

EDITORIALI

**Note a margine di Causa
contractus. Alla ricerca
delle condizioni di
efficacia della volontà
contrattuale.**

Filippo Sartori

Professore Ordinario di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Trento

Dialoghi di Diritto dell'Economia

Rivista diretta da

Raffaele Lener, Roberto Natoli, Andrea Sacco Ginevri,
Filippo Sartori, Antonella Sciarrone Alibrandi

Direttore editoriale

Andrea Marangoni

Direttori di area

Attività, governance e regolazione bancaria

Prof. Alberto Urbani, Prof. Diego Rossano, Prof. Francesco Ciruolo, Prof.ssa Carmela Robustella,
Prof. Gian Luca Greco, Dott. Luca Lentini, Dott. Federico Riganti

Mercato dei capitali finanza strutturata

Prof. Matteo De Poli, Prof. Filippo Annunziata, Prof. Ugo Malvagna, Dott.ssa Anna Toniolo,
Dott. Francesco Petrosino

Assicurazioni e previdenza

Prof. Paolofisio Corrias, Prof. Michele Siri, Prof. Pierpaolo Marano, Prof. Giovanni Maria Berti
De Marinis, Dott. Massimo Mazzola

Contratti di impresa, concorrenza e mercati regolati

Prof.ssa Maddalena Rabitti, Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof.ssa Maddalena Semeraro,
Prof.ssa Mariateresa Maggiolino

Diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza

Prof. Aldo Angelo Dolmetta, Prof. Gianluca Mucciarone, Prof. Francesco Accettella, Dott. Antonio
Didone, Prof. Alessio di Amato

Fiscalità finanziaria

Prof. Andrea Giovanardi, Prof. Nicola Sartori, Prof. Francesco Albertini

Istituzioni dell'economia e politiche pubbliche

Prof.ssa Michela Passalacqua, Prof. Francesco Moliterni, Prof. Giovanni Luchena, Dott.ssa Stefania
Cavaliere, Dott. Lorenzo Rodio Nico

Criteri di Revisione

I contributi proposti alla Rivista per la pubblicazione sono sottoposti a una previa valutazione interna da parte della Direzione o di uno dei Direttori d'Area; il quale provvede ad assegnare il contributo a un revisore esterno alla Rivista, selezionato, rationes materiae, fra professori, ricercatori o assegnisti di ricerca.

La rivista adotta il procedimento di revisione tra pari a singolo cieco (single blind peer review) per assicurarsi che il materiale inviato rimanga strettamente confidenziale durante il procedimento di revisione.

Qualora il valutatore esprima un parere favorevole alla pubblicazione subordinato all'introduzione di modifiche, aggiunte o correzioni, la Direzione si riserva di negare la pubblicazione dell'articolo. Nel caso in cui la Direzione decida per la pubblicazione, deve verificare previamente che l'Autore abbia apportato le modifiche richieste dal Revisore.

Qualora il revisore abbia espresso un giudizio negativo, il contributo può essere rifiutato oppure inviato, su parere favorevole della maggioranza dei Direttori dell'area competente rationes materiae, a un nuovo revisore esterno per un ulteriore giudizio. In caso di nuovo giudizio negativo, il contributo viene senz'altro rifiutato.

In un articolo pubblicato sulla Rivista di diritto commerciale nel 1908, Pietro Bonfante, affermava che la causa del contratto “costituisce il problema più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto”, evocando l’immagine di un quarto lato del triangolo⁰¹.

A distanza di più di un secolo la causa non ha cessato di essere al centro dell’attenzione della giurisprudenza pratica e teorica. L’ampiezza delle questioni che ruotano attorno alla causa e la vastità del suo orizzonte⁰² ha indotto la letteratura a mettere in luce il rischio che tale nozione ne esca sovraccaricata e, perciò stesso, finisca per confondere e ottenebrare il discorso giuridico⁰³.

Nelle tracce di questa impostazione si è progressivamente avvalorata l’idea che le ricerche condotte in argomento inevitabilmente conducano a un difficile “intrico”⁰⁴ o, addirittura, a insondabili “misteri”⁰⁵, in realtà privi di reale spessore. Insomma, da quest’angolo visuale la causa non sarebbe altro che una “parola enigmatica”⁰⁶, un concetto “vago e misterioso”⁰⁷, la cui anfibia è un dato costante fin dalle sue origini più remote⁰⁸.

Alcuni studiosi hanno così espresso l’auspicio di un ridimensionamento delle dispute teoriche circa la nozione di causa ed una maggiore tensione verso gli aspetti concreti⁰⁹; altri hanno proposto l’oblitera-

01 P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 6, 1908, I, p. 115.

02 A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani* (Roma 1988), p. 2; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in *ROPPA, Trattato del contratto*, vol. 2, Regolamento (Milano 2006), p. 88.; T. DELLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, in *Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Padova*, Padova. 2004, pp. 1-41.

03 A. M. GAROFALO, F. P. PATTI, *La causa tra fisiologia e patologia del contratto*, in *Causa Contractus*, a cura di G. ALBERS, F. PAOLO PATTI E DOROTHÉE PERROUIN-VERBE, *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, 137, Tübingen, 2022, p. 456.

04 Così G. B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 77, 1979, I, p. 9, nota 21.

05 L’espressione “misteri della causa” è richiamata da P. G. MONATERI, *L’accordo nudo*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. GORLA*, III, Milano, 1994, p. 1976, nota 42 e ripresa da I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell’età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, p. 30.

06 Così è stata definita da R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, 4 ed., Milano, 2016, p. 781.

07 In questi termini I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell’età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, 1997, p. 18, ha parlato di “un concetto vago e misterioso”.

08 T. DELLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, cit., p. 378 osserva che dallo studio delle radici antiche della nozione di causa emerge con nitore l’ampia polisemia che da sempre ha connotato la nozione di “causa del contratto”, la quale non può essere imprigionata all’interno di “un’assoluta univocità semantica”.

09 V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, nè compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, pp. 957 ss.

zione formale della causa dall'ordinamento positivo o financo la sua eliminazione dal discorso giuridico¹⁰.

Di tale orientamento "anticausalistico" si possono rintracciare numerose testimonianze concrete nel diritto privato europeo: nel 1992 i Paesi Bassi espunsero il concetto di causa dal loro nuovo Codice civile. Nel 1994 i Principi UNIDROIT proclamarono: "Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti"¹¹. Conclusione confermata anche dai *Principles of European Contract Law* (PECL) del 1988¹² e dal *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)¹³, come pure dal gruppo di lavoro guidato da Giuseppe Gandolfi, che nel 2001 pubblicò la prima parte del suo *Avant-projet*¹⁴ di un Codice Europeo dei contratti¹⁵. Da ultimo, in Francia, la riforma del diritto delle obbligazioni entrata in vigore il primo ottobre 2016 ha eliminato la causa dall'elenco dei requisiti essenziali del contratto di cui all'art. 1128 del *Code Civil*.

Tuttavia, il rifiuto del concetto di causa non è universale. Al contrario, tale nozione è ancora presente nel diritto positivo di molti sistemi giuridici. Gli ordinamenti che hanno recepito il codice napoleonico non sembrano inclini a seguire nuovamente l'esempio francese di abolizione formale della causa. Nel 2017, i Principi del diritto contrattuale dell'America Latina affermavano esplicitamente che il consenso, l'oggetto, la causa e, in alcuni casi, le formalità, sono gli elementi necessari per la formazione di un contratto¹⁶. Peraltro, anche in quei sistemi ove la causa non rientra più espressamente tra gli elementi

10 G. BROGGINI, *Causa e contratto*, in LETIZIA VACCA (A cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995, p. 29 ss.; MATILDE GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, in *I Quaderni della Rivista di Diritto Civile*, Padova, 2012.

11 Art. 3.1.2 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (International Institute for the Unification of Private Law, Roma, 1994).

12 Art. 2:101 (1): "A contract is concluded if: (a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement".

13 Art. II-4:101: "A contract is concluded, without any further requirement, if the parties: (a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and (b) reach a sufficient agreement".

14 Art. 5.3: "Les éléments essentiels du contrat sont: a) l'accord des parties; b) le contenu".

15 Al riguardo, come puntualmente rileva E. BARGELLI, *Causa contractus*, cit., p. 738, il mancato riferimento della nozione di causa nei progetti europei di riforma del diritto contrattuale è indice rivelatore non già di un'impostazione anticausalistica, quanto piuttosto dell'esigenza di "evitare concetti controversi o divisivi nella cerchia dei sistemi giuridici europei, di attenuare il dogmatismo e di ridurre la complessità delle categorie tradizionali".

16 Testualmente, l'articolo 9 recita: "Son elementos para la formación del contrato, el consentimiento, el objeto, la causa y en ciertos casos, la solemnidad".

essenziali del contratto, essa continua ad essere presente nella concretezza del terreno applicativo¹⁷.

In uno scenario così complesso, caratterizzato da un ampio ventaglio di tesi piuttosto articolate, si inserisce il volume *Causa contractus*, che mira a studiare il fenomeno della causa nel diritto privato europeo combinando l'approccio storico a quello comparatistico¹⁸.

La prospettiva storico-comparatistica si riflette nell'impostazione del volume che è strutturato in tre parti.

La prima parte, intitolata *"History of a Notion"*, ripercorre lo sviluppo della nozione di causa all'interno della tradizione giuridica occidentale. In particolare, dopo la ricerca delle radici romanistiche del concetto di causa lucidamente condotta da Gregor Albers (*"History of a Notion"*) e Tommaso Dalla Massara (*"Die causa des Vertrages im Denken des Aristo: zu den Ursprüngen einer Idee"*), Martin Schermaier ricostruisce l'evoluzione della causa nel medioevo (*"Die Rolle der causa bei der Überwindung des Typenzwangs durch die mittelalterlichen Juristen"*), Klaus Kowalski nella prima età moderna (*"Die causa des Vertrages im Naturrecht der frühen Neuzeit"*), Gregor Albers e Andrea Maria Garofalo nell'età delle codificazioni (*"Die causa vom Code civil zum BGB. Zuwendungen tragen statt Verpflichtungen Begründen"*, nonché *"Itinerari della causa dal Code civil del 1804 al Codice civile del 1942"*) e Francesca Bartolini dall'emanazione del nostro codice sino ai tempi attuali (*"La causa del contratto dal Codice civile del 1942 ai giorni nostri"*).

¹⁷ Ad esempio, con riferimento al sistema francese attuale, la dottrina osserva che l'obliterazione formale della causa non comporta la negazione *tout court* della tutela causale. Sul punto, E. NAVARRETTA, *La causa e la riforma du code civil francese*, in *Persone e mercato*, Vol. 1, p. 34 rileva che, *"coerentemente con un'idea della causa che non è più un vestimentum imposto dall'ordinamento ma diviene uno strumento di tutela dei contraenti, grava sulle parti l'onere di provare la cause de l'engagement, sicché l'atto nudo deve reputarsi valido ed efficace sino a che una delle parti non riesca a dimostrare la rilevanza di una determinata cause de l'engagement invocando la relativa tutela. Se poi la parte non riesce a dimostrare la cause de l'engagement non le resterà che ricorrere all'ingiustificato arricchimento di cui all'art. 1303-1 c.c. Mentre, infatti, per avere la tutela causale in un sistema in cui la causa non è più obbligatoria la rilevanza della causa va provata, per converso proprio la mancata prova della causa dell'attribuzione rende l'arricchimento ingiustificato"*. Non è un caso che nella relazione alla riforma francese la rinuncia alla causa è stata descritta nei termini di *"un abbandono formale della nozione di causa"*.

¹⁸ D'altronde, come osservava G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, p. 42, *"comparison involves history"*. Nella visione dell'autore, *"la comparazione, quale metodo, non è che storia del diritto"* e, in quanto tale, deve essere finalizzata alla comprensione di come *"il fenomeno giuridico si spieghi, si particolareggi in ciascun ordinamento, nel suo svolgimento storico e nei suoi rapporti con altri"* (p. 44). Applicando tale approccio allo studio del contratto, G. Gorla, *Il contratto*, Milano, 1954, p. VI, rilevava che la metodologia storico-comparatistica *"è un reattivo potente: essa suscita idee e accende luci improvvise. Ad esempio, certi punti scuri della nostra teoria del contratto si illuminano nella comparazione"*.

La seconda parte, che si articola in due sezioni, misura somiglianze e differenze delle soluzioni adottate dai diversi sistemi giuridici secondo il *factual approach*. E ciò in virtù di un'analisi che procede oltre le declamazioni legislative, in una logica ricostruttiva del contenuto delle regole operazionali.

L'accento cade, nella prima sezione, sulle spinose questioni riguardanti la validità originaria del vincolo contrattuale. Da questo angolo visuale, Dorothée Perrouin-Verbe affronta il diverso atteggiarsi dei requisiti di validità di un contratto nell'ambito dei sistemi giuridici tedesco, italiano, francese e inglese ("*Causa and the Requirements of Valid Contracts*"); Samuel Fulli-Lemaire ripercorre le due principali funzioni della causa nel sistema d'oltralpe quale strumento di equilibrio contrattuale e di controllo della liceità del contratto, prima della riforma del 2016 ("*Le rôle passé de la cause au stade de la formation du contrat*"); Andrea Maria Garofalo e Francesco Paolo Patti, infine, conducono una puntuale ricognizione di tutte le aree di operatività della causa nel sistema italiano con particolare attenzione al formante giurisprudenziale alla luce della *summa divisio* tra "causa fisiologica" - propria di ogni contratto e rilevante nell'ambito della qualificazione, dell'interpretazione e della ricostruzione dell'accordo - e "causa patologica" - quale strumento di controllo della validità negoziale ("*La causa tra fisiologie a patologie del contratto*").

Nella seconda sezione, invece, si osserva compiutamente il fenomeno delle sopravvenienze contrattuali a partire dall'analisi delle tecniche di gestione del rapporto tra struttura programmatica della fattispecie e prospettiva dinamica degli effetti. La latitudine delle esperienze considerate è ampia e spazia dal sistema francese, tedesco e italiano a quello inglese. La teoria della causa si infrange con il rilievo che i significativi mutamenti delle circostanze di fatto e di diritto vengono ad assumere nell'arco temporale che intercorre tra la formazione e l'esecuzione del contratto, incidendo sulla stessa programmazione dei paciscenti. Il bilanciamento di interessi dei contraenti - quello cioè di non essere più vincolato da un contratto disfunzionale, da una parte, e quello di conservare la volontà contrattuale originaria, dall'altra - trova proprio nella causa in concreto la chiave di lettura e soluzione del conflitto. Viene quindi evidenziato da Francesco Paolo Patti come nei sistemi in cui il concetto di causa non ha trovato cittadinanza sul piano del diritto positivo vengono in rilievo concetti similari, come il fine ("*purpose*") del contratto ("*Causa and Unexpected Circumstances*"). Francesco Mezzanotte indaga sulla gestione delle sopravvenienze contrattuali nel diritto inglese che non si fonda su puntuali direttive normative, bensì sulla *doctrine of frustration*, che si è venuta a stratificare nel lento ma costante fluire della giurisprudenza delle Corti inglesi e che rivela sorprendenti linee di continuità con la nozione di causa in concreto ("*Lo scopo contrattuale nella doctrine of frustration*"). Puntuale e completa è poi l'analisi di

Francesco Paolo Patti intorno al rilievo pratico che nel formante giurisprudenziale viene ad assumere la nozione di causa in concreto, così come il rapporto tra l'istituto della causa e quello dell'impossibilità sopravvenuta, dell'eccessiva onerosità sopravvenuta e della presupposizione (*"Sopravvenienze e causa concreta nel diritto italiano"*).

L'ultima parte del volume rivolge lo sguardo al futuro della causa, esplorandone le possibili traiettorie evolutive nel diritto contrattuale europeo (GREGOR ALBERS, FRANCESCO PAOLO PATTI, DOROTHÉE PERROUIN-VERBE, *"The Future of Causa"*), nel sistema giuridico francese (THOMAS GENICON, *"L'avenir de la cause en droit français des contrats"*), italiano (ELENA BARGELLI, *"Il futuro della causa nel diritto italiano"*), e tedesco (HORST EHMANN, *"Zu den Arten der Rechtsgründe von Leistungen und Leistungsversprechen. Von der causa-Lehre zur Zwecklehre"*), nonché nell'ordinamento inglese (SIMON WHITTAKER, *"Contractual Purpose in English Contract Law"*). Da questo angolo visuale, gli autori dimostrano che, nonostante le numerose tesi "anticausalistiche", l'istituto della causa nel diritto privato europeo, sia pur con gradazioni ed intensità diverse nei vari sistemi giuridici, gode ancora di una significativa vitalità, in ragione della sua riconosciuta dimensione concreta che ne garantisce l'insopprimibilità.

Nel contesto delineato, *Causa contractus* ci ricorda come la dottrina sia chiamata a monitorare, comprendere e riordinare gli sviluppi della causa nei diversi ordinamenti, tenendo a mente – secondo un saggio insegnamento – che questa nozione non si può perfezionare *"in una definizione o in un elenco contenuto in un solo articolo. Bisogna cercarla. E, se non la troviamo, bisogna costruirla"*¹⁹.

¹⁹ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit., p. 806.