([1851] 138 E.R. 578). Due soggetti stipulavano due contratti in cui sostanzialmente pattuivano lo scambio di pacchetti di azioni a certo tempo. A seconda dell'andamento del mercato, avrebbe guadagnato la differenza di prezzo l'una o l'altra parte.

Orbene, questo contratto è stato ritenuto una scommessa sanzionabile dall'allora vigente statuto.

---

<sup>408</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 527 ss. .

In questo caso come nel precedente, in realtà, le opinioni dei Giudici richiamavano il concetto di *sham contract* o *colourable contract*. Si tratta, sostanzialmente, di figure a metà strada fra la nostra simulazione e la frode alla legge. E' vero comunque che la *common law*, ovviamente, non conosce come dato distinto il meccanismo di identificazione causale del negozio, pertanto tende a considerare *sham* o *colourable contract* anche quello in cui è lo scopo della transazione ad essere frustrato (qui non vero *bargain* ma *wagery*)<sup>409</sup>.

Il tema dell'*illegal contract* permette di introdurre quello della *severance*<sup>410</sup>.

Si tratta di un istituto simile a quello dell'invalidità parziale nel diritto italiano. In buona sostanza, sussistendo determinati requisiti, è possibile che la Corte consideri comunque *enforceable* parte del contratto.

Qui interessa in particolare la regola secondo cui non è concesso alle Corti di "riscrivere il regolamento contrattuale".

All'interno di questo principio si distingue una prima sua declinazione, avente rilevanza sul piano della semantica del linguaggio, da una seconda, relativa invece al *bargain* realizzato nel *contract* di cui si decide la *severability*.

In particolare, per quanto riguarda questa seconda accezione della regola, si era ritenuto che il problema fosse tipicamente inquadrabile nell'ottica della *consideration*<sup>411</sup>.

Così allora Pollock<sup>412</sup>:

*"If any part of a single consideration for a promise or set of promises is unlawful, the whole agreement is void. This rule assumes the consideration not to be severable, and in such a case it is impossible to assign a lawful consideration to the promise or any of the promises induced by it."*

L'Autore, come si è già ricordato, adotta una versione sostanziale della definizione di *consideration*. Si tratta allora di casi in cui l'*act or forbearance*, siano essi *executed or executory*, hanno contenuto illegittimo.

---

<sup>409</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 233. Non è un caso, comunque, se ancor oggi la Cassazione identifica il contratto simulato come nullo per mancanza di causa.

<sup>410</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 556; BEATSON, *op. cit.*, p. 432 ss.; RICHARDS, *op. cit.*, p. 363 ss.; CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 298, il quale richiama il brocardo "continentale" *utile per inutile non vitiatur*.

<sup>411</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 435.

<sup>412</sup> WINFIELD, *op. cit.*, p. 341 ss. .

Questo approccio, chiaramente improntato sulla conservazione del *bargain* come realizzazione della corrispettività, è stato abbandonato successivamente.

Infatti, lungi dal valutare quasi “quantitativamente” il peso della *consideration* eliminata sotto la scure della *severance*, si è iniziato a ragionare sul piano del mantenimento dello scopo del contratto.

Così, Lord Strendale M.R., in *Attwood v Lamont* ([1920] 3 K.B. 571) afferma di essere d’opinione contraria alla *severance* in modo da “[not] to alter entirely the scope and intention of the agreement”. E’ altresì interessante come lo stesso insista sul fatto che l’accordo è unico, ed ha uno scopo valutabile unitariamente<sup>413</sup>.

Anche sul piano dell’illegalità del patto, è di estremo interesse notare come la *common law* sul piano metodologico, affronti questioni del tutto simili a quelle che si incontrano nell’ordinamento italiano. La valutazione dell’assetto d’interessi, complessivamente considerato, è affine a quella che nell’ordinamento interno sono chiamate a svolgere le disposizioni in materia di nullità per contrarietà a norme imperative, frode alla legge o immeritevolezza di tutela. In particolare, per quest’ultimo istituto, dopo che nell’ordinamento italiano è stata abbandonata ogni accezione metagiuridica ed etica.

Sul piano dell’illiceità, si è visto come la *common law* abbia piena contezza del fatto che alcune pattuizioni non sono illecite poiché in esse son dedotte prestazioni illecite, ma perché è l’assetto di interessi che sottende al loro scambio ad essere deplorabile. Non esistendo una matura teoria del tipo astratto – se non nel caso della *statute law* – la *common law* indaga direttamente lo scopo concreto del negozio, cosa che nell’ordinamento italiano è possibile anche perché esiste l’istituto della frode alla legge.

Le similitudini si spingono fino ad includere un istituto, la *severance*, che ha moltissimo in comune con quello della nullità parziale, anche e soprattutto sul piano del criterio selettivo dell’ammissibilità della caducazione della singola clausola, ovvero quello della valutazione degli interessi complessivi delle parti.

---

<sup>413</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 365.

### ***Interpretazione ed integrazione del contratto.***

Eguale interessante, sempre a scopo comparatistico, è affrontare il tema dell'interpretazione del contratto<sup>414</sup>.

La *common law* conosce un sistema di interpretazione del contratto affatto simile a quello italiano<sup>415</sup>.

Pur non essendo elencate in un sistema di diritto statutario, l'algoritmo interpretativo, chiamato *construction of contract*, conosce una serie di regole che si sovrappongono, nel loro contenuto precettivo sostanziale, a quelle degli art. 1367 c.c. e seg. .

Sul piano delle tecniche interpretative è interessante – anche se per la verità quasi ovvio – notare che anche nella *common law* il principio base è quello del discernimento del senso letterale delle parole.

La regola è conosciuta con il brocardo “*ordinary meaning to be adopted*”<sup>416</sup>.

In sostanza, alle parole sarà attribuito il senso che vi attribuirebbe una persona ragionevole.

Questa istanza ricostruttiva può sembrare di per sé ovvia, ma il riferimento alla “ragionevolezza” non è casuale. Infatti, se i contraenti sono imprenditori, il canone della ragionevolezza del senso acquisisce una coloritura fortemente mercantile.

Tanto che, pur dovendosi ritenere che sia quantomeno inusuale che due soggetti economici con esperienza abbiano utilizzato dei termini impropriamente, e cioè in conflitto con quelli che paiono essere i loro interessi comuni sul piano commerciale, qualora sia incontrovertibile la necessità di andare oltre il senso comune delle parole, sarà compito del Giudice procedere ad una *construction* in linea con il *business commonsense*<sup>417</sup>.

E' importante sottolineare il legame fra ragionevolezza, interessi comuni delle parti e realizzazione dello scopo economico del contratto.

---

<sup>414</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 93, ed in particolare le p 133 e ss., che trattano della perenne tensione fra fase di *interpretation* e fase di *construction*. CHITTY, *op. cit.*, p. 221 – 222.

<sup>415</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 166 e ss.; RICHARDS, *op. cit.*, p. 128.

<sup>416</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 184 ss. .

<sup>417</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 224.

La *common law* non limita la procedura ricostruttiva del testo contrattuale alla *construction*.

Infatti, esiste la c.d. teoria degli *implied terms*, che non trova un puntuale e diretto riscontro nel diritto italiano<sup>418</sup>.

Si tratta, in ultima analisi, di una strategia di approccio al volere delle parti che ha come scopo quello di estrapolare delle regole contrattuali implicite nell'intenzione comune dei contraenti<sup>419</sup>.

Si può affermare che ci si colloca, di volta in volta, in quello che nell'ordinamento italiano resta pur sempre interpretazione (ed in particolare oggettiva – residuale) e quello che noi chiameremmo integrazione del contratto.

Giurisprudenza e dottrina inglesi distinguono – più o meno chiaramente – i casi in cui una o più clausole contrattuali vengono considerate “*implied*” tenuto conto delle circostanze della fattispecie concreta, dai casi in cui alcune clausole sono necessariamente implicite in ogni contratto di un “*defined type*”<sup>420</sup>.

Così Lord Bridge in *Scally v Southern Health and Social Services Board* ([1992] 1 AC 294):

“*A clear distinction is drawn in the speeches of Viscount Simonds in Lister v Romford Ice and Cold Storage Co Ltd ([1957] AC 555) and Lord Wilberforce in Liverpool City Council v Irwin ([1977] AC 239) between the search for an implied term necessary to give business efficacy to a particular contract and the search, based on wider considerations, for a term which the law will imply as a necessary incident of a definable category of contractual relationship*”

In quest'ultima situazione, ovvero quella dei *terms implied by law*, l'introduzione di una clausola dipende dalla standardizzazione di alcuni assetti di interessi (ad es. la compravendita) da parte della prassi giurisdizionale<sup>421</sup> o da parte della *statute law*<sup>422</sup>.

---

<sup>418</sup> E' frequente il richiamo all'art. 1374 c.c., ma si può ragionare in quei termini solo per le c.d. integrazioni legali. Comunque si tornerà a breve sul punto. Cfr. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 118 ss. .

<sup>419</sup> RICHARDS, *op. cit.*, p. 137 ss.; Sul rapporto fra *express* e *implied terms*, di recente, PHANG, *Implied terms in English law - some recent developments*, JBL, 1993, 5, p. 250. In una prospettiva storico – sociale PHANG, *Implied terms, business efficacy and the officious bystander - a modern history*, J.B.L. 1998, Jan, 1-34, p. 1 ss. . Sui rapporti fra implication e interpretation, in un'ottica critica: KRAMER, *Implication in fact as an instance of contractual interpretation*, CLJ, 2004, 63, p. 384 ss. .

<sup>420</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p 206 – 207, gli uni sono *implied by law*, gli altri *by fact*.

<sup>421</sup> E' quasi stupefacente notare come la standardizzazione dei tipi sociali, pur in assenza di un “codice”, porti gli operatori di *common law* a porsi dei problemi a noi più che noti: ad esempio come regolare l'inserzione automatica di clausole nell'ipotesi in cui la fattispecie, una volta interpretata, presenti elementi di contatto con più tipi sociali. Si v. PEDEN, *Policy concerns behind implication of terms in law*, LQR, 2001, 117, p. 464.

<sup>422</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 151 ss. . SERIO, *op. cit.*, p. 692.

Ad esempio, nel *Sale of goods act* del 1979, l'art. 2 comma 1 recita<sup>423</sup>:

*“Contract of sale. (1) A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.”*

Così poi l'art 12, in estratto:

*“Implied terms about title, etc. (1) In a contract of sale, other than one to which subsection (3) below applies, there is an implied term on the part of the seller that in the case of a sale he has a right to sell the goods, and in the case of an agreement to sell he will have such a right at the time when the property is to pass. [...]”*

I *terms implied by statute*, dove non specificato diversamente, prevalgono su diverse pattuizioni specifiche.

Diversamente, per le clausole implicite nella prassi commerciale o emergenti dalle circostanze concrete della vicenda contrattuale, si tratta di ipotesi di normativa suppletiva che entra in gioco solo se non in contrasto con quanto espressamente pattuito dalle parti<sup>424</sup>.

In origine, la distinzione fra clausole implicite nel caso concreto e clausole implicite nella tipologia di contratto non era compiutamente definita.

Il *leading case* in materia è conosciuto con il nome del vascello oggetto della controversia: *The Moorcock* ([1889] 14 PD 64)<sup>425</sup>.

L'armatore di una nave mercantile aveva stipulato un contratto d'ormeggio con i proprietari di una serie di magazzini marittimi londinesi.

Ormeggiata l'imbarcazione, durante la notte la marea scendeva a tal punto da far adagiare la chiglia sul fondale, causando notevoli danni.

L'armatore conveniva in giudizio la controparte contrattuale perché venisse risarcita la rottura dello scafo. I proprietari dei magazzini replicavano che nel contratto non era stata pattuita alcuna garanzia per il caso occorso.

Così il Giudice Bowen:

*“In business transactions such as this, what the law desires to effect by the implication is to give such business efficacy to the transaction as must have been intended at all events by both parties who are business men; not to impose on one side all perils of the transaction,*

---

<sup>423</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 159 e ss., in cui sono presenti altri esempi; RICHARDS, *op. cit.*, p. 141.

<sup>424</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 123 e 128 ss. .

<sup>425</sup> Sottolinea ancora la piena vitalità del precedente, ricostruendone la genesi storica e ripercorrendo la teoria degli *implied terms in fact* AUSTEN – BAKER, *Implied Terms in English Contract Law: The Long Voyage of The Moorcock*, CLWR, 38, 1, p. 56.

*or to emancipate one side from all the chances of failure, but to make each party promise in law as much, at all events as it must have been in the contemplation of both parties that he should be responsible for in respect to those perils or chances”*

Quello che rilevava era la mera *business efficacy*<sup>426</sup>.

Come si è detto, però, alcune classi di assetti di interessi rinvenute nella prassi sociale dalla giurisprudenza sono state elette a modelli legali giurisprudenziali, al fine di reputare applicabili ad essi alcuni *pattern* di normativa suppletiva.

Si consideri ad esempio il *dictum* di Lord Denning in *Liverpool City Council v Irwin* ([1976] UKHL 1):

*“It is clearly the duty of the landlord, not only to take care to keep the lifts and staircase safe, but also to take care to keep them reasonably fit for the use of the tenant and his visitors. If the lifts break down, the landlord ought to repair them. If the lights on the staircase fail, the landlord ought to replace them.*

*I am confirmed in this view by the fact that the Law Commission, in their codification of the law of landlord and tenant, recommend that some such term should be implied by statute: see Law Com. No. 67, paragraphs 148-149 and draft clause 16, p. 86. But I do not think we need wait for a statute. We are well able to imply it now in the same way as judges have implied terms for centuries. Some people seem to think that now that there is a Law Commission the judges should leave it to them to put right any defect and to make any new development. The judges must no longer play a constructive role. They must be automatons applying the existing rules. Just think what this means. The law must stand still until the Law Commission have reported and Parliament passed a statute on it: and, meanwhile, every litigant must have his case decided by the dead hand of the past. I decline to reduce the judges to such a sterile role. They should develop the law, case by case, as they have done in the past: so that the litigants before them can have their differences decided by the law as it should be and is, and not by the law of the past. So I hold here that there is clearly to be implied for the common parts some such term as the Law Commission recommend. The landlord must take reasonable care to keep the lifts, staircase, etc. safe and fit for use by the tenants and their families and visitors.”*

La realtà dell’evoluzione giurisprudenziale inglese dimostra che è nota all’ordinamento anglosassone una tipizzazione delle forme contrattuali legata agli assetti di interessi socialmente ricorrenti<sup>427</sup>. L’evoluzione della *statute law* dimostra

---

<sup>426</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 153. SERIO, *op. cit.*, p. 697: “Ed infatti, il fine che dichiaratamente si assegna in questi casi al patto implicito è quello di consentire al contract così integrato di conseguire business efficacy, cioè di acquistare un senso nel mondo degli affari, quel senso che – alla luce della costruzione della loro volontà effettuata ex post dalle Corti, tenendo conto delle circostanze del caso concreto – le parti intendevano imprimere al loro accordo di volontà, senza, tuttavia, rendere esplicito il loro disegno grazie ad un’ espressa previsione”.

<sup>427</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 155, che parla esplicitamente di *types of contracts*, avendo peraltro ben chiaro che ciò che rileva è il concreto assetto di interessi: “it involves the Court determining, in the light of general considerations of policy, the standard incidents of the particular type of relationship rather than constructing a hypothetical bargain.”.

altresì che detti assetti di interessi possono essere positivizzati in normativa di produzione parlamentare.

Infine, l'attenzione delle Corti per le circostanze del caso concreto dimostra che non è ignota la valorizzazione dello scopo economico specifico della singola vicenda contrattuale<sup>428</sup>.

Anche qui, le affinità con il diritto italiano sono notevoli.

In particolare, quanto agli *implied terms*, è evidente che essi forniscono alle parti quella strumentazione di normativa suppletiva o imperativa ad inserzione automatica che nell'ordinamento italiano trova sede nella regola dell'interpretazione funzionale e nel meccanismo delle schematizzazioni tipologiche. Ed è altrettanto evidente come permettono di aggirare, in larga parte, le questioni inerenti alle categorie dei negozi misti e dei negozi indiretti.

### ***Mutamento delle condizioni.***

Infine, nella fase dello svolgimento del rapporto, è desta notevole interesse analizzare l'istituto della *frustration of contract*<sup>429</sup>.

In questo paragrafo si intende dare conto di alcune applicazioni della teoria in oggetto, riguardanti in special modo la conservazione dell'assetto di interessi sottointeso al contratto, ovvero le c.d. *frustrations of purpose*<sup>430</sup>.

Si tratta, fondamentalmente, di strumenti attraverso i quali la *common law* gestisce alcuni tipi di sopravvenienze o di difetti di presupposizione, pur nel pieno rispetto della *sanctity of contract*<sup>431</sup>.

---

<sup>428</sup> LOW LOI, *The many "tests" for terms implied in fact: welcome clarity*, LQR, 2009, 125, p. 567 "Where the court considers implying terms in law, it is constructing a skeleton of a paradigm of a particular category of contract which parties may add to or detract from with varying degrees of freedom. Where it considers implying terms in fact, it is fleshing out a necessarily incomplete agreement between the parties". PETERS, *The implication of terms in fact*, C.L.J. 2009, 68(3), 514, rileva che sono necessari, a tutt'oggi, i seguenti passaggi: "(1) it must be reasonable and equitable; (2) it must be necessary to give business efficacy to the contract, so that no term will be implied if the contract is effective without it; (3) it must be so obvious that "it goes without saying"; (4) it must be capable of clear expression; (5) it must not contradict any express term of the contract".

<sup>429</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 193 ss. .

<sup>430</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 473 ss. .

La prima elaborazione giurisprudenziale sistematica della *doctrine* si è avuta nel caso *Taylor v Caldwell* ([1863] 3 B & S 826).

La società Caldwell & Bishop concludeva con la Taylor & Lewis un *contract* avente ad oggetto la concessione da parte della prima alla seconda della disponibilità della *Surrey Gardens & Music Hall* per dare ospitalità ad alcuni spettacoli nell'agosto del 1861.

Prima dell'inizio degli spettacoli un incendio, considerato in giudizio completamente accidentale, distruggeva la struttura.

Nella sua decisione, Lord Blackburn così premetteva:

*“There seems no doubt that where there is a positive contract to do a thing, not in itself unlawful, the contractor must perform it or pay damages for not doing it, although in consequence of unforeseen accidents, the performance of his contract has become unexpectedly burthensome or even impossible”*

Sembrerebbe che il fortuito sia quindi considerato a carico del debitore.

Tuttavia, il giuresperito così proseguiva:

*“But this rule is only applicable when the contract is positive and absolute, and not subject to any condition either express or implied: and there are authorities which, as we think, establish the principle that where, from the nature of the contract, it appears that the parties must from the beginning have known that it could not be fulfilled unless when the time for the fulfilment of the contract arrived some particular specified thing continued to exist, so that, when entering into the contract, they must have contemplated such continuing existence as the foundation of what was to be done; there, in the absence of any express or implied warranty that the thing shall exist, the contract is not to be construed as a positive contract, but as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor.”*

Questo ragionamento viene reso possibile dallo sviluppo di alcune decisioni precedenti in ordine a casi di prestazioni personalissime:

*“There is a class of contracts in which a person binds himself to do something which requires to be performed by him in person; and such promises, e.g. promises to marry, or promises to serve for a certain time, are never in practice qualified by an express exception of the death of the party; and therefore in such cases the contract is in terms broken if the promisor dies before fulfilment. Yet it was very early determined that, if the performance is personal, the executors are not liable”*

E poi:

---

<sup>431</sup> Sul legame fra *hardship* economica e frustration, di recente: PARKER, *Escaping from a bad bargain: suspending, modifying or terminating performance of long-term energy contracts*, IELR, 2010, 7, p. 243 ss. .

“The principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance. In none of these cases is the promise in words other than positive, nor is there any express stipulation that the destruction of the person or thing shall excuse the performance; but that excuse is by law implied, because from the nature of the contract it is apparent that the parties contracted on the basis of the continued existence of the particular person or chattel.”

Ciò premesso, il contratto veniva considerato risolto.

Il caso è considerato di importanza capitale, poiché ha introdotto nell’ordinamento inglese, su vasta scala, quella che noi chiameremmo risoluzione per impossibilità sopravvenuta<sup>432</sup> e più nello specifico, per difetto di presupposizione<sup>433</sup>.

A partire dalla pronuncia citata, ci furono frequenti tentativi di estendere l’applicabilità della *doctrine of frustration* a tutta una serie di casistiche di impossibilità relativa.

In questo contesto, la *doctrine* è stata invocata anche in casi in cui non era in discussione tanto la possibilità o meno dell’esecuzione della controprestazione del promissario, quanto più il soddisfacimento, tramite essa, dell’effettivo interesse del promittente<sup>434</sup>.

Celebre è il caso *Krell v Henry* ([1903] 2 KB 740).

L’attore otteneva in locazione dal convenuto l’uso di una stanza sita in un palazzo affacciato su *Pall Mall*, al fine di poter vedere la cerimonia di incoronazione di re Edoardo VII.

Nel testo contrattuale non si faceva però menzione delle finalità del patto, che comunque erano ben note ai contraenti.

Come è storia, la cerimonia saltò a causa di un problema di salute del futuro sovrano.

Il locatario agì in giudizio contro il locatore invocando la liberazione dai vincoli contrattuali in applicazione della *doctrine of frustration*.

Così il Giudice Vaughan Williams:

“the English law applies the principle not only to cases where the performance of the contract becomes impossible by the cessation of existence of the thing which is the subject-matter of the contract, but also to cases where the event which renders the contract

---

<sup>432</sup> ALPA DELFINO, *op. cit.*, p. 197 richiama l’istituto italiano.

<sup>433</sup> CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 375, esplicitamente.

<sup>434</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 945 ss. .

*incapable of performance is the cessation or non-existence of an express condition or state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance.”*

Ed ancora:

*“the condition or state of things need not be expressly specified, but that it is sufficient if that condition or state of things clearly appears by extrinsic evidence to have been assumed by the parties to be the foundation or basis of the contract, and the event which causes the impossibility is of such a character that it cannot reasonably be supposed to have been in the*

*contemplation of the contracting parties when the contract was made”*

E quindi:

*“if the contract becomes impossible of performance by reason of the non-existence of the state of things assumed by both contracting parties as the foundation of the contract, there will be no breach of the contract thus limited”*

Si estese pertanto la *doctrine*, dal contenuto della prestazione al soddisfacimento dell'interesse del creditore, che è il *benefit*.

Sul piano della ricostruzione teorica del fenomeno della *frustration of purpose*, si è avanzata la teoria secondo cui la possibilità di risolvere il contratto in questi casi deriverebbe dalla presenza di una condizione implicita, sotto forma di *implied term*<sup>435</sup>.

Per comprendere questa *doctrine* è necessario infine compiere un'incursione nella *law of restitution*, ovvero, in buona sostanza, in quella serie di regole che disciplinano le vicende restitutorie anche nel caso di *frustration*<sup>436</sup>.

Senza scendere nello specifico, si è posto il problema di come regolare le restituzioni nell'ipotesi in cui formalmente la *consideration* sia presente (e quindi per ipotesi il *contract* sia *enforceable*), ma sia impossibile soddisfare gli interessi del destinatario della prestazione caratteristica.

Ciò che interessa qui è un particolare aspetto della *common law*, ovvero quello della *failure of consideration*.

In termini generali, qualora la prestazione non possa essere svolta – anche al di là delle ipotesi di inadempimento – la controparte deve poter recuperare quanto già versato quale prezzo.

---

<sup>435</sup> BEATSON, *op. cit.*, p. 485 ss. . Ampio è il dibattito nella dottrina inglese sul fondamento della *doctrine*. Si v. anche SMITH, *Contracts - mistake, frustration and implied terms*, LQR, 1994, 110, p. 400 ss. .

<sup>436</sup> CHITTY, *op. cit.*, p. 972 ss. .

Proprio attraverso questo principio, anche prima dell'entrata in vigore dello statuto citato, era concesso ripetere le somme versate nell'ipotesi in cui si verificasse la *frustration*.

Le Corti sono però state spesso chiamate a stabilire con estrema difficoltà quando vi fosse una *total failure of consideration*, l'unica in grado di legittimare la sanzione della *restitution*, dove la parziale impossibilità della prestazione (anche per *frustration of purpose*) non avrebbe consentito di ripetere i pagamenti precedenti all'evento esiziale sopravvenuto.

Questo "frazionamento" dell'interesse creditorio conduceva, come è evidente, a pericolose asimmetrie nella fase di regolamentazione delle restituzioni: in sostanza, chi avesse versato un anticipo, si trovava nell'impossibilità di ripeterlo.

Del resto è stato chiarito il legame che intercorre tra *consideration* e "prestazione", anche intesa quale atto materiale di esecuzione.

La *doctrine of frustration* indagava il 'fondamento concreto del contratto', mentre la *consideration* non consentiva una coerente regolamentazione delle restituzioni.

La materia è stata allora disciplinata dal *Law reform (Frustrated Contracts) Act* del 1943, che, pur con qualche deviazione – anche rilevante – disciplina le obbligazioni restitutorie in maniera affine a quanto fa il diritto italiano.

Tutto ciò che è stato pagato è ripetibile, salva la regolamentazione delle esternalità conseguenti alla risoluzione<sup>437</sup>.

Anche per quanto riguarda la *frustration* è evidente la possibilità di un accostamento fra diritto italiano e *common law*. Anche qui, non sul piano delle singole soluzioni di casi specifici, ma con riferimento all'impostazione metodologica, che è affine a quella utilizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiane con l'istituto della presupposizione<sup>438</sup>.

---

<sup>437</sup> MCKENDRICK, *op. cit.*, p. 411. BEATSON, *op. cit.*, p. 500.

<sup>438</sup> Si v. BESSONE, *Consideration* e impossibilità della prestazione, in *Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984, p. 225 e ss., il quale da conto specificamente delle similitudini e delle differenze, richiamando esplicitamente, quanto al diritto italiano, l'istituto della presupposizione, e citando le principali teorie ricostruttive (buona fede, condizione implicita).

### ***Causa e consideration.***

Pur se condotto in modo ‘sintetico’, questo *excursus* mette in luce quanto siano forti le affinità fra ordinamento italiano e diritto inglese, per quel che attiene all’analisi funzionale dell’accordo.

Beninteso, le soluzioni pratiche accolte possono essere diverse, ma il metodo e l’impostazione dei problemi è sorprendentemente sovrapponibile.

In qualche modo, in sintesi, ciò dipende dal medesimo processo logico.

La causa è divenuta un requisito del negozio, quando questo istituto è permeato nell’ordinamento italiano.

Così, la *consideration* è divenuta *benefit* (e non *act or forbearance*, o comunque *detriment*), quando nell’ordinamento inglese si è fatta strada la teoria dell’accordo.

Questo processo ha portato a valorizzare gli interessi delle parti, e, beninteso, la loro sintesi effettuale, permettendo così di sviluppare le riflessioni in ordine ai negozi gratuiti, all’interpretazione e all’integrazione del contratto in funzione dello scopo del regolamento, alla gestione delle sopravvenienze, al collegamento fra contratti, ed in genere in ordine ad ogni istituto rilevante sul piano dell’autoregolamento.

Del resto, per quest’avvicinamento, in Italia è stato fondamentale l’abbandono della concezione etica e sociale dell’agire privato, e con essa dell’ingessata concezione tipologica astratta.

E’ allora una battaglia di retroguardia, in questi termini, quella condotta dalla dottrina inglese, quando afferma: “*The traditional definition of consideration in terms of benefit and detriment is sometimes regarded as unsatisfactory. One cause of dissatisfaction is that it is thought to be wrong to talk of benefit and detriment when both parties expect to, and actually may, benefit from the contract. But this reasoning falls, with respect, in to the error of treating the subject matter of the definition as the consideration for a contract, when the definition is actually concerned with the consideration for a promise*”<sup>439</sup>.

Peraltro, si è visto come l’ordinamento inglese, pur non conoscendo una sistematica del tipo legale (che comunque occupa un suo specifico spazio nell’ambito della

---

<sup>439</sup> CHITTY, *On contracts (cit.)*, I, p. 76.

*statute law*) attraverso l'uso della tecnica interpretativo – integrativa dell'uso degli *implied terms* non si esime da costruire tipi sociali, con la loro specifica normativa dispositiva.

In definitiva, come è stato notato: “*English law may be moving in the direction of placing more emphasis on the existence of an intention to be bound in a commercial context and this may take English law much closer to the position that prevails on the continent of Europe*”<sup>440</sup>.

---

<sup>440</sup> MCKENDRICK, *Contracts (cit.)*, p. 773 – 774.

## DIRITTO COMUNE EUROPEO.

### *Osservazioni generali.*

Nel presente capitolo si procederà all'analisi di una serie di esperienze normative facenti parte del c.d. *diritto comune europeo*<sup>441</sup>, necessariamente condotta in modo casistico ed operativo, al fine di valutare le scelte (innovative o di compromesso) con riferimento alle problematiche analizzate nei capitoli precedenti.

Gli operatori economici internazionali, come è noto, da tempo manifestano l'esigenza di poter usufruire di un *corpus* di regole e principi uniformi<sup>442</sup>.

Del resto, è stato più volte sottolineato come il diritto dei contratti rappresenti un terreno fertile per l'opera di armonizzazione, poiché le peculiarità ordinamentali attengono a scelte tradizionali (quasi del tutto) scese da declinazioni assiologiche<sup>443</sup>.

Le esperienze di normazione comune, nell'ambito contrattuale, si sono sviluppate sia sotto l'egida delle organizzazioni internazionali, che grazie all'attività di istituzioni private. Non tutti i "prodotti" di norme uniformi hanno dato origine a disposizioni che si pongono come vincolanti (al di là della possibilità di ricezione sul piano del diritto interno); anzi, le esperienze più complete sistematicamente ed interessanti al fine di una ricostruzione dogmatica – quanto al diritto contrattuale – sono costituite da *set* di disposizioni applicabili solo in via opzionale e volontaria.

E' in primo luogo il caso dei Principi UNIDROIT (di seguito Principi), elaborati per iniziativa dell'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> ALPA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in "ASTRID – Rassegna", 18, 2005, p. 2 e ss., per una recente e celebre riflessione sulla portata della locuzione 'diritto comune europeo'. In particolare, l'A. si sofferma, per quel che qui rileva, sulle diverse accezioni dell'aggettivo 'comune' e sul procedimento di contaminazione fra sistemi giuridici anche per il tramite di esperienze normative transtatuali. Per una riflessione preliminare sullo stato dell'arte: BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, Eur. dir. priv., 2007, p. 599 ss. . ZIMMERMANN, *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*, Contratto e Impresa Europa (trad.), 2009, p. 102 ss. .

<sup>442</sup> Pur essendo il dato di comune esperienza, vi sono anche notevoli argomenti contro la scelta dell'armonizzazione, su cui comunque qui non è il caso di soffermarsi. Si v. ad esempio: MCKENDRICK, *Contracts, the common law and the impact of Europe*, Eur. dir. priv., 2001, p. 769 – 772.

<sup>443</sup> DI MAJO, *I "Principles" dei contratti commerciali internazionali fra civil law e common law*, Riv. dir. civ., 1995, I, p. 609, il quale nota anche ulteriori aspetti che portano a favorire l'uniformazione, fra cui l'alto tasso di dispositività delle norme sui contratti, il cui contenuto precettivo è, di regola, rimesso alla volontà delle parti.

<sup>444</sup> Per un inquadramento generale, BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, Uniform Law Review, 1996, p. 229; BOELE-WOELKI, *The Unidroit principles of international commercial contracts and*

L'ultima versione dell'articolato, cui di seguito ci si riferirà, ha visto la luce nell'anno 2010<sup>445</sup>.

Altra importantissima esperienza è quella dei Principi di diritto europeo dei contratti (di seguito PDEC), elaborati, come è noto, dalla Commissione Lando<sup>446</sup>.

Infine, si è scelto di esaminare anche il testo del progetto preliminare per un codice europeo dei contratti, elaborato dall'Accademia dei giuristi europei (di seguito, secondo la dizione comune, *Avant-projet*).

Questi sistemi di norme, si è detto, sono applicabili solo nel caso in cui le parti optino per il loro richiamo.

Ciò comporta che le organizzazioni che ne promuovono l'adozione siano continuamente spinte ad adeguarne il contenuto alle necessità del mondo del commercio, massimizzandone l'efficienza<sup>447</sup>.

Ciò comporta altresì che possano essere presi come generale 'banco di prova' per verificare il portato comune delle elaborazioni giusprivatistiche di diritto interno.

---

*the principles of european contract law: how to apply them to international contracts*, 1996, Uniform Law Review, p. 652 e ss. . Più di recente, sempre BONELL, *I Principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Dir. comm. int., 2004, p. 535 e ss.; MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2003, p. 269 ss. ed in particolare p. 276 – 286; ALPA, *I principi Unidroit 2004 e i Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di SOMMA, Torino, 2007, p. 33 ss. .

<sup>445</sup> Invero, le riflessioni dottrinali, così come i richiami al Commento, saranno qui riferiti all'edizione del 2004, con l'eccezione di quanto si dirà sull'illiceità del contratto, che ha visto compiuta disciplina solo nell'edizione più recente.

<sup>446</sup> In generale, MARRELLA, *op. cit.*, p. 286 ss.; CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, Eur. dir. priv., 2001, p. 787 ss.; ALPA, *I principi (cit.)*, p. 33 ss.; (a cura di) CAFAGGI, *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003, p. VIII ss.; GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei Principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005, p. 55 ss. – p. 59; FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, Eur. dir. priv., 2011, p. 1 ss., in cui invero trovano sede anche notevoli argomentazioni sulle specifiche disposizioni, ma che però sono state citate da opere dello stesso A. *infra*. Per quel che concerne le istanze di positivizzazione provenienti dall' U.E., si v. il *LIBRO VERDE DELLA COMMISSIONE sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (7/2010)*. Per quel che attiene in genere all'implementazione del CFR, si v. BISOGNI, *Un diritto civile per l'Europa*, Questione Giustizia, 2007.

In termini del tutto generali, ad ogni modo, nulla esclude che già il diritto europeo vigente possa in qualche modo lambire le questioni inerenti ai profili funzionalistici del patto. Come è noto, la normativa comunitaria rifugge dal disciplinare istituti generali del diritto dei contratti, persino quando opera con atti di portata generale (si pensi alla normativa consumeristica). E' però vero che alcune disposizioni vigenti, queste sì di portata generale, potrebbero direttamente influenzare l'agire privato. Ci si potrebbe infatti chiedere in che termini la sanzione pattizia alla c.d. Costituzione Europea possa aver comportato una modifica nel diritto contrattuale vigente nei singoli stati. La questione, allo stato, esulerebbe comunque dal presente lavoro. Per un approfondimento: VETTORI (a cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, 2006, in cui CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione Europea*, p. 39 ss. e FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione Europea*, p. 69 ss. .

<sup>447</sup> Nota questo aspetto DI MAJO, *op. cit.*, p. 612; In generale, su questi profili MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa*, Eur. dir. priv., 2011, p. 119 ss. .

Quello che importerà, in questa sede, non sarà tanto verificare se tra i requisiti del contratto – come elencati nelle varie compilazioni – ci sia o meno il termine “causa”. Sarà infatti ben più interessante procedere all’analisi complessiva dell’impianto delle elaborazioni al fine di comprendere se l’aspetto funzionale sia preso in considerazione per regolamentare la vicenda pattizia<sup>448</sup>.

### ***Requisiti del contratto.***

L’art. 3.1.2 dei Principi, rubricato ‘*validità del semplice accordo*’, così recita: ‘*Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti.*’.

La ragione dell’inserimento di questa disposizione, già intuibile per la sua enfasi, è esplicitata senza troppe riserve all’interno del Commento. In questo infatti si precisa che la formulazione dell’articolo ha proprio come effetto quello di rendere non necessari i requisiti di *causa e consideration*<sup>449</sup>.

Una spiegazione della scelta, in termini pratici, viene fornita solo per la – presunta – obliterazione della necessità del secondo requisito: si precisa infatti che ‘*nei rapporti commerciali questo requisito riveste minima importanza pratica, poiché in tale ambito le obbligazioni vengono quasi sempre assunte da entrambe le parti*’.

Del resto, nel Preambolo è esplicitato che i Principi dettano una normativa generale in materia di contratti internazionali *commerciali*<sup>450</sup>.

Quanto al requisito della causa, ci si limita a rendere manifesta la ragione dell’espunzione del requisito: lo scopo sarebbe quello di dare certezza ai rapporti e di ridurre il contenzioso.

Addirittura, nel Commento si offre un esempio pratico, che si riporta di seguito, di come la non necessità di questi requisiti semplifichi gli scambi.

---

<sup>448</sup> SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, a cura di SICCHIERO, Padova, 2005, p. 19.

<sup>449</sup> ALPA, *I principi (cit.)*, p. 36, parla esplicitamente di “*superamento del dogma della causa*”, insistendo sul favore nei confronti della libertà contrattuale.

<sup>450</sup> BONELL (a cura di), *I Principi Unidroit nella pratica*, Milano, 2002, p. 166 ss., di seguito BONELL, *I Principi (cit.)*.

Su richiesta del suo cliente francese A, la banca B di Parigi rilascia una garanzia a prima richiesta a favore di C, partner commerciale di A in Inghilterra. Né B né A possono invocare la possibile mancanza di *consideration* o di causa per tale garanzia.

Nel Commento, peraltro, è chiarito che l'enunciazione secondo cui il requisito della causa è superfluo non ha portata generale, dovendo comunque essere coordinata con le altre norme dei Principi. Di volta in volta, infatti, le disposizioni dei Principi potrebbero comunque lambire i confini di questo istituto, sanzionando fattispecie che gli interpreti finirebbero anche per ricondurre, applicando gli ordinamenti nazionali, alle norme che disciplinano l'istituto della causa<sup>451</sup>.

Già i primi commentatori di diritto italiano, pur esprimendo soddisfazione sul piano pratico per la scelta di non menzionare ulteriori requisiti oltre quello del consenso sull'oggetto, hanno subito precisato che la funzione della "causa" potrebbe essere svolta, sia pure parzialmente, da altri istituti contemplati dai Principi<sup>452</sup>.

Secondo i PDEC, a mente del disposto dell'art. 2:101, "*Il contratto è concluso quando ... le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e ... hanno raggiunto un accordo sufficiente*"<sup>453</sup>.

Per fugare ogni dubbio circa la possibilità di ricavare interpretativamente la necessità di qualche ulteriore elemento, l'ultima alinea del primo comma dell'articolo precisa che "*Non occorre alcun altro requisito*"<sup>454</sup>.

Il Commento, *sub D*, afferma che il comma citato è da intendersi nel senso che non è necessario che il destinatario della promessa ricambi a sua volta promettendo di prestare o prestando alcunché in cambio. La terminologia utilizzata richiama evidentemente il requisito della *consideration*, che peraltro è anche citato fra parentesi<sup>455</sup>.

---

<sup>451</sup> BRECCIA, *Causa e consideration*, in *Remedies in contract: the common rules for a European law*, Torino, 2008, p. 44.

<sup>452</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 620.

<sup>453</sup> G. FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 458 ss. .

<sup>454</sup> SICCHIERO, *Tramonto (cit.)*, p. 5 mette in relazione la mancanza di causa anche con il successivo art. 2:107 il quale, in sostanza, disciplina una sorta di promessa unilaterale vincolante: l'apoteosi della scelta anticausalista.

<sup>455</sup> Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law*, L'Aja, 2000, Note e Commento, p. 139 ss., di seguito *PDEC (cit.)*. .

Contrariamente a quanto accade per i Principi, i PDEC non hanno un orizzonte di applicazione limitato a vicende contrattuali orbitanti nell'universo degli accordi commerciali, pertanto non è possibile invocare l'argomento soprarichiamato secondo cui nella pratica i casi di contratti senza controprestazione sarebbero estremamente ridotti e non significativi<sup>456</sup>.

Nelle Note viene invece affrontata approfonditamente, oltre che la questione della non necessità di una *consideration* a fronte della promessa, anche il problema della presenza del requisito della causa in una serie di ordinamenti europei, ed in particolare di quello italiano. Non vi è però alcun approccio problematico, che del resto qui non avrebbe avuto senso: il requisito della causa è richiamato solo per negarne la necessità<sup>457</sup>.

Tuttavia, è stato notato che dal combinato disposto dell'art. 1:102 e 1:302 emerge una particolare attenzione allo scopo della pattuizione: già sul piano della verifica della sussistenza dei requisiti, l'autonomia privata appare attuarsi in un ente – il contratto – dotato di uno specifico scopo economico – individuale assimilabile alla causa<sup>458</sup>.

L'art. 5 dell'*Avant-projet*, al comma terzo, richiede quali elementi essenziali l'accordo delle parti e il contenuto.

E comunque necessario specificare che, al successivo articolo 26, l'*Avant-projet* prevede che il contenuto del contratto debba essere "utile", nel senso di corrispondere ad un interesse non patrimoniale di entrambe le parti o almeno di una di esse<sup>459</sup>, v. *infra*.

Nei Rapporti, è specificamente preso in esame il problema dei requisiti di causa e *consideration*.

---

<sup>456</sup> E' degno di nota che il Commento, a scopo chiarificatore, richiami come esempio il caso della promessa di ricevere a deposito, ricordando che essa è valida ed efficace anche prima di essere adempiuta.

<sup>457</sup> CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi (cit.)*, p. 792, attribuisce essenzialmente l'accantonamento dell'istituto all'esigenza di purgare i PDEC dalle componenti che più facilmente avrebbero caratterizzato l'opera come dipendente da uno specifico ordinamento interno piuttosto che un altro. Nei medesimi termini, più approfonditamente: p. 799.

<sup>458</sup> SICCHIERO, *Tramonto (cit.)*, p. 26; FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, Eur. dir. priv., 2002, p. 904.

<sup>459</sup> *Ibidem*, p. 911. L'A. ritiene che addirittura il riferimento al 'contenuto' sia spia dell'attenzione dei redattori per l'interesse sotteso al patto. Come dire, il 'contenuto' è l'oggetto orientato in termini funzionali.

La conclusione dei redattori, in ogni caso, è che sia apparentemente valido il contratto sulla base del mero consenso<sup>460</sup>.

Le tesi a sostegno di questa scelta di politica redazionale sono tendenzialmente sovrapponibili alle argomentazioni dei movimenti anticausalisti italiani o dei sostenitori della superfluità del requisito della *consideration*<sup>461</sup>.

Anzitutto, si ritiene che gli istituti di causa e *consideration* ingenerino un'eccessivo tasso di contenzioso, poiché dottrina e giurisprudenza, al di là di un formale consenso definitorio, divergerebbero al loro interno sulle modalità di trattamento di una moltitudine di fattispecie.

In questo senso, causa e *consideration*, se usate quali extraparametri per valutare l'ammissibilità di un'operazione contrattuale, sarebbero concetti troppo vaghi e incerti.

Infine, nella relazione si osserva che la previsione della legittimità dell'accordo astratto porterebbe ad una serie di vantaggi strutturali sul piano della circolazione della ricchezza.

Il tutto, fermo il fatto che, per attivare i controlli di legittimità necessari, si potrebbero utilizzare diverse tecniche di valutazione del volere privato, specificando meglio quali debbano essere i limiti precisi all'autonomia privata.

Sulla base di quest'ultima precisazione, infatti, l'art. 2 dell'*Avant-projet* stabilisce che l'autonomia privata sia limitata dalle norme imperative (interne o di derivazione comunitaria), dal buon costume e dall'ordine pubblico; è altresì stabilito che sia vietato il contratto in mero danno al terzo.

In particolare, la Relazione<sup>462</sup> considera inammissibile l'introduzione di un limite all'autonomia privata del tipo di quello contenuto nel secondo comma dell'art. 1322 c.c. .

---

<sup>460</sup> Peraltro, SICCHIERO, *Tramonto (cit.)*, p. 6, riporta la notizia secondo cui lo stesso prof. Gandolfi avrebbe specificato che il senso è proprio quello di escludere la causa dal novero dei requisiti del contratto.

<sup>461</sup> *Code Europeen, (cit.)*, p. 100 ss., in particolare si v. p. 103: "Quoi qu'il en soit, au-delà même de l'éventualité que le negotium abstrait puisse dans le futur prendre, un certain relief dans le vie des échanges, on peut observer que le fait d'exiger pour chaque contrat la présence et donc la mention d'une cause – si ce n'est pour vérifier la licéité, ce que l'on peut faire par d'autres voie – semble superflu, du moment que, comme on l'a observé en doctrine, chaque contrat poursuit nécessairement un but, autrement a dit a une fonction, et, en somme, une cause. De ce point de vue, la règle de l'art 1120 cod. civ. it. 1865 selon laquelle "de contra test valable même si la causa n'est pas exprimé" apparait conforme à la logique".

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 99.

Il riferimento all'utilità ed alla meritevolezza sociale lascerebbero spazio da un lato ad un inammissibile arbitrarietà del giudice, dall'altro ad una pericolosa intromissione dirigista dello Stato negli affari economici dei privati.

Peraltro, si anticipava che all'art. 25 dell'*Avant-projet* è stabilito che il contenuto del contratto debba, oltre che essere possibile, lecito e determinato o determinabile, debba essere anche *utile*.

La definizione del termine utile è inserita nella disposizione successiva, che reputa soddisfatto il requisito quando il contenuto corrisponda ad un interesse anche non patrimoniale di entrambe le parti o almeno di una di esse.

Ebbene, questa precisazione è di notevole momento, tanto che consta essere stata inserita proprio per venire incontro alle istanze di chi aveva caldeggiato l'inserimento di un riferimento causa e *consideration* nella prima parte del progetto<sup>463</sup>.

Sul piano ricostruttivo, è da notare infine il riferimento all' "interesse" contenuto nel successivo articolo 27.

La disposizione precisa che la "possibilità" del contenuto è da valutarsi, al momento della stipula, avuto riguardo all'assenza di ostacoli obiettivi di carattere materiale o giuridico, che impediscano in modo assoluto il conseguimento del risultato attuativo di un determinato regolamento di interessi.

Se nelle norme che fondano la sanzionabilità giuridica del patto non appare evidente la necessità di un *quid pluris* rispetto all'accordo e all'oggetto, già esse si smentiscono quasi immediatamente (se non altro per i Principi e per l'*Avant-projet*).

La valutazione funzionale è infatti immanente nella scelta dei Principi di applicarsi solo ai contratti commerciali e nella scelta dell'*Avant-projet* di tenere in stretta considerazione l' "utilità" della prestazione, che altro non è che un requisito che richiama l'interesse del destinatario della stessa (v. *supra*, in tema di rapporti fra interesse e funzione economico individuale).

---

<sup>463</sup> *Code Europeen (cit.)*, p. 115: "Dans une position prioritaire, il y a l'utilité, définie à l'art. 26 de l'*Avant-projet*, qui reprend le concept exprimé dans le deuxième partie del l'art. 1174 cod.civ.it. . Il faut observer que si ce caractère manquait, a dit Carbonnier, dont on partage l'opinion, la convention ne serait pas sérieuse, même si on ne doit pas dire, comme dan l'art. 1174 cod.civ.it, que pur être utile un contenu doive être appréciable en argent; dans cette dernière règle, on comprend d'ailleurs aussi l'intérêt non patrimonial. Il s'agit d'une condition requise apte, entre autre, à satisfaire l'exigence du groupe anglais, dans le cadre de l'absence de la *consideration*".

**(segue) *Squilibrio contrattuale.***

Significativamente, nel primo articolo dei Principi UNIDROIT, è riconosciuto il diritto degli operatori ad *‘accordarsi liberamente sulle condizioni dei loro singoli affari’* (art. 1.1)<sup>464</sup>.

Il riconoscimento sostanziale dell’autonomia privata è quindi assicurato nel contesto di una visione chiaramente mercantile e liberale dello scambio: la norma non conosce alcun riferimento ad una ipotetica valorizzazione di interessi altri da loro rispetto a quelli delle parti<sup>465</sup>.

Ad ogni modo, vi è anche una disciplina specifica che disciplina l’iniquità contrattuale. La scelta di offrire una regolamentazione esplicita e puntuale dipende probabilmente dalle maggiori esigenze di certezza e stabilità dei traffici internazionali, più ‘allergici’ sia ad un’ottusa opposizione ai rimedi conservativi, sia alle falci delle tutele caducatorie<sup>466</sup>.

Sotto la rubrica *‘eccessivo squilibrio’*, l’art. 3.2.7 enuncia la seguente regola: *“Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all’altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l’altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua*

---

<sup>464</sup> BRECCIA, *op. cit.*, p. 44.

<sup>465</sup> DI MAJO, *op. cit.*, p. 615: “Se è consentita una prima valutazione d’insieme dei Principi, in chiave, si può dire, di modelli di politica del diritto, essa è nel senso [...] di una ideologia sinceramente liberale nelle regole che debbono governare le contrattazioni private”. L’A. peraltro esclude esplicitamente non solo che si possa ricavare in via interpretativa una regola consimile a quella del co. 2 dell’art. 1322 c.c., ma anche che i riferimenti contenuti nei Principi alle regole della buona fede e della ragionevolezza possano essere intesi quali compressioni dell’autonomia contrattuale. L’A. definisce il requisito della meritevolezza di tutela, giustamente abbandonato nei Principi, quale “elemento pericoloso nelle mani dei giudici”.

<sup>466</sup> CORAPI, *L’equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, Eur. dir. priv., 2002, p. 27 e poi p. 31: “Nei contratti internazionali, in caso di inadempimento di una parte il diritto dell’altra parte all’adempimento in natura risulta limitato e, sia tale diritto che quello al risarcimento del danno trovano più difficilmente ristoro nelle sanzioni, che possono comunque essere di più difficile irrogazione. Di qui anche il maggior interesse alla introduzione di meccanismi correttivi delle situazioni di *default* che privilegino la possibilità di continuazione del rapporto contrattuale.”.

*imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto.*'.

Il primo presupposto per poter chiedere l'annullamento<sup>467</sup> è quindi la presenza di due diverse condizioni. Così il vantaggio deve essere non solo eccessivo ma anche ingiustificato.

Il Commento ai Principi offre una prima specificazione di cosa significhi 'eccessivo vantaggio': non sarebbe sufficiente una considerevole disparità tra il valore ed il prezzo, o qualche altro elemento, che turbasse l'equilibrio tra prestazione e controprestazione. Dovrebbe essere infatti necessario che lo squilibrio 'colpisca la coscienza di una persona ragionevole'<sup>468</sup>.

Al di là del poetico riferimento al foro interno, pare che il Commento si premuri di ribadire che un semplice squilibrio considerevole non sia necessario ad inficiare l'equilibrio contrattuale, dovendosi dare rilevanza solo a quello 'eccessivo'<sup>469</sup>.

Al fine di verificare l'avveramento della seconda condizione, proseguendo oltre, i Principi, piuttosto laconicamente, impongono all'interprete di riferirsi alle circostanze del caso. E' da notare però che, a scopo esemplificativo, sono indicate due situazioni tipicamente sintomatiche della mancanza di giustificazione del vantaggio.

In particolare, quella che qui interessa è data dall'incompatibilità del vantaggio di una parte con 'lo scopo del contratto'<sup>470</sup>.

---

<sup>467</sup> L'istituto dell'annullamento, nella ricostruzione che ne offrono i Principi, presenta rilevanti differenze rispetto all'annullamento del contratto nel diritto italiano. *In primis*, la caducazione del contratto viene normalmente provocata da un atto stragiudiziale chiamato avviso (art. 3.14). Poi, va precisato che i Principi conoscono l'annullamento parziale (art. 3.16). L'annullamento (art. 3.17 e 3.18) ha effetto di far sorgere le correlative obbligazioni restitutorie e di obbligare a risarcire il danno la parte che aveva contrattato causando o perlomeno conoscendo il motivo di annullamento.

<sup>468</sup> BONELLI, *I Principi (cit.)*, p. 188 ss. .

<sup>469</sup> TIMOTEO *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT*, Contratto e Impresa Europa, 1997, p. 170, ritiene ci si debba riferire alle comuni pratiche del commercio internazionale. Sostanzialmente concorde CORAPI, *op. cit.*, p. 33 che motiva l'assunto riferendosi all'utilizzo, nella versione inglese, del termine unfair e richiamando, come si farà anche qui infra, il parametro dell'intervento di adeguamento.

Va precisato che, interpretando l'art. 3.11, si comprende come l'eccessivo squilibrio debba dipendere da un comportamento della (o quantomeno essere noto alla) controparte contrattuale o di un soggetto del comportamento del quale essa risponde. Se questa circostanza non si verifica, l'annullamento (o l'adeguamento) possono essere chiesti solo qualora il soggetto privilegiato non abbia ancora 'agito facendo affidamento sul contratto'.

<sup>470</sup> Il testo dei Principi prevede che si versi nell'ipotesi di un "eccessivo squilibrio" anche 'quando una parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare'. Si tratta

Nel Commento è esplicitamente chiarito che un vantaggio ingiustificato, avuto riguardo allo scopo del contratto, rimane tale anche se la parte che da esso trarrà beneficio non abbia abusato della posizione di debolezza nelle contrattazioni dell'altra parte negoziale<sup>471</sup>.

Sul piano comparatistico, è stato notato che il riferimento allo scopo implica una valutazione sull'assetto concreto degli interessi, e quindi richiama il nostro istituto della causa del contratto<sup>472</sup>.

Per i Principi, in buona sostanza, non si può escludere che l'esito di una valutazione funzionalistica dello scambio, se nel senso della verifica dell'esistenza di condizioni di iniquità del patto, porti ad attivare un sistema rimediale. Come abbiamo visto, invece, la *common law* procede a valorizzare il momento volitivo, con l'*economic duress*. Nel diritto italiano vi sono maggiori aperture, ma limitate al significativo squilibrio della prestazione.

Per quanto riguarda il profilo sanzionatorio, i Principi pongono il contraente vittima dello squilibrio di fronte ad un'alternativa: egli può chiedere al Giudice<sup>473</sup> che il contratto venga '*ricondotto ai criteri ordinari di correttezza nel commercio*' oppure può chiedere che il patto venga annullato (co. 2). L'intervento conservativo da parte dell'Autorità Giurisdizionale può essere stimolato anche dal contraente avvantaggiato a cui sia stata resa nota dalla controparte contrattuale l'intenzione di chiedere l'annullamento (co. 3). In questo caso, però l'opzione del destinatario

---

di una condizione posta sullo stesso piano di quella inerente allo scopo del contratto. La dottrina ha ricondotto questa ipotesi all'ambito della tutela del contraente debole in fase di trattative, leggendo invece la situazione citata nel testo quale tentativo di tutelare le parti sul piano strettamente oggettivo.

Così TIMOTEO, *op. cit.*, p. 169 e 173: "La norma, dunque, ... resta fedele al disegno ... di sanzionare gli equilibri sostanziali in sé per sé ... In questi casi sarà sufficiente dimostrare il conseguimento del vantaggio eccessivo sulla base della valutazione interna dell'equilibrio contrattuale e del raffronto con la ... generalità dei contratti dello stesso tipo conclusi da parti con uguale potere contrattuale".

<sup>471</sup> SICCHIERO, *Tramonto (cit.)*, p. 21, p. 23: "Resta [...] il fatto che anche la sola ipotesi eccezionale che consenta di annullare il contratto a prescindere dei predetti elementi soggettivi sintomatici, resta ugualmente un segnale che incrina l'idea che la sola volontà dei contraenti giustifichi sempre e comunque qualsiasi loro scelta [...]".

<sup>472</sup> FERRI, *L'invisibile presenza (cit.)*, p. 907.

<sup>473</sup> Le peculiarità della normativa pattizia in esame non si esauriscono solo sul piano sostanziale. Potrebbe sembrare eccessivo affidare ad un autorità statale – il Giudice – il compito di intervenire su contratti di portata transnazionale. Nella prassi, infatti, chi sarà chiamato a dirimere la controversia sarà un Collegio arbitrale internazionale. Così CORAPI, *op. cit.*, p. 35: "Il compito attribuito al Giudice appare senza dubbio impegnativo, dovendosi egli fare interprete delle diverse esigenze di parti sovente economicamente, socialmente e culturalmente assai lontane fra loro. Si è certamente tenuto presente il ruolo rilevante che ha in queste situazioni il ricorso all'arbitrato internazionale, che per le sue caratteristiche meglio può realizzare un intervento correttivo condotto al fine di rendere il contratto ... conforme ai *reasonable commercial standards of fair dealing*".

dell'avviso deve intervenire in un tempo compatibile con l'affidamento del denunciante.

Dal richiamo al comma secondo dell'art. 3.2.10, in ogni caso, si desume che – ovviamente – qualora la parte avvantaggiata si offra di eseguire il contratto siccome ricondotto ad equità, la parte svantaggiata perde il diritto a chiedere l'annullamento.

Dalla lettura del Commento, si evince che in caso di disaccordo sul tipo di procedura da adottare – se quella di adattamento o di annullamento – sarà il Giudice ad avere l'ultima parola, non solo sulla percorribilità del rimedio conservativo, ma anche sulle condizioni di modifica.

L'analisi delle disposizioni richiamate rivela una strategia di protezione del contraente vittima dello squilibrio che è perfettamente in linea con le tesi sostenute da quella dottrina e giurisprudenza che ritiene che nell'ordinamento italiano l'istituto della causa possa essere posto a presidio del requisito dell' "*almeno tendenziale equivalenza delle prestazioni*".

Peraltro, la differenza sostanziale in questo caso sarebbe data dalla possibilità di accedere ad un sistema di adeguamento al fine di equilibrare fra loro le prestazioni.

Questo sistema è molto più evoluto di quello che la dottrina e la giurisprudenza appena citate pretendono di rinvenire all'interno dell'ordinamento italiano: si tratta, come si diceva, di un rimedio prettamente conservativo, ben più consono alle esigenze di mercato di quanto sia la disciplina della nullità.

Anche i PDEC contengono una normativa esplicita dedicata alle ipotesi di squilibrio contrattuale: l'art. 4:109.

Significativamente esso è rubricato "*Ingiusto profitto o vantaggio iniquo*".

La norma sanziona una situazione che è apparentemente affine a quella già vista nei Principi. I PDEC permettono alla vittima dello squilibrio contrattuale di annullare il contratto o, a determinate condizioni, di chiedere la sua modifica *iure imperii*.

La fattispecie prevede anzitutto che una parte abbia "*una relazione di fiducia con l'altra*" o si trovi "*in una situazione di bisogno*" o abbia "*necessità urgenti*" o sia "*affetto da prodigalità*" o, infine, sia "*ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare*".

Questi primi requisiti attengono essenzialmente a stati psicologici e a condizioni socioculturali di uno dei due contraenti.

L'art. 4:109 richiede altresì che queste situazioni soggettive fossero conosciute o conoscibili all'altra parte.

Infine, venendo al requisito principale, caratterizzante l'istituto in esame, è necessario che “*date le circostanze e lo scopo del contratto*” la controparte contrattuale abbia tratto dalla situazione dell'altra “*un vantaggio iniquo o un ingiusto profitto*”<sup>474</sup>.

Anche nei PDEC, come nei Principi, la regolamentazione dello squilibrio contrattuale è posta in stretta correlazione con il principio della vincolatività del contratto.

Ed ancora, nei PDEC, come nei Principi, non è possibile formare un giudizio su ingiustizia del profitto o sull'iniquità del vantaggio se non avendo a mente lo “scopo del contratto”.

Il Commento, infatti, assume come presupposto fondamentale il fatto che le parti siano i giudici migliori riguardo alla reciproca convenienza dello scambio; tuttavia, dimostra di prendere in considerazione i casi in cui la capacità di autovalutazione della convenienza possa essere obliterata da un “*approfittamento scorretto*” della controparte contrattuale<sup>475</sup>.

In sostanza, questa norma mira a tutelare l' “*indipendenza di valutazione*” delle parti del contratto.

Per quel che concerne il requisito soggettivo, consistente in quella serie di situazioni alternative in cui deve versare il contraente vittima dell'approfittamento, il Commento detta alcune scarse direttive interpretative.

In particolare, viene precisato che la “*relazione di fiducia*” può consistere anche in un mero rapporto di confidenza.

Parimenti vi sono alcune puntualizzazioni relativamente ai requisiti di ordine oggettivo.

---

<sup>474</sup> GRASSO, *op. cit.*, p. 339 ss. .

<sup>475</sup> PDEC (*cit.*), p. 261 ss. .

Quanto all'ingiustizia del profitto, con riferimento al "prezzo" si ritiene che il requisito ricorra quando quest'ultimo sia "eccessivo" rispetto al prezzo normale, pur tenendo conto di particolari circostanze di ordine generale che possano influenzare il rapporto fra domanda e offerta (viene fatto l'esempio di una riduzione dell'offerta di prodotti agricoli dovuta a ragioni climatiche avverse alla produzione).

Il Commento prosegue col chiarire che il presupposto oggettivo può alternativamente sussistere nell'ipotesi di iniquità del vantaggio.

Al di là della questione semantica e definitoria circa le differenze fra profitto e vantaggio, preme di rilevare come in questo caso il Commento dia specificamente atto che una parte possa ricorrere alla tutela in esame anche quando lo scambio non sia "eccessivamente" sbilanciato, ma l'iniquità derivi da altre circostanze.

E' significativo che l'esemplificazione riporti il caso in cui un contraente abbia acquistato al prezzo corrente un bene usato, ma abbia ommesso di avvisare il venditore – di cui aveva ottenuto la fiducia – che reperire un bene nuovo, analogo a quello compravenduto, sarebbe costato una somma eccessiva per le possibilità di quello.

Sul piano più specifico delle conseguenze, si è già accennato al diritto della parte svantaggiata di chiedere l'annullamento del contratto.

Alternativamente, ai sensi del secondo comma dell'articolo in esame, su domanda di parte il giudice può, ove il rimedio sia "adeguato", modificare il contratto per renderlo conforme a buona fede e correttezza.

I PDEC si dimostrano pertanto più vicini all'impostazione tradizionale della *common law* ed, in qualche misura, a quella del nostro istituto della rescissione. Resta il fatto che la valutazione funzionale, ancorché non sufficiente a permettere l'accesso al rimedio, costituisce un elemento essenziale della fattispecie.

E' interessante che qui i PDEC non impongano al giudice, *de plano*, l'obbligo di riequilibrare l'assetto economico del patto, quanto piuttosto quello di ricondurlo entro i limiti in cui si deve svolgere l'autonomia privata (si veda la formulazione dell'art. 1:102, richiamata *infra*), ovvero quelli della buona fede e della correttezza<sup>476</sup>.

---

<sup>476</sup> CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi (cit.)*, p. 806.

E' stato notato che la valutazione dello squilibrio in rapporto allo "scopo" altro non sarebbe che un utilizzo di un extraparametro funzionale assimilabile al nostro concetto di causa<sup>477</sup>.

L'iniziativa per chiedere la modifica del contratto può anche provenire dalla parte avvantaggiata, dopo che questa abbia ricevuto la comunicazione prevista dall'art. 4:112.

Come già accennato, infatti, l'annullamento avviene tramite invio di una dichiarazione stragiudiziale alla controparte, cui quest'ultima può reagire chiedendo l'adeguamento del contratto.

A mente dell'art. 4:118, peraltro, la tutela contro lo squilibrio contrattuale è considerata irrinunciabile.

Ferma la libera determinabilità del contenuto del contratto – e fermi altresì i limiti già esposti nel paragrafo precedente – è stabilito anche nell'*Avant-projet* un trattamento particolare del patto iniquo.

L'art. 30, infatti, stabilisce che è rescindibile il contratto in cui una delle parti fa dare o promettere dei vantaggi patrimoniali manifestamente sproporzionati rispetto alla controprestazione da lei a sua volta data o promessa.

Il semplice fatto dell'asimmetria di valore economico non è sufficiente per accedere al diritto di rescindere il contratto: infatti, è necessario che il beneficiario della prestazione abbia approfittato di una situazione di soggezione della controparte, che è ampiamente definita fino a comprendere – accanto alle tipiche e note fattispecie dello stato di necessità o di pericolo – anche la semplice inesperienza o la dipendenza economica o morale della parte promittente.

Il rimedio della rescissione, conformemente a quanto già visto per le altre codificazioni, non implica l'immediata perdita di efficacia del patto.

Il meccanismo di gestione dello squilibrio è delineato dall'art. 157, che assume una forte connotazione procedimentale.

La parte che intende procedere con la rescissione, anzitutto, deve inviare all'altra una dichiarazione in cui esplicita l'intento di chiedere l'applicazione del rimedio.

---

<sup>477</sup> FERRI, *L'invisibile presenza (cit.)*, p. 905.

Note le determinazioni della controparte contrattuale, chi ha beneficiato della prestazione iniqua ha così il tempo di “*comporre stragiudizialmente la questione*”.

Se le parti non riescono ad addivenire ad un accordo bonario, è possibile procedere alla caducazione giudiziale degli effetti.

Invero, è comunque riconosciuto il potere alle parti, anche singolarmente, di istare affinché il giudice riconduca ad equità il lo scambio pattizio.

Va comunque precisato che, con grande precisione sistematica, l'ultimo comma dell'articolo in esame prevede che non sia possibile chiedere la rescissione nell'ipotesi in cui risulti che le parti abbiano inteso concludere un contratto aleatorio o con caratteristiche di liberalità. Il medesimo comma prevede inoltre che il rimedio non sia concesso dove la differenza di prezzo dipenda dalla “*particolare affezione*” di una parte per l'oggetto del contratto.

Resta ferma, ovviamente, la possibilità per le parti di accordarsi al fine di ricondurre il patto ad equità anche dopo che è stata incardinata la lite.

Dai Rapporti, emerge come l'inserimento dell'istituto della rescissione sia principalmente da ricondursi all'accoglimento delle argomentazioni dei giuristi di *civil law*. In generale, il risultato redazionale consiste in una sintesi dei diversi meccanismi approntati negli ordinamenti continentali<sup>478</sup>.

A differenza che nei Principi, i PDEC e l'*Avant-projet* richiedono che all'asimmetria oggettiva, si coniughi un profilo di sfruttamento della controparte contrattuale. Questo argomento potrebbe essere usato per escludere un possibile riferimento al profilo economico – individuale della vicenda pattizia.

E' anzi vero il contrario. Come si accennava, è stato notato che l'esame dell'equilibrio economico assume un ruolo centrale negli istituti esaminati: l'operazione economica viene eliminata solo quando sia in distonia con il mercato<sup>479</sup>.

---

<sup>478</sup> *Code Europeen (cit.)*, p. 341 ss. e 401 ss. .

<sup>479</sup> Con queste parole SICCHIERO, *Tramonto (cit.)*, p. 28.

### ***Il contratto contra legem.***

L'art. 3.1 dei Principi ed. 2004 si poneva quale prima deroga alla regola secondo cui il consenso era il solo elemento sufficiente. Le norme dei Principi, infatti, non intendono, allora come oggi, interferire con le disposizioni imperative del paese di cui sarà applicabile la legge secondo le norme di conflitto.

La disposizione in esame recitava: “*Questi Principi non si applicano all’invalidità dovuta a ... contrarietà alla legge o al buon costume.*”.

L’illiceità veniva già presa in considerazione come dato dogmatico autonomo. Ancora più rilevante era che si trattava non tanto dell’oggetto del contratto in sé per sé, ma piuttosto del contenuto nella sua globalità, quasi a voler suggerire che si fosse presa in esame l’ipotesi in cui di illecito vi fosse l’assetto d’interessi espresso nel patto<sup>480</sup>.

L’art. 1.4 prevede tutt’ora che le norme dei Principi siano programmaticamente subordinate alle norme imperative nazionali o internazionali.

Si è visto ampiamente come sia il diritto italiano, come è noto, sia la *common law*, conoscano, accanto all’invalidità del patto per illiceità dell’oggetto (delle prestazioni) anche l’ipotesi di invalidità per incompatibilità con l’ordinamento dell’assetto d’interessi sotteso al patto (meritevolezza di tutela e illiceità della causa da un lato, *public policy* dall’altro).

L’edizione del 2010 ha visto l’introduzione dell’art. 3.3.1. Nella prima parte di quella disposizione, si dà fisionomia autonoma al vizio di contrarietà alle norme imperative. Nella seconda parte e nel successivo articolo, è previsto che il contratto che infranga una norma imperativa sia sottoposto alle conseguenze che per il caso prevede la norma violata, sia essa di diritto internazionale o di diritto interno, od alle conseguenze che più sono coerenti con la disciplina del caso concreto.

Ciò che qui preme di rilevare è che viene esplicitamente previsto che sia il contratto, nel suo insieme, a violare la legge.

---

<sup>480</sup> Lo suggerisce anche il Commento: BONELL, *I Principi (cit.)*, p. 165.

Nel Commento<sup>481</sup> è esplicitamente chiarito che la disposizione serve a limitare la libertà contrattuale. Inoltre, fra gli esempi di illiceità è riportato il caso in cui la contrarietà alle norme avvenga poiché è illecito il *purpose* del contratto.

Il capitolo IV dei PDEC è intitolato all' "Invalidità".

La prima disposizione, contenuta nell'art. 4:101, premette che le disposizioni di quel capitolo non dovranno in ogni caso applicarsi all'invalidità derivante dalla contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico.

L'impostazione prudente dell'articolato trova immediata spiegazione nel Commento<sup>482</sup>. Il passo indietro del Codice viene dalla grande varietà degli ordinamenti degli Stati membri relativamente ai contratti che devono considerarsi non meritevoli di esecuzione per aver violato le norme imperative e i precetti del buon costume.

Verrebbe da pensare che il problema sia quindi anzitutto di tipo redazionale. Invero, tuttavia, il Commento precisa altresì che sarebbero comunque necessarie "*analisi più approfondite*" per stabilire se sia possibile estendere i PDEC anche all'invalidità scaturente dalle citate violazioni.

Al di là della decisione se applicare la disciplina dell' "invalidità" anche alle ipotesi di violazione delle norme imperative, i PDEC riconoscono comunque che l'autonomia privata non possa svolgersi in violazione di queste, siano esse contenute nei PDEC stessi o, a determinate condizioni, anche negli ordinamenti nazionali.

Anzitutto, infatti, l'art. 1:102, predicativo dell'autonomia contrattuale, precisa che la libertà di stipulare contratti trova il precipuo limite delle norme imperative contenute nei PDEC (oltre che dei principi di buona fede e correttezza).

La disposizione successiva, all'art. 1:103, si occupa invece delle norme imperative vigenti negli ordinamenti interni degli Stati membri. Il primo comma afferma che "*Quando la legge applicabile lo consente, le parti possono decidere che il contratto sia regolato dai Principi*". L'enunciato che più interessa, tuttavia, è quello che segue: "*... in tal caso le norme imperative nazionali non sono applicabili*".

---

<sup>481</sup> Consultato in bozza, 2011 [2010, BONELL, *draft on illegality*, UNIDROIT working paper].

<sup>482</sup> PDEC (cit.), p. 228 ss. .

L'apparente singolarità della regola trova subitanea spiegazione nel Commento, che chiarisce che “*Se è consentito dalla legge applicabile ... le parti possono decidere che la loro controversia sia regolata da Principi come se essi facessero parte di un ordinamento giuridico*”<sup>483</sup>.

Insomma, la possibilità di esclusione dell'applicazione delle norme imperative statuali deriverebbe in buona sostanza da un meccanismo affine a quello della libera scelta della legge applicabile prevista dalle più moderne legiferazioni in materia di diritto internazionale privato.

Coerentemente con questa premessa, tuttavia, il secondo comma dell'articolo precisa – superflualmente – che è comunque assicurata l'applicabilità di quelle norme imperative della legge nazionale che non dipendano dalla legge che regola il contratto.

E' quindi comunque assicurata l'applicazione delle c.d. norme di applicazione necessaria.

In termini generali, le due norme non consentono di escludere che vi possa essere una valutazione di legittimità del contratto in sé per sé considerato<sup>484</sup>.

Si è già detto, con riguardo all'*Avant-projet*, che il contenuto del contratto, pur liberamente determinabile dalle parti, deve rispettare le norme imperative<sup>485</sup>.

Questa disposizione è inserita nell'art. 2, ed è una previsione che si pone come ulteriore rispetto al requisito della liceità dell'oggetto indicato nell'art. 25.

Invero, l'art. 30, inserito sempre nel titolo III, dedicato al contenuto del contratto, non solo ribadisce che l'illiceità è da intendersi quale contrarietà alle norme imperative, ma precisa che è altresì illecito “*il contenuto di un contratto che costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*”.

Peraltro, l'art. 140 statuisce che il contratto è nullo quando è contrario all'ordine pubblico, ai buoni costumi, a una regola imperativa emanata per la tutela dell'interesse generale o per la salvaguardia di situazione di rilevanza sociale

---

<sup>483</sup> PDEC (cit.), p. 100 ss. .

<sup>484</sup> RASCIO, *I Principi di diritto europeo e la causa del contratto*, Eur. dir. priv., 2003, p. 259 ss.; Ampiamente, GRASSO, *op. cit.*, p. 320 ss. .

<sup>485</sup> *Code Europeen*, (cit.), p. 297 ss. .

primaria, o, infine – per quel che qui rileva – qualora sia contrario ad ogni altra norma imperativa applicabile.

Sul piano delle conseguenze della nullità, accanto alle note vicende caducatorie, vengono in rilievo anzitutto i commi primo e secondo dell' art. 144.

La prima disposizione prevede che vi possa essere una mera declaratoria di nullità parziale: di fronte ad una clausola nulla, il contratto potrà rimanere valido nella parte restante, purché quest'ultima abbia una sua autonoma consistenza e validità e realizzi in modo ragionevole lo scopo perseguito dalle parti.

Addirittura, è previsto al secondo comma che la nullità di un contratto non si possa estendere ad un contratto collegato, qualora il singolo vincolo non abbia “*una portata essenziale rispetto al contenuto dell'affare nel suo complesso*”.

Infine, è dettata al primo comma dell'art. 145 una norma che richiama la logica della conversione del contratto nullo.

Nell'*Avant-projet* è così previsto che il contratto nullo possa produrre gli effetti di un contratto diverso e valido “[... purché] *consenta di realizzare in modo ragionevole lo scopo perseguito dalle parti*”.

Va precisato che conversione e applicazione del principio *utile per inutile non vitiatur*, pur essendo dinamiche che operano per il solo fatto che esistano i requisiti, seguono nel loro realizzarsi specifiche norme procedurali volte ad evitare, essenzialmente, violazioni del principio dell'affidamento.

Si tratta in ultima analisi di una valutazione di compatibilità della nullità parziale o della conversione con gli interessi delle parti: rileva allora il dato funzionale.

Sul piano generale, ad ogni modo, vale per l'*Avant-projet* quanto già detto per i Principi.

### ***Interpretazione ed integrazione del contratto.***

Le norme che i Principi dedicano all'interpretazione del contratto sono contenute negli artt. 4.1 e seguenti<sup>486</sup>.

---

<sup>486</sup> BONELL, *I Principi (cit.)*, p. 209 ss. .

I Principi disegnano un sistema di strumenti di interpretazione che in qualche modo richiama esperienze note agli ordinamenti continentali.

Senza alcuna pretesa di esaustività e soprattutto senza l'intenzione di dare una collocazione a livello tecnico – dogmatico, si può comunque notare come gli artt. 4.1 e 4.2 considerino rilevanti ai fini dell'interpretazione i seguenti aspetti: 1. l'intenzione delle parti; 2. il loro comportamento precedente e successivo alla conclusione; 3. il tenore complessivo del patto (art. 4.1, 4.2 e 4.3). Questi elementi devono essere presi in considerazione in uno a due principi, quello in base al quale si devono il più possibile evitare interpretazioni che lascino senza significato parti della dichiarazione e quello comunemente conosciuto con il nome latino di *interpretatio contra proferentem* (4.5 e 4.6).

In sostanza, pur anche qui non intendendosi prendere posizione sul piano dogmatico, pare, con una certa approssimazione, che il *corpus* di disposizioni sull'interpretazione contenuto nei Principi segua la tendenza di valorizzare l'accordo nel suo significato sociale: ci si riferisce infatti, *in primis*, all'intenzione 'comune' delle parti. Addirittura, quando non sia possibile arrivare ad una soluzione interpretativa convincente, la prima regola sussidiaria è quella di interpretare il contratto “secondo il significato che persone ragionevoli della stessa qualità delle parti avrebbero ad esso attribuito nelle medesime circostanze”.

I Principi, ad ogni modo, non lasciano l'interprete solo nel determinare il significato delle locuzioni “*intenzione comune*” e “*persona ragionevole*”.

Lo stratagemma che i Principi usano per guidare l'interprete è quello di indicare, all'art. 4.3 una serie di circostanze che debbono essere tenute comunque in considerazione nella fase interpretativa.

In particolare, si dovrà avere riguardo alla natura ed allo “*scopo del contratto*”<sup>487</sup>.

E' stato notato che questa regola può essere direttamente ricondotta al procedimento interpretativo ciclico che nell'ordinamento italiano impone di tener conto della causa

---

<sup>487</sup> *Ibidem*, p. 216 e 217.

del contratto anche nel processo di accertamento del contenuto giuridico del negozio<sup>488</sup>.

La prima sezione del capitolo quinto dei Principi è intitolata al “*contenuto*” del contratto.

Detta sezione contiene una serie di disposizioni difficilmente collocabili non solo sul piano dogmatico secondo le nostre costruzioni, ma anche secondo la stessa logica deduttiva.

Il primo articolo della sezione recita: “*Le obbligazioni contrattuali possono essere espresse od implicite*”.

Il Commento stesso dell’articolo in esame coglie il legame fra interpretazione e determinazione dell’oggetto del contratto, nei termini in cui specifica che “*nei limiti in cui le regole sull’interpretazione prevedano criteri per integrare le lacune (oltre ai criteri per risolvere le ambiguità), esse possono tornare utili nella determinazione del preciso contenuto del contratto e quindi nella determinazione delle clausole che devono considerarsi implicitamente contenute nel contratto*”.

Il successivo articolo precisa che l’esistenza di obbligazioni implicite si desume anche dalla “*natura e lo scopo del contratto*”.

Significativamente, il Commento si premura di giustificare l’istituto dell’ “*obbligazione implicita*”, evidentemente di un certo impatto sugli operatori, stante le enunciate esigenze di certezza che l’adozione dei Principi dovrebbero assicurare.

Per quanto concerne quel particolare fatto genetico di obbligazioni implicite (lo *scopo del contratto*) in particolare, il Commento afferma che le obbligazioni per esso sorte “*sono così ovvie, data la natura o lo scopo dell’obbligazione, da far ritenere alle parti che non fosse necessario prevederle in modo esplicito*”.

I Principi dimostrano qui di avere piena consapevolezza dell’esistenza sociale di *patterns* di obbligazioni che tra loro formano un disegno coerente denotando un certo *scopo del contratto*. Non solo, dimostrano anche di condividere l’assunto in base al quale un certo specifico contratto, avente una determinata struttura nel caso

---

<sup>488</sup> “noi diremmo, la causa, il tipo”, con queste parole viene parafrasato il sopramenzionato “scopo” da parte di ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell’Unidroit e il sistema contrattuale italiano, Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 324; D’accordo FERRI, *L’invisibile presenza (cit.)*, p. 907.

concreto, non può dirsi coerente rispetto alla sua funzione se non è completato da un obbligo “implicito”.

Lo scopo di un contratto è altro rispetto all’uso del commercio, se non altro perché nella lista dell’art. 5.1.2 sono in due voci separate.

Qui più che altro si dà conto della preesistenza di un certo assetto di interessi anche (in parte) rispetto all’esatta determinazione delle obbligazioni sorte dall’accordo.

Si tratterebbe anche qui di valorizzare qualcosa di affine all’interesse economico individuale che è sotteso al patto, e quindi, in ultima analisi, la sua causa<sup>489</sup>.

Questa necessità è tanto più forte in quanto i Principi non hanno una serie di disposizioni suppletive dedicate ai contratti speciali.

E’ stato infatti notato che per molte delle c.d. obbligazioni implicite, il diritto italiano preferirebbe parlare di integrazione legale del contratto, su questo comunque si è detto<sup>490</sup>.

In sostanza, per ovvie esigenze, il modello dei Principi è più vicino alla *common law*, ma è tutt’altro che insensibile alla dimensione funzionale dell’accordo (come del resto la *common law*), ed anzi, tende a valorizzarla nel suo dato concreto.

Le norme dedicate all’interpretazione del contratto trovano sede negli artt. 5:101 e ss. dei PDEC<sup>491</sup>.

La regola principale che viene adottata, rientrante nell’ambito di operatività della c.d. interpretazione soggettiva, è quella per cui il contratto deve essere interpretato secondo la comune intenzione delle parti. Questo principio, noto alle codificazioni continentali, è precisato dal comma secondo dell’art. 5:101, che impone di orientare l’interpretazione nel senso del “*significato comune*” anche solo sulla base di quello che si può presumere che sia, avuto riguardo ai rapporti fra i contraenti.

Il terzo comma dell’art. 5:102 indica una norma di interpretazione c.d. oggettiva.

Qualora permanga uno stato di incertezza in seguito all’utilizzo dei canoni interpretativi appena menzionati, il comma terzo impone di interpretare il contratto

---

<sup>489</sup> FERRI, *L’invisibile presenza (cit.)*, p. 905.

<sup>490</sup> ALPA, *Prime note (cit.)*, p. 326.

<sup>491</sup> CAROCCIA, *L’interpretazione del contratto, il modello dei P. Unidroit per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Napoli, 2006. Consultato ampiamente: si v. p. 136, 153, 182.

secondo il significato che potrebbe esservi dato da persone ragionevoli, “*nelle stesse circostanze*”.

L’ambiguità del riferimento alle “circostanze” viene risolta dall’articolo seguente, che indica una serie di dati esemplificativi di cui dovrà tener conto l’interprete.

In particolare, alla lettera (c) si chiede di aver riguardo alla “natura e all’oggetto del contratto”, mentre alla successiva lettera (g) alla “buona fede e alla correttezza”<sup>492</sup>.

Il Commento arricchisce il testo fornendo degli esempi pratici<sup>493</sup>.

In particolare, quanto alle circostanze relative alla “*natura e all’oggetto del contratto*”, si esclude che in un “*contratto di giardinaggio*”, la cura dello spazio verde implichi anche la manutenzione di un muro di cinta.

Seguono poi altri tre articoli che, nell’ordine, enunciano principi ormai consolidati: il 5:103 predica l’*interpretatio contra proferentem*; il 5:104 impone di dare prevalenza alle clausole oggetto di trattativa individuale; il 5:105 ribadisce il principio dell’interpretazione complessiva, ed il successivo quello della conservazione della volontà contrattuale.

Anche qui, lo “scopo” è stato ricondotto all’interesse economico – individuale, e quindi assimilato al nostro concetto di causa<sup>494</sup>.

Il capitolo VI dei PDEC è dedicato, letteralmente, al “contenuto ed effetti” del contratto.

Detto capitolo contiene una serie di norme piuttosto eterogenee fra loro.

Il primo articolo si occupa di offrire una linea di distinzione fra gli incontri di volontà che possono dare luogo al sorgere di obbligazioni e le dichiarazioni congiunte che, per una serie di ragioni, restano nell’ambito del giuridicamente irrilevante.

In particolare, al netto del problema degli enunciati *iocandi causa*, il primo comma fornisce degli strumenti per valutare, essenzialmente, la “serietà” della dichiarazione astrattamente costituente proposta o accettazione. I criteri dirimenti sono: a.

---

<sup>492</sup> CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi (cit.)*, p. 817; Canoni ricondotti comunque alla disciplina degli affari, siccome rivelantesi nella fattispecie concreta (si v. CAROCCIA, *op. cit.*, p. 185).

<sup>493</sup> PDEC (cit.), p. 501 ss. .

<sup>494</sup> FERRI, *L’invisibile presenza (cit.)*, p. 905; G. FERRI, *op. cit.*, p. 461.

l'importanza che la dichiarazione sembra avere per l'altra parte, *b.* la "commercialità" della dichiarazione, *c.* la competenza (tecnica) delle parti.

Il Commento considera questi aspetti quali spie della "consapevolezza" delle parti<sup>495</sup>.

L'art. 6:102 si occupa di trattare il tema già affrontato delle "clausole implicite".

Nello specifico, la norma prevede che il contratto possa contenere anche delle clausole implicite, quando il loro inserimento si renda necessario avuto riguardo all'intenzione delle parti, alla natura e all'oggetto del contratto o, infine, ai canoni di buona fede e correttezza.

Il Commento chiarisce che le clausole implicite in particolare concorrono a delineare degli aspetti "*necessari per il funzionamento del contratto*".

Ciò che qui interessa, in particolare, è quanto previsto dalle lettere *b* e *c*.

Nel Commento i redattori danno atto del fatto che l'indicatore della natura e dell'oggetto del contratto consente "al giudice di valutare il modo migliore per dare esecuzione al contratto". Il Commento si spinge a sostenere che un' "*indicazione particolarmente utile possono dare le clausole normalmente contenute in contratti della stessa specie o adottate nelle convenzioni internazionali riguardanti contratti analoghi*".

Per quel che attiene all'indicatore *sub c* ovvero quello della buona fede e correttezza, il Commento si spende in una definizione tautologica (il giudice deve assumere "*un punto di vista oggettivo circa ciò che la buona fede e la correttezza esigerebbero*"). Nell'atto di esemplificare, però il Commento descrive l'ipotesi di un contratto che preveda "*molti rischi per una parte*". In questo caso potrebbe essere necessario ricavare una clausola implicita che dia alla parte soggetta al rischio "*una protezione adeguata*".

E' evidente che ciò di cui si parla in quella sede richiama direttamente una valutazione sull'aspetto economico – individuale della vicenda contrattuale: ciò ha portato ad associare la fattispecie descritta alla nostra causa del contratto<sup>496</sup>. Valga in ogni caso quanto già argomentato circa il contenuto dei Principi.

---

<sup>495</sup> PDEC (cit.), p. 299 ss. .

<sup>496</sup> FERRI, *L'invisibile presenza* (cit.), p. 905; SICCHIERO, *Tramonto* (cit.), p. 27.

Sul piano della ricostruzione della volontà contrattuale, l'*Avant-projet* detta una disciplina esplicita dedicata alle clausole implicite (art. 32)<sup>497</sup>.

In particolare, è previsto che rientrino nel contenuto del contratto non solo le clausole espressamente pattuite dalle parti, ma anche, anzitutto, quelle imposte dalle norme del codice o da disposizioni suppletive o inderogabili del diritto statale e comunitario.

E' noto infatti che l' *Avant-projet* contiene una seppur limitata regolamentazione di alcune fattispecie di parte generale che tuttavia possono dare origine a fenomeni di eterointegrazione del patto (ad es. si pensi al fatto che è disciplinata la cessione del credito).

La scelta dell'*Avant-projet*, comunque, non si limita a quelle regole rispondenti a necessità di integrazione legale. Infatti, è previsto altresì che il patto sia integrato dai doveri imposti dalla buona fede.

Ancora, è significativamente statuito che rientrano nel regolamento contrattuale anche tutte le clausole che debbano considerarsi necessarie affinché il contratto possa produrre gli effetti voluti dalle parti.

In termini sintetici, è stato ritenuto che il riferimento agli 'effetti' possa ricondursi alla valutazione in termini funzionalistici propria dell'istituto della causa<sup>498</sup>.

Gli artt. 39 e seguenti si occupano poi, più propriamente, di disciplinare il momento interpretativo.

Sul piano sistematico, si osserva che, conformemente a quanto previsto nella maggioranza degli ordinamenti europei, il canone ermeneutico principale è quello letterale – oggettivo.

Esistono poi dei criteri interpretativi residuali, sostanzialmente assimilabili a quelli previsti nel nostro codice civile.

In particolare, però, è interessante notare che l'ultimo comma dell'art. 39 prevede che in ogni caso l'interpretazione del contratto non debba condurre ad un risultato

---

<sup>497</sup> *Code Européen, (cit.)*, p. 118 ss. .

<sup>498</sup> *Ibidem*, p. 911.

che sia contrario a buona fede o ragionevolezza: qui la ragionevolezza è da associarsi sul piano sistematico, al controllo concreto della vicenda contrattuale<sup>499</sup>.

Infine, esiste una regola di chiusura generale dell'algoritmo interpretativo, trasfusa nel disposto dell'art. 41: è previsto che, qualora il contratto rimanga oscuro nonostante l'applicazione successiva dei criteri citati, si debba interpretare, se a titolo oneroso, in modo da realizzare l'equo contemperamento degli interessi delle parti.

Anche qui è evidente la continuità con la teoria della causa nell'ordinamento italiano.

### ***Mutamento delle condizioni.***

La sezione seconda del capitolo sesto dei Principi è rubricata *Hardship*<sup>500</sup>.

Il primo articolo della sezione contiene un'enunciazione di principio: “*Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni*”.

Pare chiara la scelta di cristallizzare il rischio del mutamento delle condizioni sul debitore.

La disposizione prosegue però con un'ulteriore preposizione concessiva, che introduce appunto l'istituto dell'*Hardship*, quale deroga al principio enunciato.

Apparentemente la regola generale sembra riferirsi al caso dell'aumento dei costi necessari per l'adempimento.

Infatti, queste disposizioni dei Principi sono tradizionalmente associate alla disciplina interna della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Tuttavia, l'articolo successivo precisa che “*ricorre l'ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione.*”.

---

<sup>499</sup> SICCHIERO, *Tramonto (cit.)*, p. 30 – 31.

<sup>500</sup> ALPA, *I principi (cit.)*, p. 47; BRECCIA, *op. cit.*, p. 43.

Da questa disposizione e dalla lettura del Commento si comprende allora che l' *onerosità* dell'adempimento va definita non solo in termini di valori assoluti, ma anche in relazione al vantaggio conseguibile dal debitore a fronte della percezione della controprestazione<sup>501</sup>.

E' significativo allora il raffronto con l'art. 3.2.7: lì lo squilibrio sussisteva al momento della stipula, qui è un effetto di un imprevisto, indipendente dalla condotta delle parti, intervenuto o divenuto noto successivamente alla stipula del contratto, dell'accadimento del quale una delle parti non abbia assunto il rischio.

Il Commento all'art. 6.2.2 tenta di dare un primo inquadramento definitorio al concetto di "*diminuzione del valore della controprestazione*".

In particolare, nel Commento si dà atto che non rileva unicamente la riduzione del valore intrinseco della prestazione, ma anche la diminuzione di valore avuto riguardo allo scopo per il quale la prestazione era stata richiesta.

Addirittura, il Commento – pur escludendo la rilevanza del mero scopo soggettivo – ritiene sufficiente che lo scopo della prestazione fosse anche soltanto conoscibile al debitore.

Vengono immediate alla mente, in quest'ottica, le teorie sulla frustrazione dell'interesse creditorio.

In questo senso, la dottrina italiana ha esplicitamente collegato l'*Hardship* alla teoria della presupposizione<sup>502</sup>.

E' stato notato, tuttavia, che la presupposizione, in una fattispecie regolata dal diritto italiano, potrebbe essere invocata anche nell'ipotesi in cui l'evento presupposto fosse stato prevedibile: così non invece nel caso di applicazione dell'istituto dell'*hardship*<sup>503</sup>.

L'art. 6.2.3 si occupa delle conseguenze dell'accadimento costituente *hardship*.

Anzitutto, la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto.

---

<sup>501</sup> BONELLI, *I Principi (cit.)*, p. 309 ss. .

<sup>502</sup> E quindi alla causa del contratto: FERRI, *L'invisibile presenza (cit.)*, p. 905.

<sup>503</sup> ALPA, *Prime note (cit.)*, p. 331, che ricorda anche che l'intero istituto dell'*hardship* è disegnato con lo scopo di "mantenere in vita il contratto" in ossequio alle esigenze del commercio internazionale.

A questo punto, le parti si trovano sostanzialmente innanzi all'alternativa se raggiungere in via stragiudiziale un accordo sulla modifica delle condizioni o sulla risoluzione consensuale o se adire l'autorità giurisdizionale.

Peraltro, il Giudice (si ricorda comunque che nei Principi è incentivata la previsione di collegi arbitrali) dinnanzi ad un'ipotesi conclamata di *hardship* ha ampi poteri di intervento, che vanno dalla declaratoria di risoluzione (con la possibilità di previsione di modalità particolari di *exit*) alla rideterminazione del contenuto del contratto.

Per quel che attiene alla gestione delle sopravvenienze, i PDEC contengono l'art. 6:111, che si occupa di regolare la materia<sup>504</sup>.

L'articolo inizia con l'enunciazione del principio della generale indifferenza del rapporto alla maggiore onerosità sopravvenuta. Il rischio resta sul debitore.

Quest'ultima categoria, nella definizione, finisce per ricomprendere sia l'aumento puro e semplice dei costi dell'adempimento, sia la diminuzione di valore della controprestazione.

Al secondo comma, il principio appena enunciato subisce l'importante deroga derivante dal caso che rubrica l'articolo: il *mutamento delle circostanze*.

Esiste quindi un'onerosità sopravvenuta che è rilevante per le sorti del contratto. Devono però sussistere tre ulteriori condizioni: la prima è che il mutamento deve essere avvenuto dopo la conclusione del contratto. La seconda è che questo mutamento di circostanze non doveva essere prevedibile al momento della conclusione del contratto. Infine, la terza è che il rischio di questo mutamento non deve essere stato uno di quelli che, in relazione al contratto, la parte che lo subisce doveva essere stata tenuta a sopportare.

Nel Commento viene dato conto delle tendenze principali a cui risponde la logica sottesa dall'articolo in esame.

In particolare, si rileva come l'istituto sia stato introdotto perché “*il rischio di un mutamento delle circostanze che non sia stato previsto non può essere ... allocato dal contratto stipulato dalle parti*”; conseguentemente, la valutazione di chi dovrà sopportare il costo deve essere affidata alle parti, o, in loro disaccordo, al giudice.

---

<sup>504</sup> PDEC (cit.), p. 322 ss. .

Il Commento fornisce altresì alcuni chiarimenti circa i requisiti.

Anzitutto, si precisa che la sopraggiunta maggiore onerosità deve essere, conformemente al co. 2 dell'articolo, “*eccessiva*”. In particolare, poi, l'eccessività deve comportare che il contratto sia completamente “*ribaltato dagli eventi*”: non basterebbe un puro e semplice squilibrio tra prestazioni.

Quanto al “*fattore temporale*”, il Commento precisa che nel caso in cui il mutamento degli eventi sia avvenuto anteriormente alla stipula del contratto – ignoto alle parti – dovrà trovare applicazione la normativa sull'errore.

I redattori precisano altresì che il parametro per valutare se un rischio doveva essere o meno preso in considerazione è quello di rapportarsi alla capacità di previsione del *reasonable man*.

Infine, si precisa che il rischio non deve rientrare nell'alea contrattuale, sia essa dipendente da una specifica clausola pattizia o sia dipendente dalla natura del contratto sottoscritto.

In presenza di questi requisiti, il penultimo comma dell'articolo 6:111 offre alle parti l'opportunità di rinegoziare i termini del patto. In difetto, il giudice, per ipotesi su richiesta della parte svantaggiata dalle circostanze sopravvenute, potrà alternativamente sciogliere il contratto o “*modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze*”.

Nel Commento si precisa che “*la modifica delle clausole del contratto deve tendere a ristabilire l'equilibrio contrattuale, facendo sì che i costi aggiuntivi imposti dalle circostanze non previste siano sopportati in maniera equa dalle parti.*”<sup>505</sup>.

E' precisato altresì che il giudice non può “*riscrivere il contratto nel suo insieme*” ma può solo modificare singole clausole. Al più, in caso di scioglimento del rapporto, può prevedere che ciò avvenga a “*determinate condizioni*”. Nel Commento si fa l'esempio del pagamento di indennità o – a seconda dei casi – di una parte di prezzo.

---

<sup>505</sup> CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi (cit.)*, p. 819, riconduce l'ipotesi al principio di buona fede.

Apparentemente, anche l'*Avant-projet* regola solo le tipologie di fattispecie ricollegabili in sostanza alla disciplina della nostra risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta.

Il combinato disposto degli artt. 97 e 157 permette al debitore di una prestazione divenuta eccessivamente onerosa di chiedere la rinegoziazione del contratto.

Il codice precisa che l'eccessiva onerosità deve essere dipendente da eventi straordinari e imprevedibili.

La procedura di rinegoziazione, come abbiamo già visto per le ipotesi di nullità, prevede una fase di incontro stragiudiziale, eventualmente seguita dalla richiesta di tutela all'autorità giudiziaria.

In quest'ultimo caso, il giudice può anche modificare il contenuto del contratto, finanche se ciò gli sia stato chiesto da una sola delle parti.

La norma si limita a regolare gli esiti di una sopravvenuta sperequazione oggettiva ed imprevedibile nel valore delle controprestazioni.

Per quel che attiene alla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta, il secondo comma dell'art. 97 precisa che questa esclude la responsabilità per inadempimento.

Tuttavia, è necessario che la prestazione sia divenuta oggettivamente impossibile.

Sul piano del soddisfacimento degli interessi dei contraenti in fase esecutiva, quindi, queste due norme nulla dispongono.

E' invece estremamente interessante riportare il contenuto del successivo articolo 102, il quale, per quanto interessa, così dispone:

*“Il creditore non può rifiutare la prestazione che gli viene offerta adducendo il motivo che essa è divenuta per lui inutile e priva di interesse a causa di circostanze sopraggiunte, a meno che un tale suo diritto di rifiuto risulti desumibile, anche implicitamente, dal contratto [...]”.*

Ad ogni modo, in base al combinato disposto degli artt. 107 e 158, è chiarito che non è possibile invocare la disciplina dell'inadempimento (e, per estensione, quindi anche quella dell'art. 102) qualora l'insoddisfazione dell'interesse creditorio abbia scarsa importanza, avuto riguardo all'assetto degli interessi previsto dal contratto<sup>506</sup>.

---

<sup>506</sup> *Code Europeen, (cit.)*, p. 214 ss. .

Pur dando conto delle differenze – importanti (specialmente sul piano rimediabile) – fra le codificazioni prese in esame, l’ordinamento italiano e la *common law* non può sfuggire la precisa scelta di mantenere una gestione delle sopravvenienze improntata (anche) alla valorizzazione del dato funzionale del patto.

### III. Osservazioni conclusive.

Trarre qualsivoglia conclusione, che sia degna del significato del termine, in questo contesto, può apparire un azzardo.

Come si è visto, anche gli istituti giuridici più radicati nel contesto del diritto privato sono sempre oggetto di continue rivisitazioni e reinterpretazioni.

In più, ad arginare l'evoluzione del dibattito non c'è nemmeno un testo normativo comune che possa essere assunto quale riferimento positivo.

Nondimeno, è evidente quanti e di che portata sino i momenti di sintesi e di accordo, non solo sul metodo, che vi sono fra ordinamento italiano e *common law* e, più in generale, fra gli operatori che hanno steso le ipotesi di codificazione esaminate alla fine del capitolo precedente.

Spicca quale cifra unificatrice la valorizzazione funzionale del patto, l'attenzione normativa per il soddisfacimento degli interessi concreti dei contraenti.

L'intero tessuto normativo dei vari sistemi di riferimento che si sono analizzati è innervato da regole che pongono quale dato centrale lo scopo economico concreto dell'agire privato.

Restano certo dei nodi irrisolti, quale la valutazione dell'equità dello scambio, che sembra non trovare ancora cittadinanza, divisa fra i vizi del volere e le valutazioni oggettive circa la proporzionalità fra prestazioni.

Ma ciò che conta, e va difeso, è che nella disciplina del contratto europeo occupa un posto centrale lo scopo oggettivo del trasferimento di ricchezza che per esso si attua.

E' necessario, in particolare, ed in conclusione, rimarcare l'importanza degli interessi dei contraenti sia sul piano della verifica del concreto atteggiarsi degli stessi nell'operazione economica, sia sul piano della tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

*Code Europeen des Contrats*, edito per conto dell'Accademia dei Giusprivatisti da G. Gandolfi, 2000.

(a cura di) CAFAGGI, *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2003.

ALPA, *Atto di liberalità e motivi dell'attribuzione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1972.

ALPA, *I principi Unidroit 2004 e i Principi di diritto europeo dei contratti, in Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, (a cura di) SOMMA, Torino, 2007.

ALPA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in "ASTRID – Rassegna", 18, 2005.

ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, Contratto e impresa Europa, 1996.

ALPA, *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, Giur.it. 1973.

ARSALIDOU, *The Brewin Dolphin appeal*, Comp. Law., 2002.

ATIYAH, *Introduction to the law of contract*, Oxford, 2005.

ATIYAH, *The rise and the fall of freedom of contract*, Oxford, 1985.

AUSTEN – BAKER, *Implied Terms in English Contract Law: The Long Voyage of The Moorcock*, CLWR, 38.

BARASSI, voce *Causa*, Enc. Giur., 1905.

BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1965.

BATTISTONI, *La causa nei contratti e la presupposizione*, Riv. dir. civ., 1929.

BEALE, *Contracts: cases and materials*, Oxford, 2005.

BEATSON, *Anson's law of contract*, Oxford, 2010.

- BELL, *Comparative perspectives on past consideration*, Comp. Law., 1993.
- BELLOMO, voce *Negoziio Giuridico (dir. interm.)*, *Enc. dir.*, 1977.
- BESSONE – D'ANGELO, voce *Presupposizione*, *Enc. Dir.*, 1986.
- BESSONE *Consideration e impossibilità della prestazione in Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984.
- BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1979.
- BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto, dogmi di teoria generale, orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1979.
- BESSONE, *Strategia d'impresa e teoria oggettiva della responsabilità contrattuale dal dogma della consideration alla politica del diritto dell'emerging capitolism*, in *Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984.
- BETTI, *Il negozio giuridico in una pubblicazione recente*, Giur. it., 1947.
- BETTI, *Sui principii generali del nuovo ordine giuridico*, Riv. dir. comm., 1940.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994.
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994.
- BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA, *La compravendita*, Torino, 1972.
- BISOGNI, *Un diritto civile per l'Europa*, *Questione Giustizia*, 2007.
- BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, III, Londra, 1800.
- BOBBIO, *Benedetto Croce e il Liberalismo*, in *Politica e Cultura*, Torino, 1955.
- BOBBIO, *Dal fascismo alla democrazia, i regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milano, 1997.
- BOELE-WOELKI, *The Unidroit principles of international commercial contracts and the principles of european contract law: how to apply them to international contracts*, *Uniform Law Review*, 1996.

- BONELL (a cura di), *I Principi Unidroit nella pratica*, Milano, 2002.
- BONELL, *I Principi Unidroit 2004: una nuova edizione dei Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, dir. comm. int., 2004.
- BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, Eur. dir. priv., 2007.
- BONELL, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?*, Uniform Law Review, 1996.
- BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, Riv. dir. comm., 1908.
- BONFANTE, *Sulla causa illecita*, Riv. dir. comm., 1917.
- CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007.
- CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997.
- CAMPAGNOLO, *Il negozio giuridico con causa esterna fra causalità e astrattezza*, Obbligazioni e contratti, 2007.
- CAPODANNO, *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006.
- CAPPER, *The Extinctive Effect of Promissory Estoppel*, CLWR, 37, 2.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano Editore, 1955.
- CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948.
- CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, Riv. dir. proc. civ., 1926.
- CAROCCIA, *L'interpretazione del contratto, il modello dei P. Unidroit per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Napoli, 2006.
- CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943.
- CARRARO, *Essenza della frode alla legge*, Dir. giur., 1946.
- CASSOTTANA, *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, Riv. dir. comm., 1977.

CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione Europea*, in *Contratto e costituzione in Europa*, VETTORI (a cura di), Padova, 2006.

CASTRONOVO, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, Eur. dir. priv., 2001.

CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, le fonti ed il pensiero giuridico*, Milano, 1982.

CHANDLER BROWN, *Consideration and contract modification*, Conv., 1990.

CHECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, Riv. dir. civ., 1991.

CHITTY, *On contracts*, I, Londra, 2010.

CIAN, *L'interesse del creditore e la patrimonialità della prestazione*, Riv. dir. civ., 1968.

CIANCIO – FERRETTI, *Storia della filosofia – filosofia contemporanea*, Torino, 1996.

CIPRIANI, *Il comodato*, Napoli, 2005.

Commission on European Contract Law, *Principles of European Contract Law*, L'Aja, 2000, Note e Commento.

COPPI, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, Giust. civ., 1998.

COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999.

CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, Eur. dir. priv., 2002.

CORBO, *Tipicità, contratto misto e giurisprudenza: qualche breve riflessione*, Giur. merito, 1987.

COSTANZA, *Art. 1333 e trasferimenti immobiliari solutionis causa*, Giust. civ., 1988.

CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001.

CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Roma, 1970.

DE GENNARO, *I contratti misti*, Padova, 1934.

- DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, Riv. crit. dir. priv., 1985.
- DEJANA, *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, Riv. dir. civ., 1938.
- DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2005.
- DI MAJO, *I "Principles" dei contratti commerciali internazionali fra civil law e common law*, riv. dir. civ., 1995.
- DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008.
- DI PAOLO, voce *Negozio indiretto*, *Enc. giur. Treccani*, 1995.
- DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi*, Riv. dir. civ., 1959.
- EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1949 (2010).
- FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922.
- FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940.
- FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1965.
- FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione Europea*, in *Contratto e costituzione in Europa*, VETTORI (a cura di), Padova, 2006.
- FERRI, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, Eur. dir. priv., 2002.
- FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, Eur. dir. priv., 2011.
- FIFOOT, *Tort and Contract*, Londra, 1949.
- Franceschelli Causa e consideration nel diritto privato italiano ed anglosassone*, in *Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984.
- GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2010.
- GALGANO, voce *Negozio Giuridico (dottrine gen.)*, *Enc. dir.*, 1977.
- GAZZONI, *Diritto privato*, Napoli, 2006.
- GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, *Enc. dir.*, 1969.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, III, Firenze, 1925.

- GORLA, *Causa, consideration e forma dell'atto d'alienazione*, in *Causa e consideration*, a cura di ALPA BESSONE, Padova, 1984.
- GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.
- GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1967.
- GORLA, *La compravendita*, Torino, 1937.
- GRANDI, *Relazione al codice civile*, in *Commentario Breve al codice civile*, Padova, 2006 (1942).
- GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei Principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005.
- GUARNERI, voce *Meritevolezza dell'interesse*, *Digesto discipline privatistiche Sez. civile*, Torino, 1994.
- HOOLEY, *Consideration and the existing duty*, JBL, 1991.
- in *Contratto e costituzione in Europa*, VETTORI (a cura di), Padova, 2006.
- IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1999.
- JACOBS, *Judicial reform of privity and consideration*, JBL, 1986.
- KIRALFY, *The action on the case*, Londra, 1951.
- KRAMER, *Implication in fact as an instance of contractual interpretation*, CLJ, 2004, 63.
- L. FERRI, *Nozione giuridica di autonomia privata*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1957.
- LANZA, *Frode alla legge*, Riv. soc., 1970.
- LANZILLO RICCIO, *Artt. 1447-1452, Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, 2005.
- LIBRO VERDE DELLA COMMISSIONE sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (7/2010)*.
- LOW LOI, *The many "tests" for terms implied in fact: welcome clarity*, LQR, 2009.
- LUMINOSO, *Comodato*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.

LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003.

LUZZATO, *La compravendita*, Torino, 1961.

MARICONDA, *Il pagamento traslativo*, Contratto e impresa, 1988.

MARRELLA, *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, Padova, 2003.

MASTRORILLI, *Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa*, Eur. dir. priv., 2011.

MCKENDRICK, *Contract law*, Londra, 2010.

MCKENDRICK, *Contracts, the common law and the impact of Europe*, Eur. dir. priv., 2001.

MCNUTT, *Law, Economics and Antitrust towards a new perspective*, Cheltenham, 2005.

MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

MIRABELLI, *Causa oggettiva e causa subiettiva*, Riv. trim. dir. civ., 1951.

MIRABELLI, voce *Negoziato Giuridico*, *Enc. dir.*, 1978.

MOCCIA, voce *Contract*, *Enc. giur. Treccani*, 1988.

NARDI, *Causa del contratto, collegamento negoziale e presupposizione*, Giur. merito, 2006.

NAVARRETA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale, Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, Riv. dir. civ., 2007.

NICOLO', *Aspetti pratici del concetto di causa*, Riv. dir. comm., 1939.

NUZZO, *Contratti collegati e operazioni complesse*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano, 2007.

OPPO, *Recensione a Carraro, Il negozio in frode alla legge*, Riv. dir. comm., 1944.

OSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, Riv. trim. dir. civ., 1949.

PALAZZO MAZZARESE, *I contratti gratuiti atipici*, Torino, 2008.

PARKER, *Escaping from a bad bargain: suspending, modifying or terminating performance of long-term energy contracts*, IELR, 2010.

PEDEN, *Policy concerns behind implication of terms in law*, LQR, 2001.

PELLICANO', *L'astrazione causale nell'ideologia dello scambio*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1977.

PELLICANO', *Problemi della causa del contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1979.

PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PHANG, *Consideration at the crossroads*, LQR, 1991.

PHANG, *Implied terms in English law - some recent developments*, JBL, 1993.

PHANG, *Implied terms, business efficacy and the officious bystander - a modern history*, JBL, 1998.

PLUKNETT, *A concise history of the common law*, Londra, 1956.

POLLOCK, *The history of the English law before the time of Edward I*, Clark, 2008.

PUGLATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, Nuova riv. dir. comm., 1947.

PUGLIESE, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, Riv. dir. comm., 1990.

RASCIO, *I Principi di diritto europeo e la causa del contratto*, Eur. dir. priv., 2003.

REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, Riv. trim. dir. civ., 1950.

RICHARDS, *Law of contract*, Londra, 2005.

RODOTA', *Ordine pubblico o buon costume?*, Giur. mer., 1971.

ROLFI, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, Corr. giur., 2003.

ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.

ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, Riv. crit. dir. priv., 1985.

RUBINO, *La Compravendita*, Milano, 1962.

- RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1962.
- SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1966.
- SACCO, *Causa e consegna nella conclusione del mutuo, del deposito e del comodato*, Banca borsa tit. cred., 1971.
- SANTORO PASSARELLI *Variazioni sul contratto*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1970.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959.
- SCALFI, *Il fondamento giuridico dell'azione di rescissione*, Temi, 1949.
- SCHIAVONE, voce *Negozi Giuridico (dir. rom.)*, *Enc. dir.*, 1977.
- SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, p. 78.
- SCIALOJA, *Negozi giuridici. Lezioni di diritto romano*, 1907, *Negozi giuridici, corso di diritto romano nella r. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893 raccolto dai dottori Mapei e Giannini*.
- SCIARRONE ALIBRANDI, *Pagamento traslativo ed art. 1333 c.c.*, Riv. dir. civ., 1989.
- SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, *Enc. dir.*, 1960.
- SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto ed interessi dei contraenti*, Padova, 1992.
- SERIO, *Il contract e l'Europa*, in *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007.
- SERIO, voce *Presupposizione*, *Digesto disc. priv. Sez. civ.*, Torino, 1996.
- SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995.
- SICCHIERO, *Osservazioni sul contratto gratuito atipico*, Giur. it., 1995.
- SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, (a cura di) SICCHIERO, Padova, 2005.
- SIMPSON, *A history of common law of contract, the rise of the action of assumpsit*, Oxford, 1975.

SMITH – UNDERHILL MOORE, *Cases of the Law of Bills and Notes Selected From Decisions of English and American Courts*, Cornell University Library, 2009.

SMITH, *Contracts - mistake, frustration and implied terms*, LQR, 1994.

SPRING, *Law, Land and Family: Aristocratic Inheritance in England, 1300 to 1800*, U.N.C. Press, 1993.

STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, Giur. it., 1948.

STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

STORY, *Commentaries on the law of bailments*, Londra, 1839.

SWAIN, *The changing nature of the doctrine of consideration, 1750-1850*, JLH, 26.

TETI, voce *Comodato*, *Digesto italiano*, Torino, 2002.

*The implication of terms in fact*, CLJ, 2009.

TIMOTEO *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT*, *Contratto e Impresa Europa*, 1997.

TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004.

TRUKHTANOV, *Foakes v Beer: reform of common law at the expense of equity*, LQR, 2008.

UPEX BENNET, *Davies on contract*, Londra, 2004.

VIOLA, *Una nuova teoria: causa contrattuale come causalità*, *Vita not.*, 2009

WADDAMS, *Cases and Materials on Contracts*, Toronto, 2005.

WINFIELD, *Pollock's Principles of contract*, Londra, 1950.

Studente: MARCO QUAGLIERI

matricola: 95592

Dottorato: DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI CIVILI, COMMERCIALI E DEL LAVORO

Ciclo: 24°

Titolo della tesi: Causa, *consideration* e Diritto Europeo dei Contratti

Abstract:

L'obiettivo di questa tesi è verificare l'importanza dello scopo concreto dell'accordo nella disciplina del diritto europeo dei contratti.

In particolare, in questo lavoro vengono studiati il diritto contrattuale italiano ed il diritto contrattuale inglese. Inoltre, vengono presi in esame anche i Principi di Diritto Europeo dei Contratti, l'Avant-project della Commissione Lando e i Principi UNIDROIT.

Nella tesi viene analizzata la causa del contratto nel diritto italiano e la *consideration* nella common law. Vengono poi prese in considerazione, fra l'altro, nel diritto contrattuale italiano, l'interpretazione del contratto, l'illiceità dell'accordo, la presupposizione; nel diritto inglese, l'interpretation of contract, l'unlawful act, la frustration of contract. L'indagine prosegue valutando gli istituti analoghi nella Lex Mercatoria.

L'analisi permette di verificare che, anche se non è esplicitamente citato dalle disposizioni legislative o dalla giurisprudenza, lo scopo concreto dell'accordo è un elemento essenziale del diritto contrattuale europeo.

The objective of this thesis is to confirm the relevance of the real purpose of the agreement in the European contract law.

In particular, I examine the Italian contract law and the English contract law.

In addition, I examine also the Principles of European Contract Law, the Avant-project written by the Lando Commission and the UNIDROIT Principles.

I analyze the causa del contratto in the Italian law and the consideration of contract in the common law of England.

This analysis is made taking into account also the rules governing the interpretation of the contract, the illegality of contract and the presupposizione in the Italian contract law. In the same way, I consider in the interpretation of contract, the unlawful act theory and the frustration of contract in the English contract law.

The investigation continues by assessing the similar problems in the Lex Mercatoria.

This analysis allows to verify that, even if not explicitly mentioned in the statute law nor in the case law, the real purpose of the agreement is an essential element of European contract law.

Firma dello studente

---