



Università degli studi Roma Tre

Dipartimento di Giurisprudenza

**Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia
“Tullio Ascarelli”**

Tesi di Dottorato di Ricerca

Diritto Civile

Il contratto inutile

Tutor e Coordinatore

Chiar.mo Prof. Giuseppe Grisi

Candidato

Dott. Giacomo Morandini

Anno accademico 2012 - 2013

INDICE

Capitolo I

Evoluzione storico-critica del problema del controllo dell'atto di autonomia

1. Premessa.....	Pag. 1
2. Per una ricostruzione storica e valutativa dei termini del problema.....	Pag. 3
2.1. Utile ed inutile in diritto romano: un interessante spunto ricostruttivo.....	Pag. 3
2.2. L'utilità sociale nel periodo autoritario.....	Pag. 4
2.3. L'avvento della costituzione e la seconda stagione della utilità contrattuale.....	Pag. 9
3. <i>Segue.</i> I dubbi ricostruttivi.....	Pag. 14
4. I tentativi di risposta. Continuità e volti della logica funzionale.....	Pag. 16
5. La necessaria rivisitazione dei termini del problema.....	Pag. 24

Capitolo II

L'autonomia dell'istituto del contratto inutile

1. Nuovi percorsi argomentativi.....	Pag. 29
2. Meriti e limiti della tesi della causa in concreto.....	Pag. 30
2.1 <i>Segue.</i> Ripercussioni sistematiche della teoria concreta e le tesi a- funzionali.....	Pag. 35
3. Altre impostazioni non manifestamente anticausaliste. Critica.....	Pag. 43
4. L'impostazione strutturale di Gazzoni.....	Pag. 44
5. Le successive interpretazioni della causa e del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 comma 2 Cod. Civ.....	Pag. 48
6. Alla ricerca di impostazioni maggiormente persuasive. La tesi di Gentili.	Pag. 53
7. Prime considerazioni conclusive. L'impostazione funzionale razionalizzata.....	Pag. 56
7.1 <i>Segue.</i> Recenti tesi strutturali. Critica.....	Pag. 64

8. Implicazioni sistematiche della impostazione funzionale razionalizzata.....	Pag. 65
9. Contratto inutile: prime considerazioni.....	Pag. 69
10. Contratto inutile. Elementi costitutivi.....	Pag. 74
11. Contratto inutile. Profili sistematici.....	Pag. 86
12. Contratto inutile. Profili analitici.....	Pag. 89
13. La “rarefazione” della valutazione della consistenza dell’interesse contrattuale e delle capacità di funzionamento dell’atto.....	Pag. 92
13.1 <i>Segue</i> . La valutazione della realizzabilità dello schema negoziale.....	Pag. 94
14. Difetto sopravvenuto di interesse negoziale.....	Pag. 95
15. Contratto necessariamente utile?.....	Pag. 96
16. Inefficacia, irrilevanza, inesistenza ed inutilità.....	Pag. 97
16.1. <i>Segue</i> . Irrilevanza: critiche.....	Pag. 100
16.2. <i>Segue</i> . Inesistenza.....	Pag. 102
17. Natura rimediale del contratto inutile. Una premessa.....	Pag. 104
18. La tesi della ragione assurdamente prevaricante. Critica.....	Pag. 105
19. Contratto inutile e nullità di protezione.....	Pag. 109
20. Contratto inutile e responsabilità precontrattuale da mancata comunicazione di motivi di nullità di cui all’art. 1338 Cod. Civ.....	Pag. 114

Capitolo III

Considerazioni conclusive

1. La graduazione dell’interesse contrattuale secondo utilità.....	Pag. 117
2. Contratto inutile e logica rimediale.....	Pag. 126
3. Norme comportamentali pure e norme comportamentali a rilevanza attizia.....	Pag. 129

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	Pag. 135
----------------------------------	-----------------

Capitolo I

Evoluzione storico-critica del problema del controllo dell'atto di autonomia

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. Per una ricostruzione storica e valutativa dei termini del problema. 2.1. Utile ed inutile in diritto romano: un interessante spunto ricostruttivo. 2.2. L'utilità sociale nel periodo autoritario. 2.3. L'avvento della costituzione e la seconda stagione della utilità contrattuale. 3. Segue. I dubbi ricostruttivi. 4. I tentativi di risposta. Continuità e volti della logica funzionale. 5. La necessaria rivisitazione dei termini del problema.

1. Premessa.

Nell'ampia varietà di funzioni cui attende, il controllo dell'ordine giuridico sull'autonomia privata tutela anche l'esigenza sistematica di non contraddizione, atteso che l'ordinamento giuridico non potrebbe da un lato riconoscere e predisporre mezzi di tutela civile dei diritti e, dall'altro, attribuire rilevanza giuridica a negozi che su tali situazioni vadano ad incidere in modo derogatorio, ovvero che non raggiungano una soglia di rilevanza tale da giustificare la tutela. Questo interesse di carattere generale, di stampo eminentemente pubblicistico, si pone come caratteristica comune e trasversale degli istituti volti alla stigmatizzazione della patologia negoziale ed, in particolare, delle nullità del contratto con prioritario riferimento a quelle di tipo virtuale e strutturale (rispettivamente previste dall'art. 1418 commi 1 e 2 cod. civ.) (¹).

¹ D'altro canto rimangono estranee a questo fenomeno di integrità/razionalità negoziale le ipotesi di sindacato dell'equilibrio tra prestazioni negoziali volte alla tutela della parte contrattuale giuridicamente debole; si pensi, per esempio, all'integrazione contrattuale derivante dal combinato disposto degli art. 1339, 1419 Cod. Civ. ed art. 41 *sexies* legge 1150/1942 nel caso di disposizione del diritto reale d'uso di parcheggio da parte del titolare dell'unità abitativa (su cui, *ex multis*, v. Cass. SS. UU. 5 novembre 1996, n. 9631). In tale ipotesi, ma anche negli altri casi di integrazione contrattuale secondo buona fede oggettiva, ovvero ai sensi dell' art. 1374 Cod. Civ., il sindacato sul contratto che la legge attribuisce al giudice presenta diversa struttura e finalità; in primo luogo la tutela del contraente debole non si esprime, di regola, nei termini di rifiuto ordinamentale di attribuzione di forza giuridica a determinati accordi, ma è viceversa ispirata dall'opposto fine di conservazione del contratto, atteso che la legge presume che sia interesse di entrambe le parti la conservazione dello stesso purché le condizioni inique ivi contenute siano eliminate per mezzo di un intervento giudiziale di tipo integrativo o sostitutivo. L'interesse di cui la logica rimediaria si fa portatrice è dunque quello della tutela della parte contrattuale debole e, attraverso quella, dell'interesse all'equilibrio del mercato nonché alla libera concorrenza; tanto si desume infatti testualmente dal codice del consumo dell'art. 2 comma 2, lett. e con l'art. 36 del "Codice del consumo" (decreto legislativo 6 settembre 2005, n° 206) laddove da un lato si prevede il sistema di nullità di protezione del consumatore (art. 36) e, dall'altro, tra i diritti fondamentali dello stesso, anche quelli previsti dall'art. 2 cit. "alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali".

La valutazione ordinamentale dell'interesse privato perseguito mediante la contrattazione costituisce un ambito di indagine che brilla per la sua complessità ontologica e, nondimeno, per la delicatezza delle questioni che dallo stesso sono seguite, nella cornice del confronto tra autorità e libertà. La materia, come del resto accade per ogni rilevante scelta di politica del diritto, è stata altresì largamente sensibile alle impostazioni ideologiche progressivamente succedutesi anche se, come andremo vedendo, il concreto apporto metagiuridico è stato più affermato che reale.

Come emergerà dall'analisi storica *infra* svolta, il giudizio sulla configurabilità dell'accordo quale contratto, è composto da due diverse forme di sindacato: da un lato quello volto a valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti e, in pari tempo, quello relativo alla valutazione di liceità dello stesso.

Ciò posto, gli aspetti problematici che richiamano l'attenzione dell'odierno interprete non consistono tanto nella tracciatura dei confini tra le due forme di valutazione del contratto, acquisizione che -ad onta di quanto affermato da larga parte dell'elaborazione scientifica- è ben raggiungibile dall'analisi del problema fedele allo *ius positum*.

Diversamente, si rende necessaria la rilettura e la ri-valutazione in chiave moderna dell'utilità contrattuale; come andremo infatti osservando, il tema dell'utilità negoziale ha assunto, nei tempi recenti, un diverso volto. Invero, l'elaborazione giurisprudenziale, finora rimasta estranea alla soluzione dei problemi di qualificazione giuridica della causa contrattuale e del giudizio di meritevolezza, ha sancito dei principi dai quali l'interprete ha tratto lo spunto per rivisitare l'istituto di cui all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., così come quello della nullità per mancanza di causa e, significativamente, delle

Vi sono dei casi ove tuttavia, le due diverse forme di sindacato potrebbero - apparentemente- confondersi. Si pensi, ad esempio, all'art. 34 comma 2 del cod. cons., norma che -nel prevedere i parametri di valutazione della vessatorietà della clausola insita in un contratto tra professionista e consumatore- esclude dalla possibilità di sindacato i profili attinenti alla "determinazione dell'oggetto del contratto, [...]all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e servizi". Tale formulazione infatti potrebbe indurre a ritenere che si tratti di una valutazione sull'atto, ma, a ben vedere, il fuoco del sindacato giudiziale insiste sul momento formativo della volontà attraverso la valutazione, secondo il canone di buona fede oggettiva, del comportamento precontrattuale tenuto dal professionista, i cui risvolti regolamentari si cristallizzano, in un secondo momento, nel contenuto contrattuale. Sul tema si rinvia al Cap. II, par. 19.

dottrine, anche le più illuminate, che hanno caratterizzato lo stato dell'arte. Da tali svolgimenti è possibile intravedere una autonoma figura, espressione e fulcro della utilità contrattuale che, stipulativamente, nomineremo contratto inutile.

Come andremo a dimostrare, questa categoria giuridica, che è data evincersi da una rinnovata evoluzione del pensiero giuridico, configura un autonomo tipo di giudizio sull'assetto degli interessi contrattuali in grado di gettare una rinnovata luce anche sul complesso fenomeno della recezione giuridica.

2. Per una ricostruzione storica e valutativa del problema.

2.1. Utile ed inutile in diritto romano: un interessante spunto ricostruttivo.

La categoria del contratto inutile era già nota ai giuristi romanisti ⁽²⁾. In essa vi furono identificati tutti quei contratti non produttivi di effetti sia per ragioni fisiologiche –come nel caso di mancato avveramento della condizione– che per ragioni patologiche conseguenti al profilarsi di un motivo di invalidità ⁽³⁾. Quindi, alle sue origini, il contratto inutile fu inquadrato come categoria di carattere sistematico, frutto del senso pratico tipico dei Romani nell'approccio alle problematiche giuridiche.

Per merito di una ricostruzione storica, il concetto romanistico dell'utile venne ad assumere un più preciso e specifico significato nell'ambito del negozio giuridico ⁽⁴⁾, divenendo così l'elemento teleologico in grado di acclarare se lo stesso negozio “fosse o pur no abile a far conseguire al soggetto gli scopi da lui avuti di mira” ⁽⁵⁾. Il contratto inutile iniziò dunque

² BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1962; MASI, *Il negozio “utile” o “inutile” in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1962, *passim*; ID., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti in onore di Silvio Romano)*, Milano, 1981, p. 129.

³ BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, III° ed., Utet, 2000, p. 215 e ss.; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1994, p. 128; GUARINO, *Diritto privato romano*, XII° ed., Napoli, Jovene, 2001, p. 341 e ss. (spec. p. 342); TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 227. Sul connesso problema della causa e della tipicità negoziale in diritto romano, v. anche BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 451 e ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Vol. IV Le obbligazioni (dalle lezioni), Milano, Giuffrè, 1979, p. 287 e ss.; GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, II° ed., Torino, Giappichelli, 1967, p. 111 e ss..

⁴ CICALA, *Il concetto di <<utile>> e le sue applicazioni nel diritto romano*, Torino, 1920; GUARINO, *Diritto privato cit.*, p. 341.

⁵ CICALA, *Op. cit.*, p. 27.

ad costituire un giudizio diretto a vagliare la completezza della fattispecie contrattuale ⁽⁶⁾, completezza riferita non soltanto all'atto, ma anche all'effetto. Ne conseguì l'inevitabile commistione degli istituti della validità ed efficacia contrattuale sotto l'unitaria categoria della utilità ⁽⁷⁾.

Per sua struttura, il contratto inutile fu l'istituto in grado di sopperire alle insufficienze valutative del, seppur rigido, formalismo della tradizione romana. Invero, attraverso il giudizio di utilità fu possibile esprimere il sindacato di "razionalità" del contratto, intesa quale idoneità alla produzione di effetti giuridici e ciò, si badi bene, anche indipendentemente da valutazioni circa la validità del dello stesso ⁽⁸⁾. Al riguardo le fonti parlano di *negotium imperfectum* e ciò in duplice senso: nella prima accezione quale negozio incompleto, poiché mancante degli elementi essenziali, e, nella seconda, quale negozio inutilizzabile pur se completo, poiché inidoneo a realizzare i concreti interessi in esso dedotti.

2.2. L'utilità sociale nel periodo autoritario.

L'elaborazione romanistica dei temi della proprietà e del contratto fu poi

⁶ Secondo BIANCA (*Il contratto*, 3, Milano, Giuffrè, 2000, p. 611, nt. 7) la categoria del contratto inutile può comprendere tutti quei casi di irrealizzabilità della causa. Nel più ampio senso di *negotium imperfectum*, v. *infra* nel testo.

⁷ Laddove l'accordo non fosse sussumibile sotto una delle categorie formali (ad esempio sotto i contratti consensuali di *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* e *mandatum*) veniva nominato *pactum*, per il quale valeva il brocardo secondo cui *ex nudo pacto, actio non nascitur*. Fu per merito della elaborazione canonista medioevale che la regola della non azionabilità del patto nudo –poiché non vestito del formalismo garantista– venne messa in discussione sul presupposto teologico, prima che giuridico, del *pacta sunt servanda*. Conseguentemente, si riconobbe che da ogni accordo sorgesse, quanto meno, una *obligatio iuris naturalis*. La riferita tesi canonista fu successivamente influenzata dalla dottrina scolastica della causalità, e così venne accordata l'azionabilità del patto nudo purchè munito di causa. (sul punto v. anche DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, Cedam, 2004, p. 26).

La suddetta evoluzione storica ha lasciato le proprie tracce nel tessuto sistematico dell'ordinamento positivo ed, in particolare, nella graduazione di elementi costitutivi tra donazione, comodato e vendita. Ed infatti la debolezza del fine liberale richiede che la validità della donazione sia subordinata *ad substantiam* alla stipula mediante atto pubblico (art. 782 Cod. civ.) e della presenza di due testimoni (art. 47 legge 16 febbraio 1913, n° 89). Anche la fiacchezza ed anormalità della cessione gratuita del godimento di beni mobili richiede che per la conclusione di un contratto di comodato, non basti il solo consenso, rendendosi altresì necessaria anche la *traditio* del bene (art. 1803 Cod. civ.). Diversamente in caso di compravendita, laddove la causa è "forte", è sufficiente il solo consenso delle parti legittimamente manifestato (art. 1376 Cod. civ.) (sul punto v. anche ROPPO, *Il contratto*, in Trattato di Diritto Privato, a cura di IUDICA, ZATTI, Milano, Giuffrè, 2001, p. 132 e ss.).

⁸ GUARINO, *Diritto privato cit.*, p. 342-343.

ripresa nella metà del XIV secolo da parte delle teorie pandettistiche tedesche che focalizzarono la loro attenzione –per quel che riguarda l’oggetto della presente indagine– sul fenomeno della recezione giuridica dell’atto di privata autonomia. Alla base di tale impostazione (9) stava una ragione puramente ideologica e, precisamente, l’esigenza conservatrice di tutela della classe borghese da accordi pregiudizievoli per l’integrità economica del ceto, dando così il seguito ad uno degli sforzi argomentativi più illuminanti intorno al sindacato dell’attività creatrice dei privati.

Il fenomeno dell’autonomia andò cristallizzandosi nella figura generale del negozio giuridico, così attraendo l’attività creatrice del privato sotto una struttura comune di tipo causalistico (10) volta ad effettuare il controllo di razionalità dello schema creato, sì che l’attribuzione della coercibilità giuridica all’atto di autonomia dovesse necessariamente passare per un vaglio di razionalità, altrimenti non potendo pretendere accesso a quella *vis* ordinamentale a garanzia della realizzazione degli interessi degli stipulanti.

Il risultato ermeneutico consegnato dalla teorica del negozio giuridico trovò larga considerazione ed ampia rivisitazione da parte della elaborazione dottrinale immediatamente foriera della emanazione del codice civile del 1942 (11), e ciò nel duplice intento, da un lato, di spiegare compiutamente il

⁹ Per tutti SAVIGNY, *Sistem des heutigen romischen Rechts*, Berlin, 1840, trad. it. curata da V. SCIALOJA, Torino, 1888-1891; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, 1862, trad. it. a cura di FADDA e BENSÀ, 1930, par. 68. V. anche SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, CEDAM, 1991, spec. p. 296 e significativamente “(q)ui il marchio autoritario dello Stato si imprime sull’atto a servizio della classe egemone, a mala pena celandosi dietro l’exasperato soggettivismo della categoria negoziale, di cui si fa complice l’oggettività scientifica della nozione.” Sullo stato attuale del dibattito intorno al tema, v. FERRERO, *Sul negozio giuridico*, Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo, Tomo II, Milano, 2002, p. 1005 e ss. (spec. par. 7); G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra ordinamento ed autonomia*, in Studi Cattaneo *cit.*, p. 1031 e ss.; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, II° ed., Padova, Cedam, 2004; GALGANO, *Il negozio giuridico*, Tratt. civ. comm. Cicu-Messineo, Milano, Giuffrè, 2002, *passim* e spec. p. 1 e ss.; CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, Europa e dir. privato, 2009, 1, pp. 86 – 111.

¹⁰ Il dibattito intorno alla figura del negozio giuridico non conobbe la sola e assai estenuante disputa tra volontaristi e dichiarazionisti, ma anche quella intorno alla ascrivibilità della causa tra gli elementi insiti ovvero tra quelli estranei al negozio. Sul punto appare convincente l’impostazione di SCOGNAMIGLIO (*Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. II° ed., Napoli, Jovene, 2008 p. 245) secondo cui, la causa è elemento del contratto in quanto limite della volontà, contrappeso necessario della libertà di autodeterminazione e, in pari tempo, espressione della funzione del negozio.

¹¹ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, rist. 1994, p. 186 e ss; ID., voce *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, XXIV, Roma, 1934; ID., *Diritto Romano*, Parte Generale, Padova, 1935 pp. 169-170. Per gli studi successivi, v. BENEDETTI, *L’interpretazione dell’atto di*

confronto tra autonomia privata ed ordinamento giuridico e, dall'altro, di strumentalizzare il fenomeno della recezione giuridica in ossequio ad esigenze di politica del diritto di tipo "dirigistico". Tra la pluralità di letture volte a spiegare il fenomeno dell'autonomia privata sul piano concettuale⁽¹²⁾, assunse rilevanza preminente l'impostazione bettiana -cristallizzata poi nell'assetto normativo del codice civile- secondo cui il fenomeno della recezione giuridica doveva attuarsi secondo il modello di funzionalizzazione in senso sociale degli interessi privati.

Ne seguì la regola secondo cui, in tanto il contratto, sia esso tipico ovvero atipico, avrebbe guadagnato accesso al mondo giuridico in termini di effetti, in quanto l'interesse nello stesso dedotto fosse stato utile ad una stregua sociale.

Gli istituti attraverso i quali questa forma di funzionalizzazione⁽¹³⁾ prese

autonomia privata tra teoria generale e dogmatica nel pensiero di E. Betti. Un paradosso, in FROSINI, RICCOBONO, *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, Giuffrè, 1994; DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, pp. 91 -92; CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano Giuffrè, 1978; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico cit.*, Padova 2004; IRTI, *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano Giuffrè, 1978.

¹² Lo storico iato intellettuale che si formò fu tra la impostazione dello STOLFI (*Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 13) e quella del BETTI (*Negozio giuridico, cit.*, p. 39); per il primo l'autonomia privata è autonomia della volontà e il negozio giuridico è l'attuazione in termini di effetti giuridici della volontà privata creatrice. Per l'impostazione bettiana, invece, l'autonomia privata è autonomia sociale, con la conseguenza che il negozio giuridico trova riconoscimento ordinamentale solo in quanto persegua un fine socialmente utile. Sul punto v. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, che rifiutò l'idea bettiana di precettività ribadendo il ruolo della volontà come presupposto del negozio.

Problema connesso è, inoltre, quello della diversa lettura attribuita al negozio giuridico, tra la concezione di fatto (*recte*: fattispecie) e di valore. Da questa dicotomia è derivato un differente inquadramento dell'autonomia privata, atteso che secondo la concezione valoriale il negozio, già in *rerum natura* assume la sua rilevanza e ciò ancor prima dell'incontro con l'ordinamento, proprio in quanto lo stesso rappresenta un valore in sé, di tipo metagiuridico (per tutti G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 46). Diversamente per la teoria della fattispecie –essendo il negozio un mero fatto– lo stesso non presenta alcuna rilevanza prima del suo incontro con l'ordinamento (in senso critico v. GALGANO, *Negozio cit.*, pp. 15-16).

¹³ La concezione funzionale della causa è una acquisizione storicamente recente al dibattito dottrinale, comparso originariamente nel corso di lezioni di diritto romano dell'anno accademico 1892-1893 tenuto da Vittorio Scialoja (*nunc* SCIALOJA, *Negozi giuridici*, con prefazione di S. Riccobono, Roma, 1950, pp.89-90; IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja*, in Riv. dir. civ., 3, 2011, p. 433). Come si è accennato nel testo, il tema della funzionalizzazione venne poi ripreso, con grande successo, nei lavori di redazione del codice civile del 1942 laddove prese vigore la lettura funzionale sia della proprietà (Rel. al Cod. Civ. n° 386) che del contratto (Rel. al Cod. Civ. n° 603 e 613). In abbandono della pregressa stagione di individualismo giuridico, il legislatore del tempo

corpo furono quello della causa del contratto e del giudizio di meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322 comma 2 Cod. civ.. Con riguardo alla prima, già la relazione al codice civile (nn° 603 e 613) le conferì una valenza assolutamente astratta, quale funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini ed in grado, da sola, di giustificare la tutela ordinamentale. In tal guisa, mediante il ricorso al tipo negoziale, l'interesse privato perdeva la propria centralità fino a dissolversi nell'interesse perseguito dal legislatore mediante l'adozione di quel determinato schema. Con il duplice corollario consistente in ciò, che -da un lato- la sussistenza dell'interesse individuale, pur presente nelle intenzioni dei contraenti, non assumeva alcuna rilevanza giuridica ai fini della validità del contratto ed, in particolare con riferimento alla mancanza di causa ai sensi dell'art. 1418

concepì un disegno unitario dei predetti istituti fondato sul paradigma della funzione economico-sociale tanto che “in tutti i diritti positivi, com'è noto, si ritrova una partizione fondamentale dei beni con riguardo alla differente funzione economico-sociale” e con riguardo agli stessi “la loro importanza nella conservazione e nell'accrescimento delle energie economiche della Nazione importa non soltanto limitazioni dell'autonomia privata, ma obblighi di carattere positivo...” (n° 386). Con riguardo al contratto “la causa è la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che da sola giustifica la tutela dell'autonomia privata (n° 613). Il rinnovato volto del controllo sull'autonomia privata dipinto da questa stagione di funzionalizzazione, comportò la netta e duplice cesura sia rispetto alla teoria soggettiva che alla teoria oggettiva classica della causa (BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 449). Per la prima impostazione la causa consisteva nello scopo soggettivo perseguito dal singolo contraente, ragion per cui lo stesso assumeva l'obbligazione; la teoria oggettiva classica invece identificava la causa nelle reciproche singole obbligazioni o attribuzioni patrimoniali. Come si premetteva, le impostazioni in parola vennero abbandonate peccando entrambe del difetto di riferire la causa all'obbligazione invece che al contratto, e ciò in ossequio all'impostazione di cui al *Code Napoléon* (art. 1108), fedelmente proseguita dal codice civile italiano del 1865, al cui art. 1104 si esprimeva infatti nei termini di “causa lecita per obbligarsi”. La svolta funzionale, che il codice civile del 1942 intese imprimere, concepì invece la causa quale strumento di controllo dinamico dell'assetto contrattuale ordito dai privati mediante la stipulazione. In altri termini, nella *mens legislatoris* del 1942 divenne preminente l'idea di abbandono del sistema normativo orbitante principalmente attorno alla logica proprietaria verso quella del contratto, quale motore della vita degli affari -e non più quale mero strumento di acquisto della proprietà come avveniva nel vigore del codice del 1865- che come tale necessitava la etero-direzione statale (sul punto v., tra gli altri, G.B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 112 e ss.; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e dir. privato*, n° 2/2009, 331 - 377, spec. 333 e in, RUSCELLO, *Studi in onore di Davide Messinetti*, ESI, 2009, pp. 55-88; sulla nascita della concezione funzionale v. FERRI, *op. ult. cit.*, p. 337). Come si vedrà *infra*, con il mutato assetto ordinamentale la funzionalizzazione degli interessi privati non fu abbandonata, ma venne valorizzata -in un primo tempo- verso fini solidaristici dalla stessa Carta costituzionale (art. 41 e 42 Cost.) e, successivamente, l'impostazione funzionale ha tentato di emancipare l'interpretazione degli elementi essenziali del contratto dalla loro conformità a referenti di tipo generale, verso la valutazione di capacità di funzionamento dell'atto.

comma 2 Cod. Civ. ⁽¹⁴⁾. In secondo luogo, simmetricamente, il ricorso al tipo contrattuale legalmente previsto, costitutiva altresì sicuro indice di meritevolezza degli interessi perseguiti, senza che fosse necessaria un'ulteriore indagine in senso concreto ⁽¹⁵⁾.

Nell'ambito del contratto atipico, l'art. 1322 comma 2 cod. riconosce(va) la possibilità per le parti di stipulare contratti non appartenenti a nessun tipo predeterminato purchè perseguissero “interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”. Il celebre adagio dell'art. 1322 comma 2 cod. civ. costituiva nell'*intentio legislatoris* l'espressione del principio della utilità sociale, istituito in grado di condizionare la libertà di stipula di contratti atipici al perseguimento di interessi socialmente non indifferenti e, come tali, tutelabili giuridicamente.

In tal modo, per mezzo della disciplina della causa del contratto e del giudizio di meritevolezza, il legislatore del 1942 costituì l'intreccio normativo in grado di garantire, sul piano sistematico, la perfetta architettura normativa di direzione statale degli interessi dedotti in contratto verso fini generali ⁽¹⁶⁾. Il contratto veniva così snaturato nella sua

¹⁴ L'interesse individuale ritrovava propria autonoma considerazione solo sul piano patologico, ovvero qualora integrasse gli estremi di motivo illecito comportando la nullità del contratto in quanto comune alle parti e determinante il consenso (art. 1345 cod. civ.).

¹⁵ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2006, p. 807. Tuttavia occorre precisare che l'elaborazione del BETTI (*Teoria, cit.* par. 23) si spinse fino a proporre una interpretazione estensiva della regola di cui all'art. 1322 cap. cod. civ. così dilatando il controllo di meritevolezza dell'interesse anche in relazione ai contratti tipici. In modo apparentemente paradossale, questa impostazione fu seguita anche da quella dottrina che affrontò il problema pervenendo a conclusioni diametralmente opposte (G.B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 355) con ciò dimostrando la fondatezza della rinnovata lettura concreta della causa. Estendere il giudizio di meritevolezza dell'interesse anche al contratto tipico -ed in ciò l'apparente paradosso si svela- significa nondimeno riconoscere che il fenomeno causale non si esaurisce al profilo astratto, ma che esiste un piano concreto di interessi che riguardano la causa e che, perciò, risultano oggetto di autonoma valutazione. Per il rifiuto giurisprudenziale di questa lettura, v. Cass. 2 luglio 1975, n° 2578 in Riv. dir. com., II, 1976, pp. 263 e ss. con nota di GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ., ivi.*

¹⁶ Sul punto è interessante osservare come la Relazione al codice civile (n° 613) riconosce la esistenza fenomenologica di uno “scopo pratico individuale” che caratterizza le parti contraenti, ma al fine di escluderlo dal novero degli interessi caratterizzanti la causa del contratto; infatti il paragrafo in parola deve collegarsi con l'esordio della stessa relazione (n° 11) laddove il Guardasigilli ha cura di rimarcare l'impronta autoritaria del tempo, affermando che “codice civile non significa codice del cittadino, inteso questo come le ideologie e la dottrina della rivoluzione francese lo raffigurarono, vale a dire come titolare di diritti innati, intangibili e inalienabili, quasi di sovranità privata contrapposta alla sovranità dello stato, considerato come semplice somma dei cittadini. [...] Allorché noi diciamo codice civile, il nostro pensiero si riporta alla nozione romana del *civis*, membro attivo della

stessa ontologia di strumento di libertà, e contestualmente trasformato -per mezzo della pretesa del “fine socialmente utile”- in strumento di eterodirezione statale per fini di produttività nazionale.

Come si è visto, questa prima fase dell’evoluzione del pensiero giuridico, consegnò un rigido sistema di recezione dell’atto di privata autonomia, espressa nel principio secondo cui, in tanto può attribuirsi tutela all’interesse individuale, in quanto questo abbia una rilevanza socialmente utile. La stipula contrattuale, infatti, o coincideva con alcuno degli interessi propri del singolo tipo negoziale, oppure avrebbe dovuto presentare un apporto utilitaristico apprezzabile non solo per le parti contrattuali, ma anche per la collettività; la suddetta valutazione era integralmente demandata all’interprete e, significativamente, al giudice.

Lo stretto sistema di direzione dell’economia che ne seguiva, ed in particolare quella attribuzione di potere al giudice in sede di qualificazione negoziale, svalutò fortemente la situazione giuridica soggettiva dei contraenti quasi fino a degradarla a quella di interesse legittimo ⁽¹⁷⁾ e, come tale, protetta solo occasionalmente qualora fosse anch’essa espressione di interesse generale. In questo contesto il giudice venne ritenuto il miglior arbitro della valutazione dell’interesse negoziale mediante l’attribuzione, a quest’ultimo, di un sindacato di merito sul contratto assai penetrante. Un celebre adagio della Relazione al Codice Civile (n° 603) recitava infatti che “l’ordine giuridico 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.” ⁽¹⁸⁾.

2.3. L’avvento della Costituzione e la seconda stagione della utilità contrattuale.

comunità politica di Roma con la sua posizione ben definita rispetto alla famiglia e alla *civitas*. Questa nozione del *civis* non ha nulla di comune con quella *citoyen* della rivoluzione francese.”

¹⁷ GAZZONI, *Manuale cit.* p. 815.

¹⁸ Oltre al suo fautore, la riferita impostazione non ottenne larghe adesioni nel panorama dottrinale se non di pochi Autori tra cui D’EUFEMIA, *L’autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, p. 77 e ss; PUTZOLU, *Panorama del codice civile fascista*, RDP, I, 1941, p. 319 e ss.

A seguito del mutato assetto istituzionale conseguente al varo della Carta costituzionale del 1948, si aprì -quale espressione di reazione storico-istituzionale- la stagione crepuscolare del concetto di utilità sociale del contratto.

Ciò che fino ad allora era considerato un dogma pressoché costante, divenne in breve tempo un simulacro del regime che come tale doveva essere osteggiato ed espulso dal piano argomentativo; la pretesa utilità sociale, tratto comune che doveva fino ad allora caratterizzare il contratto come atto, diventò gradualmente un argomento di storia del diritto. Ed infatti, le previsioni costituzionali in tema di diritti civili, il rinnovato ruolo del giudice soggetto come tale alla sola legge (art. 101 Cost.) e non anche alle prerogative dell'esecutivo, consegnarono un mutato assetto del controllo dell'ordine giuridico sull'autonomia privata. In questo clima prese piede l'ideologia di estromissione dall'ordinamento di tutti quei riferimenti al controllo in senso propulsivo dell'autonomia privata, in quanto asseritamente contrari al rinnovato assetto istituzionale ⁽¹⁹⁾. Come andremo

¹⁹ La vastità della letteratura sul punto non consente, già *ab ovo*, una esauriente bibliografia che sarà tuttavia compiutamente citata nel corso del lavoro. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 207 e ss.; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, rist. 1994; ID., voce *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, XXIV, Roma, 1934, p. 503; ID., voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nuov. Dig. It.*, Torino, UTET, 1960, pp. 32-40; ID., *Diritto Romano*, Parte Generale, Padova, 1935, p. 206; BESSONE, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1982, p. 13 e ss.; BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 477; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, *Contr. Impr.*, 1987, I, pp. 422 - 435; D'EUFEVIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, p. 77 e ss.; DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *RDCO*, I, 1970, spec. 211 e ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966; ID., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 220 e ss.; ID., (voce) *Ordine pubblico*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1038 - 1057; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, *RDCO*, 1971, II, pp. 81 - 97; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, *RDCO*, 1979, I, 1-14; ID., *La formula "funzione sociale" dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *ALPA*, ROPPO, *Il diritto privato nella società moderna: seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 55-78; ID., *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2002, p. 897 ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2006, p. 814; GITTI, *La "tenuta" del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *RDC*, n° 3/2008, pp. 491- 513; GORLA, *Il contratto cit. : problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, vol. I *lineamenti generali*, p. 221 e *passim*; GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in *RDCO*, 1976, pp. 263 -290; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, *RDC*, 1994, I, pp. 799-814; MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *RDC*, 1987, I, pp. 487-582 e ora in *Scritti di diritto patrimoniale*, Jovene, 1992, p. 38 e ss.; PUTZOLU, *Panorama del codice civile fascista*, *RDP*, I, 1941, p. 319 e ss.; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 85 e ss.; ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, (nota a Cass. Sez. III, 3 aprile 1970, n. 896, in *Foro It.*, 1970, I, 1971, pp. 2376 -2382; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del*

vedendo, la reazione intellettuale che ispirò questa seconda stagione di studi sul contratto dette la stura ad una cesura ideologica rispetto allo *status quo* che addirittura superò il dato positivo dell'art. 1322 cap. Cod. civ.

Sul piano tecnico-giuridico la rinnovata ermeneusi degli istituti volti al controllo dell'interesse privato, si impose attraverso due grandi operazioni interpretative: da un lato l'emersione della concezione concreta del fenomeno causale e, dall'altro, la lettura sostanzialmente abrogativa del concetto di meritevolezza dell'interesse previsto dall'art. 1322 comma 2 Cod. civ.

Si può fin da ora anticipare che questa innovativa impostazione se fu coerente nelle premesse, non altrettanto può affermarsi con riguardo agli esiti ermeneutici ed altresì al percorso condotto per giungervi.

La constatazione di base fu quella secondo cui, nel mutato assetto economico-istituzionale del dopoguerra, la regola della utilità sociale e la concezione astratta della causa avevano ormai perduto la propria ragion d'essere e ciò non tanto per presunte ragioni di incostituzionalità, quanto piuttosto perché entrambi i dogmi fino ad allora indiscussi, erano da un lato contraddittori rispetto alla reale morfologia del problema e, in pari tempo, risultavano insufficienti a spiegare il fenomeno causale generalmente inteso.

Per merito di una brillante opera dottrinale si sviluppò la teoria della causa in senso concreto ⁽²⁰⁾, impostazione che ottenne pressoché unanime seguito

diritto civile, Napoli, Jovene, rist. 2002.

²⁰ Per tutti v. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico cit.*, p. 355 e *passim*. Tra gli scritti più celebri sul tema, v. anche BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 452 e ss.; GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 808; GORLA, *Il contratto cit.*, p. 211 e ss.; PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, ora in *Diritto civile*, Milano, 1951, p. 105 e ss.; GIORGIANNI, *Causa (d. priv)*, voce, Enc. dir., VI, Milano, 1960, p. 557 e ss.; PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio*, in *Studi in onore di Asquini*, Padova, 1965, III, p. 1304 e ss.; REDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1950, p. 900 e ss. La recezione giurisprudenziale della impostazione concreta della causa è una acquisizione relativamente recente (Cass. sez. III, n° 10490/2006). Prima di allora la giurisprudenza pur non avendo direttamente aderito alla teorica in parola dimostrava nei fatti di non rifiutarla ad onta delle formulazioni, peraltro di mero stile, nel senso di funzione economico-sociale (v. sul punto SACCO, in SACCO E DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, Torino, 2004, p. 645). La tesi della causa in senso concreto è stata ribadita altresì dalla Cassazione a Sezioni Unite in tema di danno non patrimoniale (per tutte sentenza n° 26972/2008) quale parametro di valutazione della sussistenza dell'interesse non patrimoniale al fine del risarcimento del danno (non patrimoniale) da inadempimento. Più recentemente v. altresì Cass. Sezioni Unite, 18 marzo 2010, n° 6538 che ha ribadito il principio della causa in concreto relativamente alla valutazione della gratuità o della onerosità di un negozio ai fini della esperibilità della azione

nel pensiero successivo.

L'elaborazione di questa tesi prese le mosse dal rilievo dell' inattualità della formula funzione economico-sociale riferita sia alla causa del contratto che al giudizio di meritevolezza dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ.. Si evidenziò infatti come la formula fosse una forzatura impraticabile, perché la causa, in quanto elemento essenziale, appartiene alla struttura del contratto e deve esser valutata in quanto tale.

Viceversa, l' apprezzamento della causa in termini di socialità dà luogo ad un giudizio esterno al contratto e, quindi, estraneo alla valutazione causale ⁽²¹⁾. Significativamente l'Autore rileva che “se la causa deve esprimere una funzione e, al tempo stesso, costituire un elemento del negozio giuridico, il secondo termine della valutazione che detta funzione esprime [...] deve essere ricercato ed individuato *dalla* parte del negozio giuridico, non da quella dell'ordinamento” ⁽²²⁾.

La tesi di Ferri pose in evidenza anche che la concezione astratta della causa fosse in realtà miope rispetto alla reale fenomenologia del fenomeno, non considerando che le parti contrattuali ricorrono allo strumento negoziale per il soddisfacimento di un interesse -appropriativo/dispositivo, conservativo ovvero associativo- di natura schiettamente privata. Conseguentemente, la valutazione in senso funzionale dello stesso non può prescindere dal suo apprezzamento in termini concreti, altrimenti risolvendosi in un procedimento avalutativo.

Si osserva inoltre che proprio la stessa relazione al codice civile contiene il riconoscimento plastico della concezione concreta della causa contrattuale; ed infatti il paragrafo n° 613 riconosce, sul crinale fenomenologico, la causa in concreto laddove afferma che “[B]isogna infatti tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale, che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso

revocatoria (nella specie trattavasi di azione pauliana di tipo fallimentare di atti a titolo gratuito ai sensi dell'art. 64 del R.d. 21 marzo 1942, n°267). Per un'ulteriore affermazione del principio, si veda da ultimo Cass. Civ. Sez. I 14 settembre 2012, n. 15449 in Dir. e Giust.. 2012, p. 770 con nota di TARANTINO, *Illiceità del contratto: è necessario verificare l'effettiva intenzione dei contraenti*.

²¹ G.B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 364.

²² G.B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 364 – 365.

sia, perseguito dal contraente nel caso concreto [...]” (Rel al cc. n° 613 cit.)⁽²³⁾.

Tali considerazioni hanno dato la stura all'impostazione secondo cui la causa è la funzione economico individuale del contratto, metro di giudizio con cui valutare, in modo unitario, tutti gli elementi concreti del negozio, siano essi primari ovvero secondari⁽²⁴⁾.

Dall'acquisizione della causa in concreto conseguono, sul piano sistematico, rilevanti implicazioni. Si pensi all'affrancamento della categoria dei motivi dall'ambito di rilevanza esclusivamente patologica, atteso che il motivo è espressione dell'interesse contrattuale onde non vi è ragione perché questo non debba costituire causa concreta *ex art. 1325 n° 2 cod. civ.* Anche la figura del contratto in frode alla legge ha trovato il proprio sostanziale epitaffio nella teorica concreta, atteso che, se lo scopo contrattualmente dedotto è *in fraudem legis*, dovrà direttamente parlarsi di illiceità del negozio *ex art. 1343 cod. civ.*⁽²⁵⁾.

Ulteriore pregio di questa rinnovata impostazione è quello di chiarire la differenza rispetto all'istituto del tipo negoziale che, per la concezione astratta, si confondeva con il requisito eziologico del contratto. Se la funzione del tipo negoziale può ben dirsi economico-sociale, essendo lo stesso figura generale ed astratta, l'interesse concreto contrattualmente dedotto è, viceversa, autoreferenziale per le parti negoziali non perseguendo, né dovendo perseguire, anche un fine socialmente utile⁽²⁶⁾.

Da questo rinnovato clima argomentativo, logica volle che andasse a consolidarsi l'atteggiamento di forte diffidenza per tutte quelle analisi del problema assertrici della sussistenza di limiti positivi alla autonomia

²³ V. da ultimo G. B. FERRI, *Negoziio giuridico cit.*, p. 120 e ID., *Motivi, presupposizione cit.*, p. 334-335.

²⁴ G. B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 371.

²⁵ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 823. Discorso simile potrebbe essere condotto in relazione alla ambigua figura della presupposizione, rilevando che, in tal caso, l'evento sopravvenuto privativo dell'interesse del promittente alla prestazione, può integrare un ipotesi di mancanza (sopravvenuta) di causa. Tuttavia la giurisprudenza giunge a differenti conclusioni risolvendo il problema sul piano del rapporto, e qualificando la presupposizione come ipotesi autonoma di recesso espressione di buona fede in senso oggettivo (Cass. sez. III 25 maggio 2007, n° 12235).

²⁶ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 808; G. B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 349.

contrattuale ⁽²⁷⁾ cioè di precisi obiettivi -in senso sociale ma non solidaristico- che la contrattazione avrebbe dovuto guadagnare ai fini di sua validità. Bersaglio favorito di questa concezione fu proprio il capoverso dell'art. 1322 comma 2 Cod. civ., così emergendone una lettura sostanzialmente abrogativa ⁽²⁸⁾. La costruzione giuridica è stata la seguente. Attesa la inattualità nel nostro ordinamento del riferimento all' utilità sociale -ed essendo stato il giudizio di meritevolezza l'espressione massima di quel principio (Rel al cc. nn° 603 e 613)- non ha più senso, nel rinnovato ordinamento costituzionale, la valutazione di meritevolezza dell'interesse sotteso al contratto atipico. La norma in discorso non esprime, dunque, alcun significato contenutisticamente diverso dal giudizio negoziale di liceità, poiché richiedere che il contratto sia meritevole di tutela, altro non significa che pretendere che l'interesse dedotto sia lecito ⁽²⁹⁾. A tutto concedere le due norme si differenziano in ciò, che mentre l'art. 1343 Cod. Civ. prevede un triplice metro di giudizio della liceità causale, la meritevolezza dell'art. 1322 cap. cod. civ. è *species* del solo *genus* ordine pubblico comune altresì all'art. 1343 cod. civ ⁽³⁰⁾. Dal definitivo abbandono dello scomodo istituto della utilità sociale è emerso dunque che, tra contratto lecito e contratto illecito perché dannoso, *tertium non datur*.

3. Segue. I dubbi ricostruttivi.

L'analisi degli sviluppi dottrinali sopra ricostruita, fornisce all'interprete il la costante per cui la causa è la funzione economica del contratto, dapprima, come si è visto, in senso sociale e, più recentemente, in senso individuale. Apparentemente il dato potrebbe sembrare di scarso interesse, probabilmente per la consunzione che ha conosciuto il termine funzione

²⁷ GRISI, *L'autonomia cit.*, p. 37; GUARNIERI, voce "Meritevolezza dell'interesse, in *Digesto (civ.)*, XI, Torino, 1994, 324; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799 e ss.

²⁸ *Ex multis*, ROPPO, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 424; G.B. FERRI, (voce) *Ordine pubblico cit.*, p. 1040 e ss. Per una ricostruzione del problema v. GRISI, *Gli istituti del diritto privato 2*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 30-31;

²⁹ G.B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, *passim*.

³⁰ G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, (nota a Corte Appello Milano, sent. 29 dicembre 1970), in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 92.

ove relazionato alla causa, finendo così per essere etichettato come tralaticia espressione viziata di schematismo ⁽³¹⁾.

L'impressione viene tuttavia meno dal confronto con il dato costituzionale e precisamente con l'art. 41 comma 2 Cost. che, nondimeno, contiene l'espreso riferimento al parametro di "utilità sociale". Emerge dunque l'apparente paradosso secondo cui la stessa Carta -che per la tradizionale impostazione ebbe a rappresentare il momento più alto di rottura con l'idea di socialità legata all'autonomia privata- contiene in sé proprio il richiamo all'utilità sociale! Vien da chiedersi come sia possibile che anche la Costituzione abbia inteso mantenere una logica di funzionalizzazione dell'autonomia privata al pari del precedente regime autoritario? Ad avvalorare il dubbio, e senza per questo invertire l'ordine delle problematiche, si pone la stessa teoria concreta della causa. Come si è visto, con quest'ultima impostazione si afferma che la causa è la funzione economico-individuale del contratto⁽³²⁾. Ma se la causa è funzione ⁽³³⁾, come può la funzione essere autoreferenziale? Così, invero, dovrebbe concludersi, muovendo dall'aggettivo "individuale". Vi sarebbe insomma circolarità nel percorso che, muovendo dall'interesse concreto per indagarne la funzione, sfocerebbe nel medesimo punto di partenza, così coincidendo funzione con interesse contrattualmente dedotto e perseguito. Ecco che, probabilmente, così si spiega la *ratio essendi* della *interpretatio abrogans* dell'art. 1322 comma 2 del Cod. civ.! Ecco allora perché, Natalino Irti ⁽³⁴⁾ ebbe a sostenere che la concezione funzionale, avrebbe segnato il declino della stessa causa!

Ciò posto, resta comunque un problema. Perché mai si parla ancora di funzione? Non pare che ciò costituisca, ancora una volta, il frutto di quell'atteggiamento tralaticio sotteso all'uso di un termine semanticamente svuotato di ogni sua consistenza. Ciò anche perché il riferimento alla

³¹ BESSONE, *Obiterdicta della giurisprudenza, l'accertamento della << causa >> reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico-sociale del negozio*, in Riv. not., 1978, p. 947.

³² G.B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 371.

³³ G. B. FERRI, *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò*, in Europa e dir. privato, 2007, 3, p. 672 e p. 682.

³⁴ Lo rileva G.B. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in Europa e dir. privato, 1, 2011, pp. 1 – 53; ID., *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO, (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II Proprietà, Obbligazioni, Contratti, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 453 – 463.

funzione costituisce, oggi, uno dei nervi scoperti del più ampio dibattito in relazione al contratto. Nel momento attuale campeggia infatti la netta logica di abbandono della lettura strutturale del negozio e dei suoi elementi essenziali, tra cui, oltre alla causa, significativamente anche l'accordo e l'oggetto ⁽³⁵⁾ ⁽³⁶⁾.

In altri termini il progressivo abbandono dell'atto a favore del rapporto ha conferito agli elementi contrattuali una loro lettura in senso dinamico, in quanto distesi su di una funzione ⁽³⁷⁾ che ne giustifica la necessità giuridica. Ne consegue la necessità di proseguire l'indagine intorno alla nozione funzionale di causa avuto riguardo alle sue reciproche interrelazioni con l'aggettivo "individuale".

4. I tentativi di risposta. Continuità e volti della logica funzionale.

Come emergerà nei passaggi successivi, la linea di continuità impressa dalla Carta costituzionale alla funzionalizzazione della autonomia privata è derivata da pure esigenze di ordine giuridico piuttosto che nitide ideologie di politica del diritto e forme di governo.

Del resto come è stato lucidamente sostenuto ⁽³⁸⁾ può ben convivere una forma di governo di tipo autoritario ed un sistema economico di tipo

³⁵ CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da P. PERLINGERI, Napoli, ESI, 2010, p. 160 e ss; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 152. P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006, p. 337; ROPPO, *Il contratto cit.*, p. 79 e ss. GITTI – VILLA (a cura di), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, Mulino, Prismi, 2008.

³⁶ V. MACARIO, *L'autonomia privata*, in NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 151 il quale, nel descrivere la rilettura in chiave funzionale della teoria del contratto riporta l'esempio della evoluzione normativa in tema di vendita di cosa futura che con la rinnovata impostazione non dovrebbe essere più inquadrata come contratto a formazione progressiva condizionato sospensivamente alla venuta ad esistenza del bene, ma alla immediata perfezione dell'atto con successiva incidenza nel rapporto della stessa venuta in essere del bene.

³⁷ GENTILI, *La << nullità di protezione >>*, in *Europa e dir. privato*, 2011, 1, spec. p. 96 e ss.; SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, I Contratti, 12, 2010, pp. 1155 – 1162.

³⁸ B. CROCE – L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, a cura di P. SOLARI, Milano – Napoli, 1957, p. 127. In tal senso v. anche GALGANO – RODOTA', *Rapporti economici*, Tomo II, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli – Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1982, p. 30, secondo cui "[l]a democrazia liberale è, nella sua storica essenza, opposizione al dispotismo politico; non è, né mai ha ambito di essere, opposizione al dispotismo economico".

liberista ⁽³⁹⁾), così come può avvenire il contrario, come nel caso di adozione di politiche protezionistiche fatte proprie da alcuni sistemi liberali. Nell'evoluzione storica italiana, ed in particolare durante il periodo autoritario, il regime fu costretto mediare tra le istanze dirigistiche - direttamente orientate a finalità autarchiche, *pendant* del folle intento imperialista e guerrafondaio- e le pressanti richieste clientelari per una politica economica in senso liberista, derivanti dal ceto borghese che aveva anch'esso appoggiato il regime.

Almeno altre due forze furono in grado di rintuzzare quella incerta politica economica di segno dirigista. In primo luogo la constatazione del progressivo processo di transizione da una dimensione dell'economia prevalentemente agraria e, come tale, fondata essenzialmente su logiche proprietarie verso quella di tipo industriale, al cui centro iniziava a lumeggiare la figura del contratto ⁽⁴⁰⁾.

In secondo luogo vi fu la reazione della dottrina del tempo. Quest'ultima infatti, se da un lato mantenne un comprensibile atteggiamento politicamente neutrale, altrettanto non fece sul piano culturale, influenzata com'era dagli ideali della Pandettistica tedesca e dal carattere liberale del BGB tedesco ⁽⁴¹⁾.

Del resto, come si è efficacemente affermato, il fascismo non fu contrassegnato da una propria ideologia di regime, quanto piuttosto “da un

³⁹ Si pensi, ad esempio, al liberismo doganale di Napoleone III° a fronte di un governo marcatamente illiberale.

⁴⁰ G. B. FERRI, *Fascismo e concezioni del diritto*, in RODOTÀ (a cura di), *Diritto e culture della politica in Annali della fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco*, Roma, 2003 e ora anche in G.B. FERRI, *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Cedam, 2008, p. 42; G. B. FERRI, *La formula << funzione sociale >> dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in ALPA – ROPPO, *Il diritto privato nella società moderna: seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, Jovene, 2005, p. 66.; GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n° 28, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1031 e ss.; BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli istituti del diritto privato: testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in Quaderni Fiorentini cit., n° 28, 1999, p. 409.

⁴¹ Questo atteggiamento venne riassunto ed evidenziato negli anni cinquanta del secolo scorso con la locuzione “extrastatualità del diritto civile” (VASSALLI, *L'extrastatualità del diritto civile*, ID. *Studi giuridici*, III, “, Milano, 1960, spec. p. 753 e ss). Sul punto v. BRECCIA, *Continuità e discontinuità cit.*, p. 373; G. B. FERRI, *Relazione al convegno del 16-18 dicembre 2004 “Temi e problemi della civilistica contemporanea”*, in Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro PERLINGERI, Napoli, Esi, 2005, p. 607; P. GROSSI, *Il disagio di un << legislatore >> (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 312.

miscuglio di momenti ideologici diversi, in cui spesso si trovarono a convivere istanze culturali non omogenee”⁽⁴²⁾.

Complessivamente può affermarsi che il regime autoritario italiano, pur comprimendo largamente gli ideali liberisti, non riuscì mai ad eliminarli del tutto; anzi, come è stato giustamente rilevato, il legislatore del 1942 non aveva ben chiara la portata di quella politica di “dirigismo statale” e tale incertezza è rimasta anche nell’impianto del codice⁽⁴³⁾. L’art. 1322 comma 2 del Cod. civ. rappresentò dunque la pallida bandiera di un claudicante dirigismo.

Scendendo nell’esame dei passaggi che caratterizzarono il dibattito per l’elaborazione della Carta Costituzionale e, significativamente, quello relativo alla disposizione poi divenuta l’art. 41 Cost., si ha la palese testimonianza della riferita linea di continuità storica⁽⁴⁴⁾. Nella seduta antimeridiana di martedì 13 maggio 1947⁽⁴⁵⁾ l’Onorevole Colitto ebbe a sostenere: “A me pare che questo intervento dello Stato, onde coordinare l’attività economica verso un fine unitario, nella situazione dell’economia non sia eliminabile. Esso è già in atto oggi, e non si può pensare che una Costituzione interventistica in tantissimi campi della attività privata, come quella che

⁴² G. B. FERRI, *Fascismo e concezioni cit.*, p. 37. La politica economica del regime è stata di segno liberale nei primi anni del regime (1922-25), avvicinandosi al socialismo di Stato nell’epoca intermedia (1926-1929), ed avviandosi, negli ultimi tempi, verso l’integrale corporativismo (così U. SPIRITO, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, in *La crisi del capitalismo*, a cura dell’Osservatorio economico annesso alla Scuola di Scienze corporative dell’università di Pisa, Firenze, 1932, p. 140). Per completezza del discorso, occorre sottolineare che il corporativismo, imponendosi come organo di pianificazione della produzione, superò il dualismo tra economia e politica, “facendo coincidere l’ordinamento politico e quello economico con quello corporativo” (G. B. FERRI, *La formula cit.*, p. 77). Coglie dunque nel segno di questa logica, l’affermazione del riferito autore secondo cui con il corporativismo “la libertà è, non soltanto rispettata, ma potenziata all’infinito” (G. B. FERRI, *Ibidem*).

⁴³ G. B. FERRI, *La formula cit.*, p. 75.

⁴⁴ In seno alla stessa costituente, le correnti cattoliche spinsero per la separazione tra organizzazione politica ed economica, mediante un controllo di quest’ultima affidato a organi separati dalle istituzioni democratiche, secondo il modello del controllo sociale verso le finalità di “bene comune”. Tale impostazione risultò recessiva, alla stessa prevalendo la corrente promossa dall’ala comunista dell’assemblea orientata verso la maggiore centralità del ruolo statale. L’ipotesi ottenne poi il consenso della parte democristiana con il compromesso dell’introduzione dell’attuale comma 3 dell’art. 41 Cost. in tema di finalizzazione dei controlli sulla produzione per fini utili alla comunità (v. GALGANO, *Op. cit.*, pp. 33-34).

⁴⁵ *Atti dell’Assemblea Costituente: attività dei deputati*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1948.

risulta dalle disposizioni già approvate, possa prescindere dai controlli e dagli interventi a fini positivi e di coordinamento”⁽⁴⁶⁾. E così l’Onorevole Arata: “Mi si consenta di dire che il fatto che la nostra Costituzione consacri il principio che il regno beato del beatissimo e totalitario *laissezfaire* è finito per sempre, mi sembra non soltanto costituzionalmente legittimo ed esatto ma anche politicamente opportuno”⁽⁴⁷⁾. Ed infine, a completamento del precedente intervento, l’Onorevole Ruini: “L’idea di base è quella del coordinamento. E’ l’esigenza e l’aspirazione generale, con tanti germi di dissolvimento e discrasia nei momenti che noi viviamo. Chi può negare che vi sia bisogno di coordinare le attività economiche pubbliche fra loro e quelle private con le pubbliche? Non vi possono essere a questo riguardo dubbi sopra nessun banco dell’Assemblea. [...] Il comunismo puro ed il liberismo puro, sono due ipotesi e schemi astratti che non si riscontrano mai concretamente nella realtà. Si è avuto e si avrà sempre intervento dello Stato (anche nelle fasi più libere) e sfere di attività ed impresa privata (sia pure limitatissima, come in Russia [...])”⁽⁴⁸⁾.

In seno all’Assemblea Costituente -cenacolo di grande confronto storico tra correnti politico-ideologiche- emerse dunque l’intenzione di non abbandonare la logica regolatoria di funzionalizzazione del mercato, e ciò nella considerazione scettica per i sistemi economici di tipo liberista. Invero, il tramonto delle ideologie liberali della fine degli anni venti del novecento, e la pedissequa fioritura di ideali di massa -immediatamente soffocati dal regime- misero a nudo quella esigenza istituzionale di continuità che ispirò una politica economica del dopoguerra all’insegna del dirigismo economico in senso solidaristico⁽⁴⁹⁾. Il frutto di questo dibattito si concretizzò dunque negli articoli 41 e 42 della Carta nelle loro previsioni di intervento statale

⁴⁶ *Atti citt.*, pp. 3931 – 3932.

⁴⁷ *Atti citt.*, p. 3934.

⁴⁸ *Atti cit.*, pp. 3935 – 3936.

⁴⁹ NATOLI, “Funzione sociale” e “funzionalizzazione” della proprietà e dell’impresa tra negazione e demistificazione, RGL, 1973, I, p. 139 e ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 171; RODOTA’, *Note critiche in tema di proprietà*, RTPC, 1960, p. 1268 e ss.; GRISI, *L’autonomia privata cit.*, p. 35 (e 63 e ss.) laddove si rileva una linea di continuità tra la previsione di cui all’art. 1322 comma 2 cod. civ. e l’art. 41 comma 2 Cost..

sia con riguardo alla iniziativa economica privata che alla proprietà ⁽⁵⁰⁾.

L'elaborazione scientifica del problema dell'autonomia privata, dal canto suo, non si arrestò a questo livello. Permanendo la logica dirigistica dell'economia -almeno fino agli anni 80 del secolo scorso, epoca di forte incursione delle politiche economiche comunitarie ⁽⁵¹⁾- invalse sul piano scientifico il progressivo abbandono della teorica del negozio giuridico in quanto categoria eccessivamente astratta e generica, ma soprattutto foriera di ingiustizie sociali ⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾.

In pari tempo, gli studi sull'autonomia privata si orientarono verso il dato costituzionale onde valutare se il valore scolpito dall'art. 1322 comma 1 cod. civ. ⁽⁵⁴⁾ trovasse copertura di primo livello. In questo contesto, muovendo dal carattere compromissorio dell'art. 41 Cost. tra dirigismo e liberismo, si formò l'opinione secondo cui all'autonomia privata avrebbe rilevanza costituzionale indiretta rappresentando lo strumento di esercizio e di manifestazione della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà (artt. 41 e 42 Cost.) ⁽⁵⁵⁾.

⁵⁰ Per una parziale critica alla impostazione in parola v. GRISI, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 70 e ss.

⁵¹ DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in Riv. critica dir. privato, 1995, I, p. 9. Per una rilettura in chiave moderna ed in chiave europea della funzione sociale, v. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in Europa e dir. privato, 2, 2011, p. 454.

⁵² SCOGNAMIGLIO, *Negozi giuridico cit.*, p. 297; GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in SALVI, *Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 59; ID, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in Contr. Impr., 1987, p. 733 e ss.; ID, *Negozi giuridico*, Milano, 1988. V'è da dire però che nel corso degli anni sessanta del secolo scorso vi fu la fioritura di illuminanti studi romani sul contratto che, dal canto loro dimostrarono un atteggiamento conservatore nei confronti della teorica frutto della pandettistica, v. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966; DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; FERRI, *Causa e tipo cit.*; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964; MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970; PALERMO, *Funzione illecita cit.*; RODOTA', *Le fonti di integrazione cit.*; VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968.

⁵³ Per una rivisitazione in senso sociale dei rapporti economici, v. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 1491-1515; BARCELLONA, *Intervento statale cit.*, p. 1 e ss.; MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in Europa e dir. privato., n° 3/2009, pp. 591-628.

⁵⁴ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 786 e ss.; GRISI, *Op. ult. cit.*, p. 126 e ss.; LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, Corr. Giur. n° 2/2008, pp. 153 - 156; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, Banca Borsa Tit. Cred., 1997, pp. 1- 20, spec. p. 2..

⁵⁵ DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, Riv. dir. comm., 1970, p. 201. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Europa e dir. privato, 2, 2011, p. 371. In

Nelle successive interpretazioni, l'impostazione per la continuità della funzionalizzazione è stata sottoposta a critica. Invero, probabilmente mossa dal timore di un "neo-dirigismo costituzionale", venne formandosi un'interpretazione restrittiva dell'art. 41 Cost. dalla quale risultava esclusa ogni idea di funzionalizzazione, sia che la stessa fosse fondata sul comma secondo che sul terzo dell'art. 41 Cost. ⁽⁵⁶⁾.

Alla base di tale corrente sta l'assunto secondo cui il concetto di funzione è strutturalmente incompatibile con il diritto soggettivo poiché la valutazione funzionale di quest'ultimo comporterebbe lo snaturamento del primo. Ed infatti la valutazione puramente funzionale orienterebbe il sindacato dalla parte dell'interesse esterno alla stessa situazione soggettiva ⁽⁵⁷⁾. In tal modo la funzione finirebbe per identificarsi in una situazione di potestà secondo un metodo valutativo, per quanto osservato, addirittura estraneo alla stessa fattispecie ⁽⁵⁸⁾.

Per merito di rinnovati svolgimenti dottrinali ⁽⁵⁹⁾ il problema è stato impostato in termini diversi. In primo luogo dalla constatazione per cui il costituente con l'art. 2 ha posto sul medesimo piano diritti inviolabili e doveri inderogabili è derivato che, se i primi hanno sicuramente rilevanza

dottrina non è mancato il tentativo di attribuire copertura costituzionale all'autonomia privata ascrivendola direttamente all'art. 41 Cost. (sul punto, RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1986, p. 47 ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, Riv. crit. dir. privato, 1995, I, p. 45). La tesi negativa è stata sostenuta da Luigi FERRI (*L'autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 314) secondo cui il concetto di iniziativa economica privata è al contempo più ampio e più ristretto di quello di autonomia privata. Risulta più lato poiché comprende anche atti esecutivi e materiali estranei all'autonomia privata ed, in secondo luogo, è più ristretto, in quanto esistono negozi giuridici che non rientrano nell'attività ascrivibile alla iniziativa economica privata. Per una terza tesi la libertà contrattuale assurge al rango di diritto fondamentale della persona (BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 31; PERLINGERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in Scuole, tendenze e metodi, Napoli, 1989, p. 176)

⁵⁶ NUZZO, *Utilità sociale cit.*, p. 81, secondo cui "La dottrina che si è occupata del concetto di utilità sociale, è stata più o meno consapevolmente limitata nelle proprie indagini dal pregiudizio nominalistico che induce ad assumere quella formula come dato ontologico, ricercando di conseguenza nell'ordinamento, un valore unitario cui assegnare il nome di << utilità sociale >>. Il criterio metodologico è errato. [...] la locuzione costituzionale è formula verbale riassuntiva di una serie di interessi a rilevo sociale, assunti come propri dal legislatore." V. anche DI MARZO, *Il contratto immeritevole nell'era del postmoderno*, in DI MARZO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro PERLINGERI, Napoli, Esi, 2004, p. 129.

⁵⁷ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce <<Poteri – Potestà>>, Milano, 1947, p. 179.

⁵⁸ NUZZO, *Utilità sociale cit.*, pp. 38-39.

⁵⁹ NUZZO, *Utilità sociale cit.*, p. 39 e ss.

centrale, i secondi ne rappresentano i limiti essenziali ⁽⁶⁰⁾. Ne consegue che l'art. 41 comma 2 Cost., nel suo riferimento al concetto di utilità sociale, esprimerebbe un limite logico di carattere sistematico all'attività dei privati. Il problema che si pone è allora quello della determinazione della nozione costituzionale di "utilità sociale" che, all'evidenza, è grandemente evanescente.

La soluzione offerta dall'Autore innova lo *status quo* poiché l'utilità sociale viene ad esser interpretata quale norma di garanzia piuttosto che la bandiera del regime autoritario.

In particolare si osserva che la *ratio* del principio di cui all'art. 41 comma 2 Cost. si colloca entro il canone dell'uguaglianza, quale preciso dovere per lo Stato di garantire uguali condizioni di partenza anche nei rapporti economici ⁽⁶¹⁾. Sul piano generale si osserva che l'art. 41 Cost. è collocato a chiusura del sistema delle limitazioni all'attività economica dei privati con carattere dinamico ed elastico ⁽⁶²⁾, ma con la garanzia della implicita riserva di legge; in tal modo è eliminato il rischio di arbitrii del potere esecutivo nell'ambito degli interventi statuali sui rapporti economici ⁽⁶³⁾.

Nel rassegnare le conclusioni l'Autore, muovendo dall'assunto dell'immediata precettività dell'art. 41 comma 2 Cost. ⁽⁶⁴⁾, giunge ad affermare che il criterio di meritevolezza deve essere riferito ai principi costituzionali atteso che "[l]'interesse sociale emergente nell'ordine costituzionale [...] può reagire sulla causa in concreto dell'atto determinandone l'illiceità, quando l'interesse con questo perseguito sia con esso contrastante" ⁽⁶⁵⁾.

A livello sistematico, la tesi in discorso si incardina nel panorama dottrinale secondo cui i limiti posti dall'art. 41 Cost. all'autonomia privata abbiano

⁶⁰ LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 24; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in Banca Borsa e Tit. Cred., 1997, p. 6 e ss.; ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, 2003, p. 179 e ss.

⁶¹ NUZZO, *Op. cit.*, p. 41 e ss.

⁶² NUZZO, *Op. cit.*, p. 58.

⁶³ In senso contrario, nella evoluzione storica del dibattito, si è sostenuto che l'art. 41 Cost. non preveda una riserva di legge ma che sarebbe consentito al potere esecutivo di funzionalizzare, verso fini sociali, l'impresa (GALGANO, *Rapporti cit.*, p. 41).

⁶⁴ NUZZO, *Op. cit.*, p. 158.

⁶⁵ NUZZO, *Utilità cit.* p. 98; LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1975, spec. pp. 489 -490.

carattere esclusivamente negativo e mai positivo, nel senso che la tutela giuridica è riconosciuta ogni qual volta quei limiti non siano violati ⁽⁶⁶⁾.

Nell'ambito del filone dottrinale che subordina il riconoscimento dell'autonomia negoziale al perseguimento di finalità solidarietà sociale e, significativamente, agli artt. 2 e 3 Cost. ⁽⁶⁷⁾, si pone poi quella corrente ⁽⁶⁸⁾ che rileva l'illegittimità così per il legislatore, tanto per l'interprete, di assimilare l'utilità sociale "a un qualsivoglia interesse di carattere generale, talmente vago nonché passibile di così tanti significati, da rendere incerti i caratteri e dubbia la rilevanza ai fini applicativi" ⁽⁶⁹⁾.

Ne consegue la lettura secondo cui l'utilità sociale è parametro valutativo dell'attività negoziale volto a rintuzzare le ipotesi di perseguimento di finalità prettamente egoistiche "sia che si venga ad incidere negativamente sulla libertà di autodeterminazione dei singoli –ancorchè estranei all'atto concretamente compiuto- sia che l'assetto di interessi sia tale da indurre una irragionevole menomazione della sfera soggettiva del soggetto disponente, sia che l'autoregolamento determini un'alterazione del sistema dei rapporti sociali fondato sul principio solidaristico, dando luogo a incompatibilità" ⁽⁷⁰⁾.

Se la suddetta impostazione ha il pregio di aver confermato la lettura costituzionalmente orientata del parametro di utilità sociale cui abbiamo aderito, è bene precisare che tali considerazioni sono condivisibili solo nella misura in cui rimangano riferite ad un piano esclusivamente costituzionale. Come si andrà ad osservare, infatti, l'analisi dell'utilità del singolo negozio deve esser condotta alla luce delle implicazioni derivanti dalla tesi concreta della causa, con la conseguenza che risulta improprio ogni e qualsiasi riferimento alla socialità dell'interesse. Inoltre, considerato che la siffatta analisi si estrinseca, per sua natura, in una valutazione di tipo strutturale -

⁶⁶ G. B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 345; CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico e il controllo di meritevolezza come strumento di incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 66.

⁶⁷ BIANCA, *Diritto civile cit.*, p. 32 e p. 431; GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cit.*, p. 270. Parla di un giudizio "alla stregua della considerazione sociale" RESCIGNO, voce *Contratto*, Enc. Giur. Treccani, 1988, p. 18.

⁶⁸ PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 113 e ss.

⁶⁹ PALERMO, *L'autonomia cit.*, p. 115.

⁷⁰ PALERMO, *L'autonomia cit.*, p. 116.

ancorchè connotata da margini di funzionalità- ne deriva il corollario secondo cui dovranno escludersi dal piano di indagine tutti quei riferimenti a profili inerenti il rapporto che la riferita dottrina ha accomunato nell'analisi del livello primario ⁽⁷¹⁾ ⁽⁷²⁾.

Per completezza di indagine, si osserva infine che il giudizio di meritevolezza è stato oggetto di ulteriori letture tributarie di quella astrazione di concetti impressa al piano di indagine dagli orientamenti solidaristici; sono pertanto emerse correnti secondo cui tale dovrebbe interpretarsi quale strumento di subordinazione l'atto di autonomia al perseguimento di fini di carattere generale come quelli dell'economia nazionale ⁽⁷³⁾, della programmazione economica statale ⁽⁷⁴⁾, nonché dei valori dell'ecologia ⁽⁷⁵⁾.

5. La necessaria rivisitazione dei termini del problema.

L'abbandono del parametro della utilità sociale quale metro di valutazione dell'interesse contrattuale, ha indubbiamente rappresentato un rilevante progresso scientifico, attesa la rilevanza personocentrica dell'attuale ordinamento giuridico così come disegnato dalla Costituzione ⁽⁷⁶⁾.

⁷¹ PALERMO, *ibidem*.

⁷² L'assetto costituzionale è stato revocato in dubbio dal recente disegno di legge costituzionale n° 4144 del 18 aprile 2011 per la "modifica dell'art. 41 della Costituzione, concernente la libertà di iniziativa economica e il principio della concorrenza". Con la suddetta proposta, almeno sino agli ultimi sviluppi del dibattito parlamentare (Commissione I Affari Costituzionali, seduta del 19 ottobre 2011 http://www.camera.it/_dati/leg16/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percball=/_dati/leg16/lavori/bollet/2011/10/1019/html/01/&pagpro=18n1&call=off&commis=01), il Governo e Parlamento avevano inteso espungere dal testo dell'art. 41 della Cost. il criterio dell'utilità sociale –ma non anche, si noti, il riferimento alla "funzione sociale" di cui al successivo art. 42 comma 2 Cost.!– sull'assunto secondo cui detto parametro avrebbe comportato un indebito "assistenzialismo statale" e, più in generale, sarebbe stato il elemento ostativo dello sviluppo economico.

⁷³ BARCELLONA, *Intervento statale cit.*, p. 228 e ss.

⁷⁴ LAZZARA, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano, 1971, p. 198.

⁷⁵ LENER, *Ecologia, solidarietà, garanzia: un nuovo ruolo del diritto civile*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1971, p. 131 e ss.

⁷⁶ Può osservarsi altresì che la tutela delle situazioni giuridiche soggettive attraverso l'entropia da sociale ad individuale era caratteristica trasversale di tutto l'ordinamento corporativo; anche l'oggettività giuridica penale era graduata nel senso di riconoscere *in primis* la tutela dello Stato, quindi una tutela collettiva, e, attraverso quella, la tutela della persona. Non è un caso infatti che il Titolo I del Libro II del codice penale è rubricato "Dei delitti contro la personalità dello Stato" mentre sono relegati al Titolo XII i "Delitti

Questo superamento è derivato, come si è sopra visto, dalla presa d'atto che l'utilità sociale, lungi dall'essere dato positivo, costituì soltanto una delle interpretazioni possibili del canone di meritevolezza dell'interesse voluta dalla stessa Relazione al codice civile. Tuttavia dalla elaborazione scientifica di rivisitazione del problema è seguita, come si è accennato, una rilevante aporia. Infatti è tutt'oggi opinione comune quella secondo cui dal superamento della utilità sociale è seguito anche il pedissequo superamento del giudizio di meritevolezza, così relegando la norma dell'art. 1322 comma 2 Cod. civ. ad inutile doppione del giudizio di liceità. Ma se l'utilità sociale - quale categoria meramente ermeneutica- è stata superata da una rinnovata considerazione interpretativa dei termini del problema, viceversa il giudizio di meritevolezza è istituto diritto positivo e, come tale, non superabile per via ermeneutica in assenza di ragioni di incostituzionalità o di contrasto con il diritto comunitario. Altrimenti opinando l'interprete si arrogherebbe l'indebito ruolo di legislatore.

Ciò nonostante, la tradizionale interpretazione -come si è sopra visto- è fermamente persuasa dell'inopportunità di una valutazione dell'utilità contrattuale secondo il canone scolpito nell'art. 1322 cap. Cod. Civ.

Invero, al di là dei dati giuridici posti alla base dei suddetti assunti, l'obiettivo preso di mira dalle suddette correnti è proprio il sindacato giudiziale sul contratto. Entro l'ottica schiettamente liberale di tali impostazioni campeggia infatti la necessità di ridurre, per quanto possibile, gli spazi di intervento del giudice sul contratto, in quanto la valutazione di meritevolezza dell'interesse perseguito risulterebbe asseritamente contraria alla libera esplicazione dell'autonomia privata.

Corollario di tale *interpretatio abrogans* è la scomparsa di ogni forma di funzionalizzazione (non soltanto in senso sociale) dell'autonomia privata⁽⁷⁷⁾.

contro la persona?.

⁷⁷ In tale clima argomentativo, è apprezzabile lo sforzo di parte della dottrina che si è interrogata, giungendo ad esiti negativi, circa la sussistenza del contratto inutile quale *media via* tra lecito ed illecito contrattuale (GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 825 V Cap. II, par 4 Si osserva tuttavia che la riferita impostazione rifiuta la configurabilità dell'istituto proprio perché prende le mosse da una concezione di (in)utilità in senso prettamente sociale e non già individuale e ciò, si badi bene, pur avendo aderito alla nozione di causa in senso

Rinviando alle opportune precisazioni svolte *infra*, è opportuno evidenziare in questa sede preliminare che la formula “funzione sociale” fu prevista nella sola relazione al codice civile (nn° 603 e 613) e non anche nel testo dell’art. 1322 Cod. civ.⁽⁷⁸⁾. A *fortiori*, quindi, non è ammissibile la tacita abrogazione della norma, con la conseguenza che l’interprete è tenuto ad estrapolarne l’attuale significato.

Sussistono almeno altre due ragioni che impongono la rivisitazione in senso critico dell’ermeneusi abrogativa.

In primo luogo v’è il dato positivo dell’art. 1322 cap. cod. civ.. La norma è tutt’oggi in vigore non avendo il decreto legislativo luogotenenziale 287 del 14 settembre 1944 abrogato anche questa clausola generale ⁽⁷⁹⁾. Conseguentemente, non essendo l’interprete di regola legittimato alla sua abrogazione, il principio della conservazione dei valori normativi impone all’interprete di attribuire alla disposizione il senso “fatto palese dal significato proprio delle parole” (art. 8 disp. sulla legge in generale) oltre alla sua contestualizzazione nel mutato assetto istituzionale.

V’è poi un’altra assai rilevante aporia. Come si vedrà diffusamente *infra*, se la funzionalizzazione degli interessi privati ha rappresentato il tratto di continuità tra il momento storico dell’autoritarismo e quello costituzionale, non può però pensarsi che lo stesso concetto abbia mantenuto identica consistenza in entrambi i periodi.

A ben vedere infatti, nel periodo autoritario l’istituto dell’utilità sociale rappresentò lo strumento espressivo degli ideali di funzionalizzazione in senso sociale -e ciò non tanto perchè “limite positivo” dell’autonomia privata- quanto piuttosto per il procedimento di rinvio ad aspetti valutativi

concreto (GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 808). Ad ogni buon conto la tesi è condivisibile nella conclusione secondo cui il contratto socialmente inutile si risolve in un’ipotesi di assenza di giuridicità del vincolo (GAZZONI, *ivi*).

⁷⁸ G. B. FERRI, *Patologie contrattuali e regime di circolazione della proprietà*, in Quaderni Fiorentini cit., n° 28, 1999, p. 923. Vieppiù che, come si è dimostrato nel precedente paragrafo, l’istanza dirigistica, sebbene ben presente nella politica fascista di fine anni trenta, non ha mai rappresentato una ideologia costante del regime.

⁷⁹ Come è intuitivo, il legiferare per clausole generali fu molto caro ai sistemi di tipo autoritario proprio per il penetrante sindacato giudiziale che questo tipo di architettura normativa -a differenza della norma elastica- attribuiva al giudice.

metagiuridici con i quali andava a manifestarsi ⁽⁸⁰⁾.

Si badi bene che nel momento in cui si attribuisce alla causa una nozione concreta e, contestualmente, si nega la ultrattività del canone di utilità sociale, l'interprete concepisce una "nuova" forma di funzionalizzazione che assume i connotati di tutela piuttosto che quelli dell'intrusione nella privata autonomia ⁽⁸¹⁾.

Nel periodo autoritario, come si è osservato, vi era infatti una perfetta simmetria tra funzione economico-sociale della causa e funzionalizzazione, ancora una volta sociale, degli interessi privati. Ma se la causa è attualmente intesa quale funzione economico-individuale e la funzionalizzazione dei privati interessi, giusta la Costituzione, è interpretata nel senso socio-solidaristico ecco che, inevitabilmente, cede la tradizionale simmetria.

In altri termini se la causa è funzione -affermazione che già *ex se* comporta una scelta ermeneutica che, come si vedrà, non trova unanimi consensi in dottrina- la funzionalizzazione degli interessi privati non può percorrere la strada della mera liceità contrattuale. Infatti, nel disegno del legislatore del 1942 la etero direzione degli interessi -quale tipo di politica del diritto di segno dirigistico- si attuava, in relazione alla proprietà privata, mediante l'apertura dell'art. 811 cod. civ. mentre, in tema di contratto, stavano come detto, gli istituti della causa e del giudizio di meritevolezza.

Come si è visto tale assetto sistematico -confortato forse in modo miope da tratative locuzioni- non sussiste più. La causa concreta – sia nell'originaria versione di Ferri, che nelle successive varianti - è funzione non nel tradizionale senso classico di funzionalizzazione, ma nel senso di ragion pratica dell'affare, di scopo pratico delle parti, essendo quindi riferita agli interessi delle parti e non all'ordinamento, sociale o positivo che sia. E' funzione nel senso di interpretazione dinamica delle capacità di funzionamento dell'atto, contrapposta quindi alla visione statica del

⁸⁰ Sul punto si obietta che il processo di funzionalizzazione può avvenire per sola opera del legislatore -come nel caso dell'art 41 comma 3 Cost.- e non già anche del giudice per la incompatibilità tra funzione giudiziaria e direzione politica dell'economia (GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit. p. 816).

⁸¹ Sul punto si rinvia al par. 4 del presente capitolo e significativamente all'impostazione coniata da NUZZO, *op. cit.*, p. 41 e ss.

requisito, quasi fosse mero *maquillage* del negozio, che derivava dalla tesi oggettiva classica della controprestazione ⁽⁸²⁾.

In sintesi, sostenere da un lato, che la causa del contratto è la funzione (economico individuale), e, dall'altro, che il giudizio di liceità dell'art. 1343 Cod. Civ. si impone quale parametro unico di valutazione di tutto il fenomeno negoziale, sono affermazioni irrimediabilmente contraddittorie. Ed infatti, il giudizio di conformità della causa alle norme imperative, ordine pubblico e buon costume, non implica di per sé un'analoga valutazione funzionale rispetto al giudizio di meritevolezza.

Il giudizio di liceità, per converso, si attua nel sindacato di conformità del contratto dei parametri di conformità a valori che l'ordinamento assume come indefettibili e, nondimeno, pregressi cronologicamente rispetto alla stessa stipula. Solo in questo limitato senso può dirsi funzionale, ma, si badi bene, si tratta pur sempre di una funzionalizzazione svolta *ex ante* dal legislatore nella previsione dell'ipotesi di nullità.

Né tantomeno convince l'impostazione secondo cui il giudizio di meritevolezza costituisca un'ipotesi di sindacato di liceità *sub specie* ordine pubblico ⁽⁸³⁾; ed invero, se l'affermazione poteva astrattamente sostenersi in costanza della originaria concezione propulsiva dell'elemento in parola - fatta propria dalla Relazione al codice civile ⁽⁸⁴⁾- ad oggi non è più plausibile stante il consolidato orientamento secondo cui il rinvio codicistico alla clausola di ordine pubblico si riferisce al rispetto dei principi costituzionali ⁽⁸⁵⁾.

⁸² V. sul punto SACCO, *Il contratto cit.*, p. 644 e 647.

⁸³ G.B. FERRI, *Ordine pubblico*, in Enc. dir., XXX, Giuffè, Milano, 1980, p. 1040 e ss.

⁸⁴ Il paragrafo n° 10 infatti ha cura di rimarcare che "(c)orrelativamente al mutamento della nozione stessa dello Stato è mutata la concezione di ordine pubblico. Quest'ultimo assume carattere positivo e dinamico."

⁸⁵ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 800. Si badi poi, che è opinione diffusa quella secondo cui la teoria dell'ordine pubblico economico, che nel nostro caso potrebbe gettare lumi, ha valore descrittivo e non già costitutivo.

Capitolo II

L'autonomia dell'istituto del contratto inutile

SOMMARIO. 1. Nuovi percorsi argomentativi. 2. Meriti e limiti della tesi della causa in concreto. 2.1. Segue. Ripercussioni sistematiche della teoria concreta e le tesi a-funzionali. 3. Altre impostazioni non manifestamente anticausaliste. Critica. 4. L'impostazione strutturale di Gazzoni. 5. Le successive interpretazioni della causa e del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 comma 2 Cod. Civ. 6. Alla ricerca di impostazioni maggiormente persuasive. La tesi di Gentili. 7. Prime considerazioni conclusive. L'impostazione funzionale razionalizzata. 7.1. Segue. Recenti tesi strutturali. Critica. 8. Implicazioni sistematiche della impostazione funzionale razionalizzata. 9. Contratto inutile: prime considerazioni. 10. Contratto inutile. Elementi costitutivi. 11. Contratto inutile. Profili sistematici. 12. Contratto inutile. Profili analitici. 13. La "rarefazione" della valutazione della consistenza dell'interesse contrattuale e delle capacità di funzionamento dell'atto. 13.1. Segue. La valutazione della realizzabilità dello schema negoziale. 14. Difetto sopravvenuto di interesse negoziale. 15. Contratto necessariamente utile? . 16. Inefficacia, irrilevanza, inesistenza ed inutilità. 16.1. Segue. Irrilevanza: critiche. 16.2. Segue. Inesistenza. 17. Natura rimediabile del contratto inutile. Una premessa. 18. La tesi della ragione assurdamente prevaricante. Critica. 19. Contratto inutile e nullità di protezione. 20. Contratto inutile e responsabilità precontrattuale da mancata comunicazione di motivi di nullità di cui all'art. 1338 Cod. Civ.

1. Nuovi percorsi argomentativi.

L'analisi storica sopra delineata lascia all'interprete il compito di risolvere due essenziali nodi problematici che, allo stato, non risultano ancora districati dall'elaborazione scientifica. In primo luogo, occorre valutare se le impostazioni che hanno seguito la tesi della causa in concreto abbiano dato adeguato conto delle implicazioni di carattere sistematico che sarebbero dovute conseguire a tale rinnovato stato dell'arte. In secondo luogo, e conseguentemente, dovrà valutarsi se –alla luce dei ricavati assunti- sussista lo spazio per la configurabilità di un autonomo giudizio in ordine alla utilità contrattuale.

Come andremo vedendo, infatti, la tesi di Ferri, lungi dall'aver aperto una limitata breccia nel muro della astrattezza causale, porta con sé tutt'oggi una carica eversiva, anche a livello sistematico, tale da imporre la rivisitazione dell'intero sistema del sindacato attizio dell'atto di autonomia con particolare riguardo ai profili della mancanza di causa e del giudizio di meritevolezza.

In tale cornice argomentativa resta fermo il definitivo abbandono -se non quale parametro di valutazione della giuridicità del vincolo- del concetto di utilità intesa in senso sociale poiché incompatibile, come si è più volte rilevato, con la ontologia istituzionale e personocentrica coniata dalla Costituzione.

2. Meriti e limiti della tesi della causa in concreto.

La tradizionale interpretazione in senso abrogativo dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. non ha soltanto comportato la riduzione del sindacato sull'atto alla valutazione dei profili di mera liceità, ma ha condizionato in modo eccessivo, fino a conculcarla, l'analisi del problema dell'utilità negoziale.

Invero, il comprensibile rifiuto dell'utilità sociale plasmò infatti quella *forma mentis* secondo cui ogni valutazione dell'utilità contrattuale –ancorchè indipendente dal referente sociale- andasse espulsa dal piano argomentativo in quanto retaggio del passato ⁽⁸⁶⁾.

Per converso, può invece anticiparsi che, nel sistema degli strumenti di valutazione dello schema negoziale, l'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. rappresenta, oggi, più che un punto di arrivo -o per meglio dire di arresto- un valido punto di partenza.

Nell'approccio al problema debbono tuttavia preliminarmente respingersi – in quanto estranei al dibattito scientifico- quei dati meramente fenomenologici che parte della dottrina ha addotto a conferma dei propri assunti quali, per esempio, tendenze giurisprudenziali dirette ad evidenziare la scarsità delle applicazioni dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. ⁽⁸⁷⁾, ovvero quelle giustificazioni ermeneutiche di “scelta del male minore” ⁽⁸⁸⁾.

Può invece affermarsi che anche a seguito della teoria concreta della causa o, più significativamente, della funzione economico-individuale, brillantemente coniata dal pensiero di Giovan Battista Ferri e trasfusa nel volume “*Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*”- il piano di indagine ha subito una scossa ben più limitata rispetto alle potenzialità evolutive che ne sarebbero potute e dovute conseguire.

⁸⁶ Lo rileva anche M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, Riv. Dir. Civ., 6, 2011, p. 789.

⁸⁷ SACCO, *Il contratto cit.*, II, p. 447 secondo cui “gli autori che hanno rivolto la loro attenzione all'art. 1322 [...] non ci hanno mai portato un esempio, reale o anche solo immaginario, in cui la nullità del contratto dipenda solo da tale articolo. V. anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2011, p. 813.

⁸⁸ ROPPO, *Il contratto cit.*, pp. 424-5 secondo cui “Perciò i contratti atipici non ‘diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela’ e perciò vietati *ex art* 1322, non sono altro che quelli contrari a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume [...]. Si obietterà che in tal modo l'art. 1322 diventa un'inutile doppione dell'art. 1343. Se anche fosse, una norma inutile perché ripetitiva sarebbe pur sempre preferibile a una norma con significati ripugnanti per il sistema”.

Come ha rilevato una parte della dottrina ⁽⁸⁹⁾ il ragionamento di Ferri è sfumato nel suo punto nevralgico, ovvero in relazione ai contenuti del giudizio di meritevolezza. Sostiene infatti l'Autore che tale giudizio è di per sé insensibile a condizionamenti ideologici e significativamente ad una funzione economico-sociale e, dunque, il suo carattere neutrale costituisce la riprova della dimensione individualistica della causa. A conferma di tale assunto, si osserva altresì che non a caso nella norma non v'è traccia alcuna dell'utilità sociale, criterio che, al contrario, si rinviene soltanto nella Relazione al codice civile (n. 613)⁽⁹⁰⁾.

Una simile premessa stimola l'interprete a ricercare i criteri di meritevolezza nell'ambito della fisiologia dei rapporti individuali, e ciò al fine di ricavare il sistema dell'utilità contrattuale declinato in termini più o meno propulsivi.

Diversamente da tali assunti, la conclusione formulata da Ferri tronca le suddette aspettative, proponendo una valutazione di meritevolezza secondo il metro parametri comuni di valutazione della liceità contrattuale ⁽⁹¹⁾.

Ma se il criterio di meritevolezza costituisce l'espressione del carattere individuale dell'interesse sotteso al contratto, perché valutarlo secondo liceità, omettendo del tutto l'analisi in ordine alla sua esistenza?

La discontinuità nel pensiero dell'Autore risulta ancor più assorbente se solo si considera che proprio tale dottrina afferma la necessità di una valutazione funzionale della causa, e, dunque, dalla stessa sarebbe dovuta conseguire la necessità giuridica del suo apprezzamento in termini valoriali diversi ed ulteriori rispetto alla mera liceità, secondo il modello valutativo cui pare aderire lo stesso Ferri nella prima parte della sua opera dedicata alla configurazione del negozio giuridico ⁽⁹²⁾.

⁸⁹ NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 214.

⁹⁰ Il paragrafo n° 613 della Relazione al codice civile costituisce uno dei passaggi che l'Autore pone alla base della dimostrazione della dimensione concreta della causa. Più precisamente Ferri rileva che la Relazione al codice civile risulta contraddittoria poiché nel propugnare la dimensione astratta della causa riconosce comunque l'esistenza di un "fine intrinseco del contratto" (*nunc in FERRI, Motivi, presupposizione cit.*, p. 335). Può osservarsi che, in effetti, la relazione al codice civile più che esser contraddittoria, abbia espresso in chiari termini la volontà del regime di sovrapporre al momento ontologico della concretezza degli interessi quello normativo della loro considerazione esclusivamente in termini astratti.

⁹¹ FERRI, *Causa cit.*, p. 406.

⁹² FERRI, *Causa cit.*, p. 46-47 e, significativamente laddove afferma "(n)el negozio, quindi, si

In secondo luogo giova osservare che la suddetta interpretazione presenta la sua apparente illogicità se sol si considera che la valutazione di liceità è un *posterius* del necessario *prius* costituito dall'accertamento dell'esistenza causale.

Proseguendo nell'esame della tesi di Ferri, emerge altresì che il giudizio di meritevolezza è necessario anche in relazione al contratto tipico ⁽⁹³⁾. Ed infatti, l'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. non è norma limitata a dettare la regola nel caso di contratto atipico, ma piuttosto rappresenta un principio di ordine generale circa la valutazione della consistenza dell'interesse in ogni contrattazione. Ne consegue che la triade positiva costituita da norme imperative, ordine pubblico e buon costume di cui all'art. 1343 Cod. Civ. rappresenta il criterio unitario ed assorbente per la valutazione sia della sussistenza dell'interesse concreto che della sua liceità ⁽⁹⁴⁾.

A ben vedere la duplice valutazione, secondo i medesimi parametri, di due profili diversi, quali sono la sussistenza dell'interesse e la sua liceità, si risolve e comporta l'omessa valutazione del primo dei due profili.

Secondo l'altra variante della medesima impostazione ⁽⁹⁵⁾ l'identità di

debbono individuare due momenti inscindibili: uno che è la *struttura* (e che grosso modo potremo definire strumentale), l'altro è la *regola* (che potremo indicare come finale) (p. 46). Inoltre "(f)l negozio, invece, già *in rerum natura* cioè prima e a prescindere da un eventuale intervento dell'ordinamento giuridico, contiene una regola, costituisce quindi un valore; un valore metagiuridico, destinato a seguire i criteri individuali dell'autore del negozio. Ma pur sempre valore".

Né in contrario potrebbe reperirsi la congruità del ragionamento, rilevando che il giudizio di liceità è una valutazione di tipo funzionale (sul punto v. G. PERLINGIERI, *Negoziio illecito e negozio illegale: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, ESI, 2003, p. 13). In disparte la presa di posizione in ordine ai rapporti tra struttura e funzione, (su cui valga rinviare al par. 7), è bene osservare che la tesi di Ferri non limita la valutazione funzionale alla sola liceità della causa, bensì la estende alla intera configurazione del fenomeno, identificando, non è un caso, la causa con la funzione.

⁹³ V. FERRI, *Causa cit.*, Cap. IV e spec. p. 406 nonché ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, Saggi di diritto civile, Rimini, 1983, p. 339 secondo cui: "Se dunque meritevolezza dell'interesse significa liceità dell'interesse, il principio del comma 2° dell'art. 1322 c.c. [...] pur se espressamente affermato con riferimento ai soli contratti atipici, non individua un'esigenza circoscritta a questi ultimi. Infatti, anche l'interesse, perseguito dalle parti mediante l'utilizzazione di uno schema contrattuale tipico, dovrà essere sottoposto ad un giudizio di meritevolezza [...] Questo perché il fenomeno della tipicità contrattuale riguarda pur sempre il momento organizzativo degli interessi privati e non quello della loro valutazione, cui invece sembra, a nostro giudizio, indiscutibilmente alludere il richiamo alla meritevolezza degli interessi. Per la tesi contraria all'applicabilità al contratto tipico dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., v. SACCO, *Il contratto cit.*, p. 448 e più diffusamente v. *infra* par.2.

⁹⁴ FERRI, *op. cit.*, *ivi*.

⁹⁵ BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella prospettiva dei rapporti giuridici cit.*, p.

disciplina tra meritevolezza e liceità deriverebbe da ciò che, il primo sarebbe espressione dell'ordine pubblico economico, criterio, come noto, appartenente anch'esso al campo della liceità ⁽⁹⁶⁾.

Le successive elaborazioni motivate le ragioni di tale aporia nell'approccio liberale al problema ispirato, come tale, dall'esigenza di limitare l'intervento statale alla sola valutazione in ordine alla liceità contrattuale ⁽⁹⁷⁾. Dunque, seguendo tale impostazione dovrebbe assicurarsi l'attuazione della volontà delle parti, qualunque essa sia, purchè... non illecita ⁽⁹⁸⁾.

Salvo ribadire quanto già espresso nel capitolo precedente, tale metodo risulta criticabile in quanto del tutto *preter legem*; ed invero, costituisce una indebita inversione del metodo scientifico quella di interpretare le norme non già per quanto le stesse esprimono, ma alla luce dell'assetto di politica del diritto nel quale le stesse si collocano o si vorrebbero collocare.

L'intento liberale della tesi di Ferri è poi confortato dai successivi svolgimenti cui la tesi perviene. Si afferma infatti che "l'accertamento sul fatto che il negozio serva a realizzare, e concretamente realizzi, un interesse individuale va ascritto alla disciplina della risoluzione" ⁽⁹⁹⁾ e, ancor più significativamente "tutti i negozi non possono non avere una causa e cioè una loro funzione" ⁽¹⁰⁰⁾.

Negli svolgimenti specifici della tesi in discorso, si sostiene che il giudizio di meritevolezza costituisce una *species* del giudizio sulla sussistenza della causa, in quanto volto al medesimo fine di valutazione dell'inserimento dell'atto di autonomia privata nell'ordinamento. Invero, deve osservarsi che il pensiero dell'Autore presenta una base ben più ampia di approccio al problema e consistente in ciò, che se l'interesse meritevole di cui all'art. 1322 Cod. Civ. costituisce senza dubbio l'apice del discorso, vi sono ulteriori norme che, ad

221.

⁹⁶ Per il carattere meramente descrittivo del parametro di ordine pubblico economico v. GAZZONI, *Manuale cit.*, 2011, p.801.

⁹⁷ NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate cit.*, p. 214.

⁹⁸ Vista in controtelaio, la tesi tradisce la presenza del germe moderno dell'indipendenza *in parte qua* della volontà rispetto all'ordinamento che, nell'attuale dibattito, si è imposta in relazione ai cosiddetti "secondo" e "terzo" contratto con le influenze che si andranno ad esaminare più diffusamente *infra*.

⁹⁹ FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 374-5.

¹⁰⁰ FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987, p. 34.

onta della loro considerazione meramente atomistica, dovrebbero essere considerate in modo unitario in quanto espressione del medesimo problema. Si tratta significativamente degli artt. 1340, 1368 e 1374 Cod. Civ. ⁽¹⁰¹⁾; ed infatti, le predette disposizioni poste a disciplina della interpretazione e della integrazione del contratto costituiscono la *specie* del principio espresso dall'art. 1322 Cod. Civ. sempre inerenti, dunque, all'inserimento dell'atto individuale nel sistema dell'ordinamento giuridico. Orbene, il compimento della suddetta valutazione conosce due fasi distinte e succedanee ⁽¹⁰²⁾: in primo luogo l'interprete dovrà procedere alla qualificazione del contratto, ovvero ad appurare il reale schema negoziale che le parti hanno posto in essere. Quindi, una volta emerso il significato del contratto, sarà possibile valutare la meritevolezza dell'interesse ad esso sotteso.

La prima fase di qualificazione appartiene, secondo l'Autore, ad un'indagine afferente al tipo negoziale ⁽¹⁰³⁾ poiché il tipo assolve ad una funzione ordinatoria di attività umane dietro schemi negoziali e, quindi, limitatamente al profilo della tipicità negoziale, può parlarsi di funzione economico sociale ⁽¹⁰⁴⁾.

La teorica della teoria della causa in concreto, pur con i punti critici sopra evidenziati, costituisce l'impostazione in grado di offrire una valida base per costruire una rinnovata analisi del problema della utilità negoziale nei termini che andremo a ricavare nel corso del presente lavoro.

Ed infatti, il pregio dell'impostazione concreta non sta tanto nell'aver chiarito la sussistenza di un concreto interesse sotteso ad ogni contrattazione, quanto piuttosto che quel concreto interesse costituisce la causa del contratto ⁽¹⁰⁵⁾; al momento della qualificazione, ovvero all'indagine sul tipo –almeno nel modo di vedere di Ferri- deve aggiungersi la rilevanza ulteriore, per i medesimi fini, degli elementi concreti che caratterizzano quel

¹⁰¹ G. B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 271.

¹⁰² G. B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 347.

¹⁰³ G. B. FERRI, *Op. cit.*, p. 348.

¹⁰⁴ G. B. FERRI, *Op. cit.*, p. 349 e GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 811.

¹⁰⁵ Come si è infatti visto, la sussistenza (fenomenologica) dell'interesse concreto era stata acclarata senza timore dalla stessa relazione al codice civile (nn. 603 e 613).

determinato contratto.

Ulteriore merito della tesi concreta della causa consiste nell'aver rilevato che la sussistenza del tipo non garantisce la concreta meritevolezza dell'interesse perseguito, al più rappresentandone un mero indizio, e che, quindi, la stessa deve essere valutata anche in ordine al contratto tipico ⁽¹⁰⁶⁾.

Fermi restando i rilevati pregi, due punti rimangono pur sempre scoperti. Invero, il ragionamento di Ferri non attribuisce adeguata considerazione alle due norme che prevedono positivamente la valutazione della sussistenza dell'interesse contrattuale, l'art. 1418 comma 2 Cod. Civ. e l'art. 1322 comma 2 Cod. Civ.. Entrambe infatti, come andremo a meglio specificare, sono disposizioni che testualmente si collocano al di fuori della valutazione di liceità, rispetto alla quale ne integrano il logico presupposto.

2.1 Segue. Ripercussioni sistematiche della teoria concreta e le tesi a-funzionali.

Le incongruenze della versione primigenia della causa in concreto hanno dato la stura alla formazione di successive impostazioni che, deviando il solco tracciato dalla tesi di Ferri, sono pervenute ad assunti che, come vedremo, risultano difficilmente condivisibili ed oltretutto paradossali. Si consideri infatti che un impostazione con il compito di concretizzare un fenomeno prima interpretato in maniera astratta, ha finito per costituire anche la base di impostazioni relativizzanti o, peggio, dall'impronta anticausalista.

In altri termini, la pleora di correnti che caratterizzano il dibattito di diritto interno sulla causa, lungi dall'esser stata lineare, ha frammentato la materia in misura tale da render necessario l'intervento di ortopedia giuridica onde riscoprire il reale volto dell'utilità negoziale.

Come si è infatti rilevato, l'assenza di un controllo di meritevolezza dell'interesse secondo parametri autonomi, ha comportato la verosimile attribuzione di rilevanza giuridica anche a schemi originariamente -o in

¹⁰⁶ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 811.

modo sopravvenuto- irrealizzabili ⁽¹⁰⁷⁾, così incidendo in modo assai significativo sull'equilibrio contrattuale con particolare riguardo al profilo del mantenimento nel tempo dell'effettivo assetto di interessi diviso dalle parti con la stipulazione ⁽¹⁰⁸⁾.

In secondo luogo, l'esclusione della nullità quale strumento di disciplina del difetto di causa concreta, ha dato adito alla pericolosa tendenza ermeneutica di ascrivere tali ipotesi o all'inefficacia oppure all'irrilevanza ⁽¹⁰⁹⁾. Per un'ulteriore impostazione ⁽¹¹⁰⁾, ancora più estrema e generica, il giudizio di meritevolezza si tradurrebbe addirittura nel sindacato di rispetto da parte del contratto delle regole di mercato ⁽¹¹¹⁾.

Risulta dunque intuitivo che l'*interpretatio abrogans* dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. presenta in realtà, quale suo bersaglio immediato, non tanto il giudizio di meritevolezza, quanto piuttosto il *genus* di questo, ovvero il sindacato circa la sussistenza della causa di cui all'art. 1418 comma 2 Cod. Civ.

Ecco perché si premetteva che nel presente ragionamento l'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. è stata, occasionalmente, la norma di partenza piuttosto che di arrivo!

Fermo restando quanto sopra osservato, resta comunque l'indubbio merito del lavoro di Ferri nell'aver attribuito alla causa una lettura funzionale evidenziando l'ontologia valutativa sottesa all'elemento in discorso.

Tuttavia, come andremo ad osservare *infra* ⁽¹¹²⁾, l'approccio funzionale dovrà essere rivisitato con riguardo, in primo luogo, al suo parametro di riferimento, così emancipandolo dai tradizionali criteri di liceità. In secondo

¹⁰⁷ NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, p. 218.

¹⁰⁸ Ed infatti, se è vero che l'interesse meritevole di tutela deve essere munito di coercibilità giuridica, è in pari tempo altrettanto vero che, qualora il suddetto interesse non sia successivamente realizzabile, la controprestazione deve essere resa incoercibile. Preme evidenziare che appartiene al problema della causa, e non a quello della volontà, la tutela del contraente dal mancato realizzarsi dell'interesse; invero, ai fini dell'applicabilità dei rimedi risolutivi, il referente è costituito dall'assetto di interessi concreto come modificato dall'evento tipico, non rilevando, in modo diretto, i profili volontaristici.

¹⁰⁹ Lo rileva efficacemente NAVARRETTA, *Op. ult. cit.*, p. 216. V. *infra* par. 16.

¹¹⁰ GUERRERA, *Contratto e mercato*, Riv. Giur. Impr., 1990, p. 22. Nello stesso senso v. SICCHERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. Impr.* 2004, pp. 545-552 (spec. p. 551).

¹¹¹ Sul punto si rinvia al par. 3.

¹¹² V. par. 8

luogo dovrà esser rivalutata anche la stessa ampiezza del sindacato funzionale in considerazione degli aspetti strutturali del contratto.

Si consideri poi che nel panorama scientifico –lasciando per il momento in disparte i rigurgiti anticausalistici- le teorie funzionali hanno rappresentato, così come oggi rappresentano, una delle possibili interpretazioni del fenomeno, atteso che sia la causa contrattuale, che il giudizio di meritevolezza, sono stati interpretati anche in termini a-funzionali.

La ragione storica di tale pluralità di scuole di pensiero deriva dall'originaria oscurità del concetto di causa contrattuale; invero tale incertezza ha caratterizzato ed intimorito *ab ovo* tutto il dibattito e ciò, si badi bene, anche prima ed indipendentemente da quelle contaminazioni di tipo ideologico che hanno segnato i tempi più o meno moderni del dibattito.

Le tesi funzionali sorsero con la finalità di rintuzzare le tendenze anticausalistiche che si manifestarono con il passaggio dalla causa della promessa alla causa del contratto e, quindi, con l'avvento della concezione unitaria dello stesso rapporto negoziale.

In tale contesto, infatti, l'unità concettuale del contratto aveva portato ad interpretare la causa come inutile doppione del consenso e tale orientamento mantenne il suo vigore almeno fino alla crisi del dogma del consensualismo⁽¹¹³⁾. Ad avvalorare le tendenze anticausaliste si poneva poi la tesi soggettiva, cui larga parte della dottrina aveva aderito, secondo cui la causa avrebbe dovuto coincidere con l'*animus (donandi o solvendi)*⁽¹¹⁴⁾.

¹¹³ SACCO, *La Causa*, in Tratt. Dir. Priv. Rescigno, Vol. X, Tomo I, p. 314. La prima impostazione anticausalista viene ricondotta ed attribuita al pensiero di ERNST, *La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions? Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826, p. 250, secondo cui la causa non sarebbe distinguibile dall'oggetto. Tanto sarebbe confermato dal fenomeno dei negozi a causa esterna, laddove l'elemento sarebbe posto addirittura al di fuori della costruzione del negozio.

Per il pensiero italiano v. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 66; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, 1907, 7° ed., p. 438 e p. 445 e ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico cit.*, p. 247, secondo cui la causa non assume alcun rilievo autonomo atteso che "la sua inesistenza coincide con l'inesistenza del negozio e non dà luogo dunque ad alcuna questione di trattamento".

¹¹⁴ A favore della impostazione soggettiva della causa contrattuale militano BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, 5° ed., Torino, 1958, p. 409; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 266 e ss.; ID, *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della causa <<reale>> dei contratti, gli equivoci della funzione economico-sociale del negozio*, in, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, a cura di ALPA, BESSONE, ROPPO, Napoli, 1982, p. 65. Per quanto riguarda il pensiero francese v. per tutti CAPITANT, *De la*

Le tesi funzionali consentirono quindi il recupero dell'elemento causale attraverso le modalità di sindacato che dalle stesse conseguiva. Ed infatti, la valutazione secondo funzione comporta, per sua natura, l'accertamento dell'elemento secondo parametri sganciati da un ben definito *topos* strutturale, e, quindi, al di là di una nozione di causa quale "oggetto voluto" tributario di influenze consensualistiche.

Attraverso l'impostazione in discorso è stato dunque possibile leggere l'elemento causale come strumento di valutazione del contratto in relazione ad un diverso parametro che, come si è visto, si poneva all'esterno del negozio secondo la tesi della funzione economico sociale, mentre resta all'interno dello stesso –ma *aliunde* rispetto alla liceità– sviluppando la teoria della funzione economico individuale secondo le sue reali potenzialità dommatiche.

La lettura funzionale del problema, accompagnata dalla concezione unitaria del contratto, plasmò quindi una nozione di causa quale insieme degli effetti del contratto ⁽¹¹⁵⁾ come risultanti dai riflessi concreti diffusi dalla (sola) funzione tipica dello stesso ⁽¹¹⁶⁾.

Le tesi funzionali sono state oggetto di vaglio critico che si è appuntato sul duplice e succedaneo punto di revisione.

Si è infatti rilevato che la nozione funzionale di causa postula la necessaria chiarezza intorno al concetto stesso di funzione, concetto che, per la sua

cause des obligations, Paris, 1927, p. 30 e JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, p. 445 e ss.

¹¹⁵ Il dibattito scientifico intorno alle tesi funzionali ha conosciuto altresì la variante normativa secondo cui la causa rappresenta il medio tra volontà e norma (PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, Messina, 1934, p. 192-194), ovvero la funzione economico-giuridica (COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, p. 126, STOLFI, *Teoria del negozio giuridico cit.*, p. 31), od infine sintesi degli effetti giuridici essenziali del contratto (PUGLIATTI, *op. ult. cit.*, p. 192 e ID., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, ora in *Diritto Civile*, Saggi, 1951, p. 119).

A differenza della teoria della funzione economico-sociale, le suddette impostazioni si caratterizzano per il diverso punto di partenza, l'ordinamento giuridico in luogo di quello sociale. Si afferma infatti che "la funzione va determinata con riferimento alla norma" (PUGLIATTI, *Nuovi aspetti cit.*, p. 89) con la conseguenza che se la causa è funzione, non è funzione economico sociale, ma giuridica.

Tale corrente se da un lato presenta il pregio di costituire una alternativa alla impostazione astratta della causa, dall'altro porterebbe a non considerare gli elementi concreti della stipulazione e, significativamente, la loro valutazione, con la conseguenza di appiattare concettualmente la causa sul tipo e, correlativamente, di lasciare spazio al solo giudizio di liceità.

¹¹⁶ SACCO, *La Causa*, in *Tratt. Rescigno*, Vol. X, Tomo I, Torino, Utet, 1987, p. 315.

evanescenza, confina l'impostazione nel cono dell'inutilità, nulla innovando nell'ordinamento. In tal modo la causa finisce verosimilmente per identificarsi con il contenuto del contratto o con i suoi effetti ⁽¹¹⁷⁾.

In tale contesto neanche potrebbe attribuire rinnovati lumi la teoria della causa in concreto la quale, ad avviso della dottrina in discorso, avvalorerebbe ancor più i difetti dell'idea di funzionalità ed anzi porterebbe ad un assurdo giuridico.

Ed infatti, l'accoglimento del concetto di funzione intesa quale istituto in grado di garantire sia l'appartenenza di un contratto ad un determinato tipo che la sussistenza di causa lecita, darebbe inevitabilmente luogo ad una grave "dislocazione di significati" ⁽¹¹⁸⁾.

Si rileva invero che "era fatale che un termine così mal scelto prendesse dapprima il significato di funzione, astrattamente prevista dalla legge, e comune a tutti i contratti appartenenti a quel tipo negoziale e, poco dopo, l'ulteriore significato di funzione, astrattamente prevista dalla legge, e comune a tutti i contratti appartenenti a quel dato tipo contrattuale" ⁽¹¹⁹⁾.

Risolvendosi il concetto di funzione nel mero raccordo tra causa concreta e tipo nominato, ne consegue che "la concezione della causa come funzione porta in sé quanto occorre per autodistruggersi" ⁽¹²⁰⁾.

A fortiori la dottrina evidenzia altresì che se nella donazione la forma solenne è in grado di surrogare la debolezza causale, allora ciò significa che la causa non è imposta a tutela di primari interessi pubblici ⁽¹²¹⁾.

Ad avvalorare i suddetti assunti critici si pone anche il caso dell'irrealizzabilità dello scopo dei contraenti. Sul punto, la tradizionale

¹¹⁷ SACCO, *op. cit.*, p. 315, laddove rileva significativamente che "(q)uando tra consenso ed gli effetti si inserisce una <<funzione>>, ecco che la nozione di questa <<funzione>> ha bisogno di essere chiarita.

¹¹⁸ SACCO, *op. cit.*, p. 316.

¹¹⁹ SACCO, *ivi*.

¹²⁰ SACCO- DE NOVA, *Il contratto*, Tratt. Dir. Civ., Torino, Utet, 2004, p. 639. CASTRONOVO MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol II. Proprietà obbligazioni e contratti, Milano, Giuffrè, 2007, Cap XXIV.

¹²¹ SACCO, *La causa cit.*, p. 321. Analoga osservazione può condursi in relazione al contratto di comodato, laddove la debolezza della non onerosità presunta (art. 1803 comma 2 Cod. Civ.) è compensata dalla necessaria *traditio* del bene (art. 1803). Simmetricamente, nei contratti "a causa sicura" è sufficiente il mero consenso (art. 1376 Cod. Civ.).

dottrina ⁽¹²²⁾ evidenzia che la locuzione mancanza di causa comprende erroneamente due distinti profili che occorre tener ben separati: quello della mancata realizzazione della causa quale scopo del promittente o dell'alienante da una parte, e quello della mancanza di *cause suffisante* dall'altra, intesa quest'ultima, come si è visto, nella causa necessaria ai fini del riconoscimento giuridico della stipulazione.

Nel primo caso si ha causa sufficiente in senso soggettivo ai fini della validità del patto, ma in concreto la stessa non si è realizzata, nel secondo caso, invece, si ha causa in senso oggettivo realizzata ma insufficiente ai fini della configurabilità del contratto come tale.

Da ciò consegue che la mancanza di causa soggettiva dà luogo a problematiche di “mancata realizzazione”, ed il relativo giudizio avrà ad oggetto la valutazione della sussistenza dei requisiti anche formali per la validità del patto come donazione, ferma restando la sua nullità per contrarietà con lo scopo del promittente.

Nel caso di mancanza di causa oggettiva, si pone invece il diverso problema di “mancato concorso” di una *causa solvendi* o *adquirendi*, con la conseguente nullità dell'atto per mancanza delle forme proprie della donazione o dell'atto gratuito, ancorchè tale atto sia conforme allo scopo soggettivo del promittente.

La concezione di Gorla ha trovato il proprio *revival* in parte della dottrina italiana che ha sviluppato i temi originari nel tentativo di spiegare le ragioni ed i criteri di valutazione del nudo patto ⁽¹²³⁾. La causa del contratto sarebbe allora complessivamente costituita dalle figure di *cause suffisante* ovvero nel vantaggio del promittente nonché nella controprestazione apprezzabile sul piano economico, *causa praeterita* quale interesse preesistente del promissario, *causa juste e raisonnable*, ovvero consisterebbe nell'interesse soggettivo del contraente ⁽¹²⁴⁾.

Gli sviluppi dottrinali successivi hanno rilevato che la tesi della *cause suffisante*, pur avendo l'innegabile pregio di rispondere ad una *ratio* di tutela

¹²² GORLA, *Il contratto cit.*, p. 271.

¹²³ SACCO, *La causa cit.*, p. 317 e ID., *Il contratto cit.*, p. 650 e ss.

¹²⁴ SACCO- DE NOVA, *Il contratto cit.*, p. 650.

del promittente –e, in questo senso, rappresenta una funzione– è in pari tempo censurabile ed anacronistica per plurime ragioni.

Ed infatti, in primo luogo si evidenzia che il riferimento alla causa dell’obbligazione, proprio della tesi di Gorla, è inaccettabile poiché il dato positivo (artt. 1325, 1346 e 1418 Cod. Civ.) si riferisce alla causa al contratto. In secondo luogo la tesi è criticabile nel suo richiamo a profili soggettivi, con l’inevitabile rischio di sovrapposizione della causa ai motivi e, nondimeno, per il rischio di fungibilità tra causa e forma ⁽¹²⁵⁾.

Sul piano della *ratio*, la dottrina brillantemente rileva che l’impostazione in esame risulta assai anacronistica poiché il riferimento al mero fine individual-garantistico si pone in netta antitesi con le recenti rinnovate impostazioni in ordine al tema della giustizia contrattuale, laddove si assiste alla complessa dicotomia tra rimedi formali e rimedi sostanziali, i primi volti alla garanzia di adeguata informazione negoziale, i secondi volti invece, in linea generale, ad apporre adeguato rimedio alla situazione di originario squilibrio economico tra le parti negoziali in virtù della qualifica soggettiva propria della parte contrattuale cd. “forte”.

In relazione alla struttura ed ai contenuti del giudizio di meritevolezza, la tesi di Sacco circoscrive, come si è *supra* visto, la portata della norma ai soli contratti atipici, negando dunque valenza generale al criterio dell’interesse meritevole in quanto, nell’ambito della tipicità negoziale, tale esigenza è già soddisfatta dalla previsione legale dello schema negoziale.

Diversamente, nell’ambito del contratto atipico occorre una simile disposizione per evitare che il rapporto tipico illecito, possa sfuggire alla sanzione della nullità mediante la predisposizione di un contratto atipico volto a proteggere lo stesso interesse vietato dall’ordinamento ⁽¹²⁶⁾. L’Autore porta ad esempio, tra gli altri, il caso del contratto atipico di “libera consumazione di animale”, con cui la controparte, pagando, acquista il diritto di mangiare la bestia e di trasferire a terzi il suddetto *ius edendi* e con ciò eludendo la normativa che vietava il commercio di tali animali.

La tesi non convince.

¹²⁵ NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate cit.*, p. 205.

¹²⁶ SACCO, *Il contratto cit.*, II, p. 448.

Ed infatti, in primo luogo si osserva che l'applicabilità del giudizio di meritevolezza ristretta alla sola atipicità non tiene conto dell'attualità del dibattito. Come noto infatti, la realtà dei rapporti commerciali ha spostato l'attenzione curiale e dottrinale sul fenomeno del collegamento negoziale del contratto misto nonché del contratto complesso, fenomeni tutti caratterizzati dalla necessità di valutazione della meritevolezza dell'interesse al di là delle strette maglie del tipo contrattuale. Analogo discorso deve condursi *a fortiori* entro la stessa tipicità che, come noto, presenta costanti margini di elasticità e, come tale, è idonea a sorreggere una vasta gamma di interessi anche apparentemente snaturanti lo schema legale. Da tanto consegue che il giudizio di meritevolezza è principio generale dell'utilità negoziale sia essa di promanazione tipica che atipica.

In secondo luogo, la tesi in commento non merita pregio poiché costituisce l'inutile doppione del giudizio di liceità causale ovvero del giudizio *ex art.* 1344 Cod. Civ. ⁽¹²⁷⁾, con la conseguenza che, a ben vedere, non occorre il disposto del comma 2 dell'art. 1322 Cod. Civ. per "estendere" la valutazione di liceità anche sul contratto atipico.

In relazione alle conseguenze del difetto di interesse, l'Autore, ancora ispirato dalla logica della causa della promessa, afferma che "[l]'interesse del creditore, se condiziona il credito, dovrebbe altresì condizionare la stipulazione. Ma d'altra parte la stipulazione non può dipendere così meccanicamente da un'interesse dello stipulante, la cui assenza sarà spesso inconoscibile dal promittente" ⁽¹²⁸⁾. Si conclude, dunque, che l'assenza di interesse, lungi dal dover esser valutata sulla base di conformità ad interessi collettivi, finisce per coincidere con casi di "contrattuale insignificanza" ed, in particolare, alle ipotesi di "alienità dell'interesse sconosciuta dallo stipulante al momento della convenzione; o con l'inefficienza della prestazione a soddisfare un interesse qualsiasi, il che però determinerà anche una non patrimonialità della prestazione; o con un comportamento del tutto irragionevole dello stipulante"⁽¹²⁹⁾.

¹²⁷ Lo rileva anche GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse cit.*, p. 814, nt. 63.

¹²⁸ SACCO, *Il contratto cit.*, I, p. 692.

¹²⁹ SACCO, *Op. ult. cit.*, p. 693.

3. Altre impostazioni non manifestamente anticausaliste. Critica

Invero, dalla tesi di Ferri ed, in particolare, dall'uniformità ontologica tra accertamento causale e meritevolezza degli interessi ⁽¹³⁰⁾ è discesa anche una impostazione che, estremizzando il referente del giudizio, è giunta sino a comprendere, tra i parametri di valutazione della consistenza dell'interesse negoziale, anche canoni del mercato, quali gli interessi di impresa, la celerità dei traffici, piuttosto che i valori dell'ordinamento giuridico ⁽¹³¹⁾.

L'introduzione nel giudizio causale di valori di mercato, tradisce, sotto le mentite spoglie, l'impronta marcatamente anticausalista considerato che, come si è rilevato, "attribuire la funzione di assicurare la celerità dei traffici è come consegnarle un compito esattamente contrario a quello che ha da sempre storicamente svolto, un compito che invece è tipico dell'astrazione" ⁽¹³²⁾. Ma vi è di più. L'impostazione in discorso, più che uno sviluppo della causa in concreto, costituisce in effetti la regressione alla funzione economico-sociale.

Ed infatti, le regole di mercato potrebbero determinare il contenuto contrattuale o come norme imperative ⁽¹³³⁾ ovvero come parametri di ordine pubblico; in entrambi i casi non si tratterebbe comunque di un preteso giudizio di meritevolezza bensì di un puro sindacato di liceità della causa ovvero dell'oggetto negoziale.

Ma se le suddette regole, astrattamente intese, dovessero costituire i parametri per la valutazione di meritevolezza del contratto, quest'ultima sarebbe senz'altro valutata alla luce di una rediviva funzione economico-sociale, essendo il parametro di riferimento anch'esso prettamente sociale.

¹³⁰ FERRI, *Causa e tipo cit.* p. 370.

¹³¹ MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, p. 200 e ss.; nello stesso senso v. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 89 e 91; SICCHERO, *Tramonto della causa del contratto?* in *Contr. Impr.* 2003, p. 100; ID., *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. Impr.* 2004, pp. 545-553, spec. p. 552; LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1985, p. 309; BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. Merito*, 1978, p. 1327. Per l'estensione dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. ai valori espressi dall'ordinamento comunitario v. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1987, p. 423.

¹³² NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 221.

¹³³ Si pensi, per esempio, alla nullità delle intese restrittive della libertà di concorrenza di cui all'art. 2 legge 10 ottobre 1990, n. 287.

La tesi di Ferri ha conosciuto anche un ulteriore ramo evolutivo che, ha preso le proprie mosse dall'originario assunto secondo cui l'accertamento in ordine alla realizzazione dell'interesse concreto deve essere ascritto alla disciplina della risoluzione piuttosto che a quella della nullità⁽¹³⁴⁾. L'impostazione in discorso amplia tali assunti fino a ricondurre alle ipotesi di irrealizzabilità il rimedio della inefficacia⁽¹³⁵⁾, sul presupposto che la nullità è rimedio che reagisce alla sola incompletezza della fattispecie⁽¹³⁶⁾. Da tali svolgimenti si fa discendere altresì la conseguenza secondo cui sono ascrivibili a disciplina diversa dalla nullità sia le ipotesi di irrealizzabilità originaria che sopravvenuta trattandosi di un giudizio qualitativamente diverso da quello di nullità⁽¹³⁷⁾.

4. L'impostazione strutturale di Gazzoni

A conclusioni non dissimili perviene una diversa impostazione che, rispetto alle tesi abrogatrici dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., presenta altresì il pregio di aver fornito una diversa ricostruzione del criterio di meritevolezza⁽¹³⁸⁾.

A livello sistematico, la tesi muove dall'abbandono del criterio dell'utilità sociale quale parametro ulteriore di valutazione del contratto rispetto alla liceità in quanto, per le ragioni più volte rilevate, del tutto anacronistico oltre che *preter legem*.

In particolare si rileva che "la funzionalizzazione degli interessi privati, infatti, batte ben altre strade e soprattutto non si affida al giudizio, ma

¹³⁴ FERRI, *Causa cit.*, p. 374-375.

¹³⁵ SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, ED, XXI, Milano, 1971, p. 332-333; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico cit.*, p. 256; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 233.

¹³⁶ AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957, p. 199; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto cit.*, p. 326.

¹³⁷ Più diffusamente si afferma che la nullità "è rimedio indubbiamente modellato dal legislatore sulla nozione di causa quale funzione economico sociale tipica dell'atto" con la conseguenza che con riguardo al concreto interesse negoziale "non sarà possibile pervenire ad una declaratoria di nullità per la irrealizzabilità iniziale o successiva" C. SCOGNAMIGLIO, *Op. ult. cit.*, p. 236.

¹³⁸ GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in Riv. dir. civ., 1978, I, p. 52 ss; GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 816 e ss.

piuttosto alla legge”⁽¹³⁹⁾. Né tantomeno è consentito interpretare l’art. 1322 comma 2 Cod. Civ. in senso meramente abrogativo, con la conseguenza di attribuire alla norma una portata meramente autorizzatoria dei privati per costruzione di schemi negoziali atipici⁽¹⁴⁰⁾.

Sul punto si osserva che, in un sistema in cui l’autonomia è la regola, la previsione di una norma meramente autorizzatoria avrebbe ben poco senso laddove viceversa avverrebbe con riferimento ad una disposizione di opposto segno.

In ordine alla struttura del giudizio di meritevolezza la tesi in discorso prende anch’essa le mosse dal rilievo secondo cui l’impostazione ferriana “si arresta proprio là dove naturalmente il discorso avrebbe condotto e cioè alla trattazione dei problemi a cui Gorla ha dedicato la sua opera, con la conseguenza di attribuire una visione monca, soprattutto dei problemi dell’atipicità, perché se il discorso è riportato ad una giusta analisi dell’interesse individuale, è purtuttavia limitata alla liceità l’indagine sul momento di contatto con l’ordinamento giuridico, prescindendo l’altra circa l’idoneità”⁽¹⁴¹⁾.

Da tanto emerge l’esigenza di attribuire un senso all’art. 1322 comma 2 Cod. Civ. e, nel rifiuto della sua *intepretatio abrogans*, la dottrina in discorso propone una complessa analisi strutturale⁽¹⁴²⁾.

In primo luogo si osserva che il giudizio di meritevolezza ha una portata ben distinta da quello di liceità poiché attiene alla valutazione dell’idoneità dello strumento negoziale a costituire modello giuridico di regolazione degli interessi. Ne consegue che le norme alla base di questo segmento di sindacato sul contratto hanno carattere procedimentale e formale, le stesse attenendo al riconoscimento dello schema pattizio come strumento giuridico.

Significativamente si rileva che “i privati <<inventando>> uno schema non previsto dalla norma non fanno che sostituirsi al legislatore riempiendo una

¹³⁹ GAZZONI, *Atipicità cit.*, p. 57.

¹⁴⁰ Tale impostazione è invece fatta propria da SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in Riv. Trim. dir. E. p. civ., 1966, p. 788.

¹⁴¹ GAZZONI, *Op. ult. cit.*, p. 60 nt. 43.

¹⁴² GAZZONI, *Op. ult. cit.*, p. 62.

lacuna normativa per la regolamentazione del singolo rapporto”⁽¹⁴³⁾.

La differenza tra meritevolezza e di liceità riguarda, allora, l’oggetto del giudizio. Invero, mentre la valutazione di liceità investe la causa nella sua componente normativa, secondo i criteri dell’art. 1343 Cod. Civ., il giudizio di meritevolezza valuta per converso l’idoneità dello schema a costituire strumento regolatorio degli interessi privati; in quanto tale, il giudizio di meritevolezza costituisce il sindacato della volontà privata nella sua *vis* creatrice e derogatrice degli schemi legalmente previsti.

Da tali assunti, analogamente all’impostazione ferriana, l’Autore conclude affermando che il giudizio di meritevolezza è un giudizio sul tipo e non sulla causa contrattuale⁽¹⁴⁴⁾. Invero, ancorchè l’art. 1418 comma 2 Cod. Civ., nel prevedere la nullità per difetto strutturale, si riferisca alla causa e non al tipo, si sostiene che il legislatore del 1942 abbia usato il medesimo termine “causa” con significati diversi⁽¹⁴⁵⁾.

Nei suoi svolgimenti costitutivi, il giudizio di meritevolezza viene a sua volta distinto in due distinte e succedanee fasi. In primo luogo quella della valutazione astratta in ordine alla sussistenza di un regolamento (atipico); in tale fase l’atipicità è intesa nel senso di adozione delle parti contrattuali di autonome regole procedimentali per la formazione dell’atto di autonomia.

A seguito di tale valutazione si pone quella in ordine all’accertamento della reale vincolatività del regolamento che, ad avviso di quella dottrina, si risolve nel sindacato circa la sussistenza dell’intento giuridico delle parti stipulanti, intento che deve essere escluso quante volte le stesse abbiano inteso regolare i propri rapporti al di fuori dell’ambito di giuridicità.

Una volta raggiunta tale conclusione l’Autore prosegue interrogandosi circa la possibile rilevanza, entro questa impostazione, del concetto di utilità sociale⁽¹⁴⁶⁾, con la conseguente duplice conclusione⁽¹⁴⁷⁾.

¹⁴³ GAZZONI, *Op. ult. cit.*, p. 64.

¹⁴⁴ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, p. 817.

¹⁴⁵ GAZZONI, *Atipicità cit.*, p. 62.

¹⁴⁶ GAZZONI, *Atipicità cit.*, p. 73. Non è dato comprendere la ragione del rilievo in questo punto dell’analisi, poiché sfugge che senso abbia premettere che l’utilità sociale è un concetto ad oggi (così come al tempo dello scritto) estraneo all’ordinamento positivo per poi confrontarlo di nuovo al contratto ancorchè limitatamente al profilo dell’accertamento in ordine alla giuridicità del vincolo.

Se da un lato l'utilità è estranea alla valutazione di meritevolezza, potrebbe tuttavia assumere rilevanza (negativa) il contratto socialmente inutile, poiché in tal caso –pur non venendo in questione, se non successivamente, profili di meritevolezza- l'asocialità del vincolo potrebbe essere sintomo della assenza di volontà di obbligarsi.

A riprova dei propri assunti, l'Autore solleva l'argomento *a fortiori* affermando che “(l)a norma sulla <<atipicità>> dei contratti, dunque, porrebbe, in realtà, un vincolo di <<tipicità>> sociale, con una soluzione alquanto paradossale, se non si tenesse tuttavia presente che, a ben vedere, l'atipicità più che agli schemi attiene ai contenuti e al vario modo con cui si intrecciano le prestazioni”⁽¹⁴⁸⁾.

Da tale assunto consegue altresì che, nell'ambito del contratto atipico, potendo verosimilmente rientrare interessi non economici, il giudizio di meritevolezza, a maggior ragione, si dissolverebbe nel sindacato in ordine alla giuridicità del vincolo perché “se è meritevole quel che si armonizza o comunque non viola una normativa, cioè vuol dire che meritevolezza e liceità finiscono per coincidere”⁽¹⁴⁹⁾.

Né tantomeno avrebbe pregio sostenere che il giudizio di meritevolezza coincide con il sindacato di conformità a regole economiche, atteso che, in tal caso, la norma rappresenterebbe un inutile doppione del giudizio di ordine pubblico.

La conclusione tratta da tale dottrina sarebbe allora che il giudizio di cui all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. troverebbe unico spazio soltanto ove fosse basato su parametri non normativi di liceità, essendo quello l'unico senso attribuibile alla norma con il limite della impossibilità di fungere da veicolo di funzionalizzazione di interessi appartenenti al soppresso ordine corporativo⁽¹⁵⁰⁾.

Di conseguenza non sarebbe ravvisabile il *tertium genus* di inutilità (si badi bene, esclusivamente sociale) a fianco della liceità e della illiceità, atteso che

¹⁴⁷ GAZZONI, *Op. cit.*, p. 94 e ID., *Manuale*, p. 818.

¹⁴⁸ GAZZONI, *Atipicità cit.*, p. 94.

¹⁴⁹ GAZZONI, *Atipicità cit.*, p. 95.

¹⁵⁰ GAZZONI, *Atipicità cit.*, p. 101.

“ciò che non è dannoso, cioè è utile, è lecito”.

Ne consegue che non avrebbe pregio configurare ed approfondire il modo d’essere dell’ordinamento a fronte del negozio irrilevante (si badi bene, ancora una volta, in senso esclusivamente sociale). In tal caso, infatti, si verserebbe in un’ipotesi di intento giuridico negativo, considerato che l’atto nulla innoverebbe a livello sociale in ragione della futilità, sempre sociale, del relativo schema ⁽¹⁵¹⁾(¹⁵²).

5. Le successive interpretazioni della causa e del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 comma 2 Cod. Civ.

Viste sul piano sistematico, le ulteriori interpretazioni del giudizio di meritevolezza sono ascrivibili a quattro distinti approcci ermeneutici: quelli di tipo abrogante, di tipo riduttivo, di tipo positivo funzionalizzante e di tipo rivalutativo non funzionalizzante ⁽¹⁵³⁾.

Le tesi abrogatrici, su cui vale rinviare a quanto già rilevato nel precedente capitolo (v. par. 5), come è noto, sovrappongono il giudizio di meritevolezza con quello di liceità o, secondo un’altra corrente, con quello di cui all’art. 1344 Cod. Civ. ⁽¹⁵⁴⁾.

Le tesi riduttive non precludono il giudizio di meritevolezza in ambiti peculiari come obbligazioni naturali, convenzioni matrimoniali, contratti relativi ad interessi di carattere strettamente personale. Nell’analisi dello schema strutturale del giudizio, uno degli Autori appartenente a tale filone

¹⁵¹ Tali assunti sarebbero altresì confermati dall’evoluzione di un caso giudiziario del tempo. Invero, una sentenza di merito (App. Milano 29 dicembre 1970 in FERRI, *Meritevolezza dell’interesse e utilità sociale* Riv. dir. comm. 1971, II, p. 81) ebbe a sancire la nullità per immeritevolezza di un contratto atipico sinallagmatico con cui il socio di una società per azioni prometteva al mandatario delle società un trattamento di quiescenza in caso di estinzione del mandato per compensarlo dell’abbandono della libera professione attuato al fine di un migliore espletamento della sua attività di mandatario. Lo stesso caso giudiziario è stato riformato nella sua qualificazione una volta pervenuto nel giudizio di cassazione (Cass. Civ. 3 luglio 1975, n. 2578) nel quale è stato sanzionato sotto il profilo della illiceità (v. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse cit.* Riv. dir. comm. 1979, I, p. 4)

¹⁵² In ordine alle teorie anticausalistiche il discorso verrà ripreso *infra* in relazione all’attuale dibattito sul mantenimento della causa nell’evoluzione scientifica e normativa a livello comunitario.

¹⁵³ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 231, nt. 173.

¹⁵⁴ CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito nella responsabilità da cassette di sicurezza*, BBTC, 1978, p. 62 e ss; SACCO, *Il contratto cit.*, p. 692.

(¹⁵⁵) afferma che l'accertamento in ordine alla sussistenza della causa del contratto ha la funzione di escludere la coercibilità dell'interesse futile (¹⁵⁶) e, per tali ragioni, deve esser equiparato al giudizio *ex art.* 1322 Cod. Civ. che attende alla medesima funzione.

Tra le impostazioni positive funzionalizzanti sta, in primo luogo, la tradizionale tesi di Betti (¹⁵⁷) successivamente trasfusa nel paragrafo n° 603 della relazione al codice civile secondo cui, come noto, il giudizio di meritevolezza è volto alla valutazione della compatibilità del concreto interesse contrattuale con l'interesse sociale che giustifica l'attribuzione della forza di coercibilità giuridica. Metro principale di valutazione in ordine alla sussistenza dell'interesse sociale *-id est* della funzione utile- è quello della costanza, normalità ed importanza sociale dello schema strutturato dalle parti.

Come si rilevava nel precedente capitolo (v. par. 4), le impostazioni positive hanno trovato il loro *revival* negli anni 70-80 del secolo scorso nel momento in cui si è iniziato a riferire il giudizio di meritevolezza ai valori costituzionali (¹⁵⁸); appartengono a questo tipo di approccio anche le impostazioni di equivalenza tra meritevolezza e rilevanza (¹⁵⁹) e quella che riferisce la meritevolezza alla congruità degli scambi (¹⁶⁰).

L'ultimo orientamento ipotizzato è quello rivalutativo non funzionale secondo cui la valutazione è rivolta sia all'accertamento dell'utilità economica dell'atto, oltre a quella in ordine alla presenza di aree di disponibilità lecita che comunque attengono ad interessi incoercibili attesa la loro rilevanza strettamente personale (¹⁶¹).

Nell'ambito delle impostazioni positive, meritano considerazione più diffusa

¹⁵⁵ GALGANO, *Negozio giuridico cit.*, p. 88.

¹⁵⁶ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3° ed., Vol. II, Tomo I, Padova, 2004, p. 190.

¹⁵⁷ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico cit.*, p. 174; ID., *Causa del negozio giuridico cit.*, p. 33 e 37.

¹⁵⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto cit.*, p. 432; COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*, Contr. Impr., 1987, p. 423 e ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 92; LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971, p. 67 e ss.; MAJELLO, *I problemi di legittimità e disciplina dei negozi atipici*, Riv. dir. civ., 1987, I, p. 494 e ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata cit.*, p. 98-99.

¹⁵⁹ GAZZONI, *Atipicità cit.*, *passim*.

¹⁶⁰ LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio*, Contr. Impr., 1985, p. 333 e ss.

¹⁶¹ BRECCIA, *Causa*, BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 1999, p. 97.

due interpretazioni che presentano il pregio di aver tentato il superamento delle tesi abrogatrici fornendo diversa e più precisa ricostruzione del giudizio di meritevolezza.

Per una prima corrente ⁽¹⁶²⁾ il giudizio di meritevolezza deve essere riferito, a livello sistematico, sia alla causa che all'oggetto contrattuale e ciò al di là di ogni valutazione di liceità. Con riguardo alla causa si precisa che, al pari di quanto positivamente previsto per l'oggetto, la stessa può ben essere impossibile quante volte la stessa sia irrealizzabile oppure inesistente.

Ne deriva che il giudizio di meritevolezza è volto, in primo luogo alla valutazione di esistenza della causa dei negozi atipici, come per esempio l'ipotesi dell'accordo oneroso per la riabilitazione dell'indegno, ovvero la rinuncia, anche bilaterale, ad avvalersi dell'esecuzione giudiziale di un contratto. Appartiene inoltre alla valutazione di meritevolezza anche la valutazione di patrimonialità della prestazione.

Nelle conclusioni, l'Autore rileva condivisibilmente che l'atipicità è fenomeno che riguarda le singole norme e non i rapporti ⁽¹⁶³⁾, per cui il giudizio di meritevolezza deve esser circoscritto "soltanto riguardo alle norme negoziali difformi dalle norme previste dalla legge" ⁽¹⁶⁴⁾. In ordine poi al referente attraverso il quale condurre il giudizio di meritevolezza, l'Autore aderisce alla tradizionale impostazione secondo cui la valutazione dell'interesse deve esser condotta alla luce di tutto l'ordinamento giuridico e, significativamente, con riguardo ai principi costituzionali. In particolare osserva che proprio l'operatività del criterio di meritevolezza non è dissimile a quella dei principi di ordine primario, sempreché questi ultimi siano diretti

¹⁶² MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici cit.*, 494- 495.

¹⁶³ Ed infatti, come ha brillantemente osservato la dottrina (DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, Cedam, 1974, p. 137) occorre tenere nettamente distinti contratto tipico e "tipo": mentre il tipo è fenomeno aperto, graduabile, significativo e pregnante, la definizione legale del contratto opera invece la trasformazione del tipo in concetto e, precisamente in quel determinato concetto giuridico con la conseguente incongruenza tra nozione legale e lo schema che risulta dalla sua disciplina. Ai fini della identificazione del tipo, anche tale dottrina osserva che l'elemento funzionale gioca un ruolo ben limitato poiché, come si è rilevato, "l'espressione contratto tipico non significa contratto con funzione tipica, ma <<contratto che rientra in una figura che ha una disciplina legale particolare>>" (GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 61 nt. 136).

¹⁶⁴ MAJELLO, *Op. cit.*, p. 500.

alla tutela di interessi di tipo individuale ⁽¹⁶⁵⁾.

Nell'orbita delle tesi che rinviano al dato costituzionale, si pone poi la lettura offerta da Costanza ⁽¹⁶⁶⁾ la quale rileva che la *ratio* del giudizio di meritevolezza è assimilabile al ruolo svolto dall'art. 12 delle preleggi nella parte in cui, nel prevedere le regole di interpretazione legale, rinvia ai principi generali dell'ordinamento quale criterio di chiusura nel caso di dubbio non altrimenti risolvibile.

In tali casi, infatti, i principi costituzionali “offrono una serie di parametri utilizzabili in sede di giudizio di meritevolezza e cioè di apprezzamento della giuridicità e della conseguente tutelabilità di un atto giuridico non disciplinato da norme positive” ⁽¹⁶⁷⁾.

Le letture “costituzionalmente orientate” dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., rappresentano indubbiamente una valida collocazione sistematica del giudizio di meritevolezza, ma, in pari tempo, risultano del tutto inadeguate ad assumere anche una valenza assiologica in grado cioè di chiarire i criteri di valutazione della meritevolezza. E' infatti preferibile chiudere la portata di tali impostazioni al dato meramente descrittivo, quasi tautologico, secondo cui l'interesse contrattualmente dedotto, ovvero il relativo schema negoziale, non risulti *contra Constitutionem*. Nulla di più è in grado di offrire il paragone tra interesse negoziale e dato costituzionale!

Ed infatti, pretendere di reperire -attraverso il mero rinvio alla norma primaria- i criteri di meritevolezza, comporta ancora una volta l'*interpretatio abrogans* di tale giudizio, in quanto verrebbe a sovrapporsi integralmente al sindacato di ordine pubblico, così riproponendo, seppur in termini parzialmente diversi e meno recisi, l'impostazione abrogativa che, per le ragioni viste, si è inteso rifiutare ⁽¹⁶⁸⁾.

Ed infatti, nella Carta sono comprensibilmente assenti previsioni volte alla disciplina delle capacità di funzionamento dell'atto, poiché per la sua

¹⁶⁵ MAJELLO, *Op. cit.*, p. 501. Dal principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 comma 2 Cost. la tesi in esame ammette la valutazione di meritevolezza anche con riguardo alle ipotesi di squilibrio contrattuale. Sul punto si rinvia alle considerazioni che si svolgeranno *infra* (parr. 18 e 19)

¹⁶⁶ COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 24 e ss.

¹⁶⁷ COSTANZA, *Op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁸ Per tutti, v. FERRI, *Ordine pubblico cit., passim*.

ispirazione di carattere primario, la Costituzione contiene la previsione di diritti civili e politici ⁽¹⁶⁹⁾ la cui violazione si arresta sul profilo della liceità negoziale, rimanendo per ciò stesso estranea la valutazione delle modalità di edificazione della regola contrattuale.

Tra le tesi più recenti si è affacciata una curiosa impostazione ⁽¹⁷⁰⁾ secondo cui il significato del giudizio di meritevolezza dovrebbe reperirsi nelle distinte ipotesi di contratto pregiudizievole per i diritti dei terzi, ed il contratto quale fatto ingiusto nei confronti di soggetti ad esso estranei e fonte di responsabilità aquiliana ⁽¹⁷¹⁾.

La tesi non convince per almeno due ordini di ragioni. Con riguardo al contratto pregiudizievole per i terzi, si rileva che la pretesa applicabilità dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. a tali casi sarebbe errata in quanto gli stessi già rientrano tra le ipotesi dell'azione revocatoria ordinaria e fallimentare (rispettivamente, art. 2901 Cod. Civ. e artt. 64, 66 e 67 l.f.). Invero, l'ascrizione del giudizio di meritevolezza ad istituti già positivamente espressivi di autonoma funzione, finirebbe per riproporre, in termini postmoderni, quella *interpretatio abrogans* che è opportuno evitare.

In secondo luogo, la dedotta impostazione pone in reciproca confusione l'aspetto di validità cui tende il giudizio sull'atto e quello di responsabilità cui sono viceversa deputate le norme comportamentali. (sul punto v. Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n° 26724 -che sviluppando quanto già dedotto in Cass. Sez. I 29 settembre 2005, n° 19024- afferma che la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento è tutt'oggi attuale, ad onta dell'atteggiamento apparentemente derogatorio della regola

¹⁶⁹ Ai fini del presente discorso non assume rilievo la distinzione –peraltro sottoposta diffusamente a vaglio critico - tra norme “precettive” e norme di carattere “programmatico”, e ciò poiché anche laddove le prime fossero munite di immediata vigenza, altro non sarebbero che mere previsioni legali di regolazione dei rapporti privati. Ma vi è di più. Anche laddove la norma immediatamente precettiva imponesse un determinato contenuto negoziale, si pensi all'obbligo di retribuzione del lavoratore dipendente di cui all'art. 36 Cost., non verrebbe parimenti in questione alcun profilo di meritevolezza, trattandosi piuttosto in tal caso di disciplina legale del tipo contrattuale.

¹⁷⁰ DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, ESI, 2004 e ID., *Appunti sul contratto immeritevole*, Riv. dir. priv. 2005, 2, pp. 305j - 326, (spec. p. 323)

¹⁷¹ Sul punto v. F. D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito*, Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 287 e ss. e FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Utet, 2006, p. 1597.

tenuto a più riprese dalla normativa attuativa del diritto comunitario in tema di concorrenza e tutela del consumatore ⁽¹⁷²⁾.

In merito al contratto rilevante quale fatto ingiusto ai danni del terzo – ferma restando la configurabilità della responsabilità aquiliana, si osserva che tale fattispecie non pone anche problemi di immeritevolezza dell'interesse, atteso che l'intento dannoso resta estraneo allo schema negoziale. In tal caso emerge casomai un problema di liceità contrattuale quanto meno per violazione di ordine pubblico e buon costume.

6. Alla ricerca di impostazioni maggiormente persuasive. La tesi di Gentili.

La scarsa persuasività degli assunti che caratterizza il panorama scientifico intorno al tema, induce l'interprete a ricercare *aliunde* la strada da percorrere. E così, in effetti, è. Invero, anche superando la tautologia insita nella varietà delle impostazioni abrogatrici, il giudizio di meritevolezza non risulta immune dai rischi di cattiva interpretazione, o peggio, di perdita di significato.

Ciò perché, come si osservava in esordio, non è ancora chiaro quali siano i criteri di valutazione dello schema contrattuale. Il problema si fa ancor più complesso se poi si considerano le ispirazioni latamente "politiche" che influenzano le modalità del giudizio e, conseguentemente, i criteri di valutazione.

I poli del tema oscillano tra una sua lettura in chiave eminentemente funzionale ovvero strutturale. Salvo meglio riprendere in prosieguo il discorso, può preliminarmente osservarsi che le tesi funzionali pure non persuadono appieno poichè reperiscono i criteri di meritevolezza totalmente al di fuori dal contratto; per converso si ritiene pur sempre necessaria anche la valutazione della struttura dello schema contrattuale.

Detto altrimenti, non può valutarsi l'interesse in sé e per sé considerato, ma l'interesse che emerge dalla struttura contrattuale, poiché il giudizio di meritevolezza deve esser ancorato al parametro di legalità e completezza

¹⁷² Più diffusamente si rinvia al par.19 del presente capitolo.

della fattispecie piuttosto che (solamente) a quello dell'illiceità.

D'altro canto, l'oscillazione bilanciata tra struttura e funzione può costituire la valida base per ricavare una nozione di giudizio di meritevolezza endocontrattuale, sciolta come dev'essere da ogni riferimento che prescindendo *in toto* dalla considerazione strutturale⁽¹⁷³⁾.

Entro questa logica di pensiero si colloca quella dottrina che riesce ad attribuire una diversa lettura dell' istituto in discorso⁽¹⁷⁴⁾. Invero, l'autonomia del giudizio di meritevolezza postula che lo stesso non possa risolversi né in una valutazione circa la causa contrattuale, poiché tale mera estensione eluderebbe la ricerca del criterio sotteso all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ.; né, tantomeno, sarebbe legittimo tradurre la valutazione di meritevolezza in un sindacato di merito del contenuto negoziale, atteso che “superata la liceità in senso stretto, nemmeno il negozio tipico è dalla legge valutato nel suo merito specifico”⁽¹⁷⁵⁾.

Ne consegue allora che il canone di valutazione deve essere reperito all'interno del contratto, considerato che “qualunque negozio, anche atipico, come giudizio delle parti sui loro mutui interessi contiene per sé un dover essere ed esprime una regola”⁽¹⁷⁶⁾. L'immeritevolezza sarà dunque configurabile quante volte il contratto, tipico o atipico, venga valutato come strumento inadatto alla realizzazione degli interessi che dovrebbe esprimere. L'inettitudine alla realizzazione della funzione viene valutata, nel caso di contratto tipico, attraverso il confronto tra la funzione economico individuale del caso specifico e la funzione economico sociale svolta dal tipo. In relazione al contratto atipico, non essendo possibile svolgere un giudizio di “rilevanza” rispetto al tipo, la valutazione dovrà rimanere entro la concretezza del interesse perseguito dai contraenti, con la conseguenza che il giudizio di meritevolezza è ascrivibile al *genus* del giudizio sulla

¹⁷³ Milita in questo senso anche quella parte della dottrina secondo cui “la corretta nozione di causa non involge il piano degli interessi concretamente perseguiti, bensì rimanda all'interesse che obiettivamente traspare dalle maglie della struttura considerata” (GRISI, *Il deposito cit.*, p. 58).

¹⁷⁴ GENTILI, *Metodo e merito nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela nel contratto <<atipico>>*, in Riv. dir. comm., 1989, I, p. 221-247.

¹⁷⁵ GENTILI, *Metodo cit.*, p. 233.

¹⁷⁶ GENTILI, *Metodo cit.*, p. 234.

(sussistenza della) causa.

In tali casi, il criterio di valutazione della meritevolezza è allora dato non tanto dal rinvio alla disciplina tipica, ma piuttosto da “quanto si reperisce nelle singole normative sui singoli tipi come espressione di *inderogabile* concomitanza fra certe prestazioni e certe responsabilità o garanzie”⁽¹⁷⁷⁾.

In altri termini l’*interna incongruenza* –e, quindi, l’*immeritevolezza*- del contratto deriva da ciò, che la creazione di uno schema atipico non può non comportare la pedissequa necessaria inclusione nel tessuto contrattuale anche di tutte le conseguenti implicazioni disciplinari in grado di rendere funzionante lo strumento negoziale. Ed invero l’istituto del contratto in generale è ben lungi dal fornire all’interprete uno strumentario normativo neutro, ma viceversa proprio dalla natura contrattuale dell’atto di autonomia deriva una linea di “tipicità” di disciplina degli interessi privati. Ne consegue che sono necessarie, pena l’*immeritevolezza*, le previsioni contrattuali fisiologicamente idonee a regolare l’assetto di interessi contrattualmente diviso.

Assai significativamente si rileva infatti che il contratto atipico “non può essere costruito con elementi puramente logici [...] quali accordo, causa, oggetto, forma, ma sempre necessariamente con elementi assiologici (trasferimento, consegna, corrispettivo, custodia [...]) ognuno dei quali trascina con sé un complesso di diritti, responsabilità, doveri, garanzie”⁽¹⁷⁸⁾. Quindi il giudizio in discorso oscilla tra i poli dei nuclei di regole rinvenibili in pezzi di contratto da un lato e, dall’altro, con il postulato dell’inesistenza di lacune colmabili con l’estensione analogica.

La ricerca dei criteri di meritevolezza compiuta da Gentili costituisce il primo ed autentico tratto di originalità che le impostazioni intorno all’art. 1322 comma 2 Cod. Civ., non erano state, fino ad allora, in grado di raggiungere.

Del resto il lettore avrà senz’altro colto che il *fil rouge* che lega la maggior parte delle interpretazioni del problema sta proprio nel persistente tentativo dottrinale di sostituzione concettuale della meritevolezza con altri e diversi

¹⁷⁷ GENTILI, *Op. cit.*, p. 238.

¹⁷⁸ GENTILI, *Op. cit.*, p. 247.

istituti, nella consapevolezza delle difficoltà di attualizzazione della norma al di fuori della logica dirigistica nella quale questa sorse.

7.Prime considerazioni conclusive. L'impostazione funzionale razionalizzata.

Una volta compiuto l'esame delle correnti che caratterizzano il panorama scientifico del tema è possibile trarre i primi assunti in grado di costituire il telaio di base della teoria del contratto inutile.

A tale scopo occorre previamente prendere posizione in ordine alla dialettica che intercorre tra l'approccio funzionale e quello strutturale, in modo da ricavare il principio che sovrintende l'individuazione dei criteri di valutazione della meritevolezza dell'interesse, meritevolezza che, come si andrà a vedere, verrà declinata nei termini di utilità.

A margine di tale passaggio occorrerà poi indagare, da un lato, l'attualità dello stato dell'arte avuto specialmodo riguardo agli impulsi provenienti dal diritto comunitario tanto di *soft* che di *hard law* e ciò sia in ordine alla permanenza ordinamentale dell'istituto della causa, che con riferimento alle influenze sulla valutazione dell'utilità negoziale riflesse dal nuovo volto che è venuta assumendo la disciplina delle nullità del contratto.

D'altro canto sarà poi necessario prendere posizione anche in relazione alle tradizionali collocazioni sistematiche offerte dalla dottrina con particolare riguardo agli istituti della inefficacia, irrilevanza ed inesistenza negoziale che pure influiscono sul tema nei termini che si andrà ad osservare.

Ma andiamo con ordine.

Il punto di sintesi dell'intero dibattito è racchiuso nella questione circa l'applicabilità al contratto tipico del principio dell'interesse meritevole; la suddetta dicotomia di opinioni rappresenta infatti l'alternativa tra una lettura strutturale della causa del contratto e quella di tipo funzionale ⁽¹⁷⁹⁾. Tale

¹⁷⁹ La nozione funzionale di causa viene tradizionalmente attribuita a V. SCIALOJA ed in particolare al corso di lezioni romane dell'anno accademico 1892-3 laddove sottolineava come "Bisogna distinguere la funzione, lo scopo del negozio giuridico, dai motivi impellenti, determinanti la volontà dell'agente del negozio medesimo. Lo scopo del negozio dobbiamo considerarlo oggettivamente: la compravendita ha per iscopo lo scambio di merce e denaro, e questo scambio è così socialmente utile che deve essere difeso dal diritto" (*nunc* V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, con prefazione di S. Riccobono, Roma, 1950,

ultima logica, a sua volta, si iscrive nella più ampia tendenza che ha recentemente recuperato la propria centralità in relazione a tutti gli elementi strutturali del contratto ⁽¹⁸⁰⁾.

Si ritiene che il principio dell'interesse meritevole, in quanto parametro di valutazione generale del contratto, sia applicabile, oltre alle ipotesi di atipicità, anche a quelle di tipicità negoziale ⁽¹⁸¹⁾, e senza che ciò significhi, in pari tempo, la presa di posizione per l'impostazione di tipo puramente funzionale.

La ragione di tale assunto sta in ciò, che l'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. è ben lungi dal riferirsi esclusivamente al solo contratto atipico, lo stesso prevedendo soltanto che "le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi non aventi una disciplina particolare". Orbene, tra contratto atipico e "contratto non appartenente ai tipi legali" non v'è coincidenza perfetta.

Invero, secondo il tradizionale insegnamento, il tipo è entità contrapposta al concetto, poiché mentre quest'ultimo costituisce la mera sommatoria di più elementi essenziali, il tipo costituisce invece la sommatoria di elementi sempre essenziali –potendo peraltro anche ometterne taluni appartenenti alla medesima categoria ontologica– ma che "vengono riuniti non semplicemente sommandoli, ma ricomponendoli ad immagine del complesso intuito" ⁽¹⁸²⁾.

Nel prevedere la disciplina legale del contratto, il legislatore non fa altro che trasformare il tipo in concetto ⁽¹⁸³⁾ e, conseguentemente, impoverisce i dati caratterizzanti il tipo i quali, a cagione di ciò, ben potrebbero essere sussunti sotto altri tipi autonomi, secondo quel fenomeno che altra parte della

pp.89-90).

¹⁸⁰ CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale cit.*, p. 180 e ss. e p. 228 e ss.; PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Esi, 2006, p. 425; DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 47 e ss.

¹⁸¹ FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 358. Nello stesso opina anche P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, spec. p. 898 nonché D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generali*, Trattato dei contratti diretto da RESCIGNO, Tomo I, Utet, 1999, p. 546 e ss.

¹⁸² DE NOVA, *Il tipo cit.*, p. 126.

¹⁸³ DE NOVA, *Il tipo cit.*, p. 137.

dottrina ha nominato “polivalenza funzionale”⁽¹⁸⁴⁾.

Se dunque il tipo costituisce la concretizzazione di un concetto, ossia di un insieme di elementi essenziali non selezionati secondo funzione, ne consegue che la costruzione del legislatore è scevra di ogni e qualsiasi valutazione funzionale, e lo schema legalmente previsto si pone semplicemente come strumento a disposizione dell'autonomia privata.

Se tanto vale per il tipo, diverso discorso deve invece impostarsi in relazione alla causa negoziale; ed invero sia il tipo che il concetto sono entità di carattere generale⁽¹⁸⁵⁾. Altrettanto non può invece dirsi per la causa e da tale peculiarità, seppur nei limiti che si andrà tracciando, l'interprete è legittimato ad aderire una differente conclusione.

Come si è diffusamente osservato, la nozione di causa che intendiamo accogliere è quella di tipo concreto, quale elemento di valutazione delle capacità di funzionamento dell'atto in termini puri. La funzione concreta ed individuale dell'atto è concettualmente preferibile alla funzione economico individuale di Ferri, poiché garantisce maggiori immunità dai rischi di anticausalismo sottesi ai riferimenti all'accezione economica del concetto⁽¹⁸⁶⁾.

L'idea di causa quale funzione concreta, laddove debitamente legata alla struttura negoziale, non pone i problemi di scissione tra criterio ed oggetto di valutazione che invece caratterizzavano la funzione in senso economico sociale.

In ordine a tale problema, infatti, la dottrina condivisibilmente osservava che “ quando [...] la funzione si esprime nei termini di socialità, e cioè di ordinamento, si finisce per confondere insieme di elementi del negozio e criteri di valutazione dell'ordinamento stesso”⁽¹⁸⁷⁾.

Per converso si osserva che non è vero il viceversa. In particolare, neanche la funzione economico individuale garantisce la totale immunità dal rischio di una simile confusione.

¹⁸⁴ GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia cit.*, p. 63 e ss.

¹⁸⁵ DE NOVA, *Il tipo cit.*, p. 126.

¹⁸⁶ NAVARRETTA, *Causa cit.*, p. 234. V. par. 3 del presente capitolo

¹⁸⁷ FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 364.

Ed infatti l'approccio funzionale del tutto indifferente rispetto alla struttura, ancorchè condotto –soltanto apparentemente- dalla parte del negozio ⁽¹⁸⁸⁾, finisce per valutare l'utilità secondo parametri extracontrattuali, riportando sul piano di indagine, ancora una volta, lo spettro della causa in senso astratto, sociale od economico che sia. In tale contesto si comprende e si condivide il monito di parte della dottrina dal rifuggire dall'applicazione generalizzata del giudizio di meritevolezza ⁽¹⁸⁹⁾.

Ma il discorso cambia se dall'approccio funzionale puro si passa all'impostazione che, stipulativamente, nomineremo funzionale razionalizzata.

Invero, secondo un principio di logica, il procedimento di controllo dell'atto di privata autonomia non può svolgersi in modo inverso o parziale rispetto alla genesi formativa del contratto. Tale sequenza vede, come noto, la progressione dall'interesse di fatto che, passando per la creazione della struttura, trova realizzazione nel contratto mediante l'attribuzione allo stesso del canone di giuridicità.

Ne consegue che la sola valutazione funzionale slegata dalla struttura costituirebbe, per le ragioni viste, un'errata inversione di metodo ermeneutico del contratto. Per converso la valutazione di meritevolezza deve appuntarsi in via primaria sulla struttura analizzando in quali modalità e termini la stessa esprime la funzione dell'atto di autonomia.

Ed infatti la struttura contrattuale non è strumento -o risultato giuridico-incolore, bensì rappresenta il mezzo realizzatorio di interessi, con la conseguenza che dalla stessa può evincersi, *recte* deve evincersi, la funzione propria dell'atto.

Ne risulta avvalorata allora l'opinione secondo cui il sindacato di meritevolezza deve muovere dalla struttura e concludere con la valutazione della funzione perseguita. Solo in tal modo è infatti possibile comporre

¹⁸⁸ FERRI, *Op. cit.*, p. 365. L'Autore, come si è osservato (v. par. 2), pur affermando che “il secondo termine della valutazione che detta funzione esprime (per intenderci, quello valutante) deve essere ricercato ed individuato *dalla parte* del negozio giuridico, non da quella dell'ordinamento”, riconduce il giudizio funzionale ai soli parametri di liceità contrattuale.

¹⁸⁹ NAVARRETTA, *Ibidem*.

adeguatamente il rapporto tra i due poli, non attraverso la scelta tra l'uno e l'altro, ma nella loro adeguata composizione, poiché entrambi sono necessari ai fini della compiuta descrizione del fenomeno.

In quest'ordine di idee si è posta quella dottrina che ha rimarcato la distinzione intercorrente tra funzione e tipo, così come tra funzione e causa negoziale ⁽¹⁹⁰⁾. Nell'analisi del fenomeno causale, l'Autore muove infatti da una lettura che valorizza debitamente la necessaria strutturalità negoziale, rilevando che “la corretta nozione di causa non involge il piano degli interessi concretamente perseguiti, bensì rimanda all'interesse che obiettivamente traspare dalle maglie della struttura” ⁽¹⁹¹⁾.

Nei successivi svolgimenti si osserva che la funzione, in quanto concetto di relazione, “entra in connessione con il piano degli interessi in esso concretamente coinvolti, cioè a dire con la sfera dell'effetto programmato dall'autore” ⁽¹⁹²⁾.

Tanto premesso, ne deriva che i rapporti tra causa e funzione non si collocano nel senso di necessaria implicazione reciproca, poiché la valutazione funzionale può venire in questione ai fini della determinazione del profilo causale soltanto nel caso in cui quest'ultimo risulti oscuro. Ed infatti non è necessaria la valutazione concreta degli interessi che il contratto mira a soddisfare ogni qualvolta l'assetto negoziale che emerge dalla struttura risulti chiaro all'interprete.

Da tali assunti si ricava che il tipo è connotato da un duplice modo d'essere sinteticamente espresso nella locuzione “polivalenza funzionale”. Ed infatti da un lato più tipi possono assolvere alla medesima funzione, e, in pari tempo, è altrettanto vero che “taluni tipi, ferma restando la loro connotazione strutturale e senza che ciò comporti alterazione alcuna del profilo causale, manifestino un intrinseca polivalenza funzionale” ⁽¹⁹³⁾.

Orbene, la polivalenza funzionale che la struttura contrattuale è in grado di offrire, implica per ciò stesso la necessità del controllo dell'atto in termini

¹⁹⁰ GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia cit.*, p. 56 e ss.

¹⁹¹ GRISI, *Il deposito cit.*, p. 58.

¹⁹² GRISI, *Il deposito cit.*, p. 59.

¹⁹³ GRISI, *Il deposito cit.*, p. 63.

funzionali, in quanto l'ordine giuridico, con l'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., esprime la necessità legale di valutare, almeno in prima battuta, se le parti nell'adozione di quel determinato tipo hanno scelto il giusto strumento per la realizzazione dei loro concreti interessi. E, come si vedrà, anche per altre esigenze.

Da quanto rilevato, l'assunto di partenza dell'applicabilità anche al contratto tipico del sindacato di meritevolezza assume, a questo punto dell'indagine, contorni più nitidi ⁽¹⁹⁴⁾.

Ed infatti, la locuzione “contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare” non coincide con l'istituto del contratto atipico poiché, secondo la lettura che attualmente deve attribuirsi all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., la suddetta locuzione, seppur comprendente le ipotesi di atipicità contrattuale, non esaurisce a quelle la sua portata dispositiva.

Invero, in quali casi il contratto concreto è difforme al tipo? Si potrebbe rispondere che ciò avviene quante volte anche uno degli elementi essenziali o accidentali risulti difforme allo schema previsto dal legislatore. Gli elementi essenziali più sensibili al problema sono, all'evidenza, l'oggetto e la causa, dato che sia l'accordo che la forma risultano incolore, o sussistono oppure difettano, *tertium non datur* nell'ambito normativo di liceità.

Ma se la divergenza tra oggetto e causa concreta e quelli legalmente previsti implicano l'obbligo del giudizio di meritevolezza, può, in pari tempo, affermarsi che il giudizio di meritevolezza è dovuto in ogni contratto. Ciò perché dovendosi apprezzare la causa in termini concreti -e discorso analogo vale, *naturaliter* per l'oggetto- costituiscono esempi di scuola i casi di perfetta coincidenza tra elemento essenziale legalmente descritto ed elemento concreto divisato dalle parti.

Invero, se la causa è concreta, assumono valenza di elementi essenziali non solo quei requisiti che coincidono con lo schema tipico, ma anche tutti gli

¹⁹⁴ A conforto della tesi si pone poi anche la recente elaborazione giurisprudenziale in tema di causa del contratto che ha rappresentato il momento di emancipazione del concetto dalla sua interpretazione in termini meramente astratti (v. Cass. 8 maggio 2006, n. 10490). Nei successivi sviluppi (Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26973) l'impostazione curiale ha sancito che la causa concreta del negozio deve intendersi “come sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare al di là del modello anche tipico adoperato; sintesi e, dunque, ragione concreta della dinamica contrattuale”.

altri elementi concreti che colorano l'assetto di interessi -diversi dai motivi soggettivi- che le parti intendono attuare ⁽¹⁹⁵⁾. Ne consegue che anche in relazione al contratto tipico non sarà legittimo sostenere che il giudizio di meritevolezza non è ivi applicabile; ed infatti l'oggetto della valutazione causale concreta è più ampio della fattispecie tipica, per cui non è sufficiente l'attività di qualificazione del contratto, ma occorre proprio la valutazione di meritevolezza.

Indagine distinta è poi quella in ordine alle differenze specifiche che connotano tale sindacato quante volte lo stesso sia esercitato nell'ambito del contratto tipico. In tal caso, come andremo osservando, è configurabile una valutazione di utilità più che meritevolezza.

Anche in relazione al contratto tipico, dunque, siffatto giudizio sarà ben lungi dall'assumere la veste di mero sindacato di conformità alla fattispecie, ma viceversa conterrà, come nelle ipotesi comuni, una intrinseca componente valutativa derivante dalla natura causale che lo caratterizza.

Si badi bene che le formulate considerazioni non confondono il profilo fenomenologico con quello assiologico come potrebbe apparire dall'aver attribuito rilevanza costitutiva a fenomeni concreti, ma viceversa tali deduzioni costituiscono *sic et simpliciter* i riflessi sistematici diffusi da una lettura emancipata del fenomeno causale.

Del resto appartiene al medesimo fenomeno di teorizzazione per sussunzione anche la creazione, da parte dell'elaborazione scientifica, delle figure del contratto misto e complesso ⁽¹⁹⁶⁾. Come noto tali istituti sono tutti volti a risolvere, o meglio ad agevolare, la soluzione del comune problema della qualificazione giuridica mediante la creazione di una *factio*

¹⁹⁵ FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 371.

¹⁹⁶ In argomento si veda FERRI(*Causa e tipo cit.*, p. 402) secondo cui in tali ipotesi vengono in questione soltanto profili disciplinari. Diversamente nel caso collegamento negoziale, volontario oppure legale, i singoli contratti mantengono la loro autonomia atomistica per cui, in relazione agli stessi, saranno individuabili distinti interessi e funzioni. Sul punto merita pregio la conclusione tratta dalla dottrina in discorso (*op. cit.*, p. 404) secondo cui anche nel caso di collegamento negoziale la valutazione causale dovrà investire l'intera operazione atteso che "questi fenomeni di collegamento [...] non assumono un autonomo rilievo rispetto al problema della causa". Per una diversa opinione è posto in dubbio il ruolo disciplinare dell'operazione economica tradizionalmente attribuito alla causa contrattuale in considerazione del fatto che la nozione di elemento risulterebbe "tanto tormentata da esasperazioni ed equivoci concettuali e da promiscuità terminologiche (A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 189).

iuris a base fenomenologica cui ascrivere la disciplina prevalente o più aspetti disciplinari quanti sono i lati della costruzione negoziale ⁽¹⁹⁷⁾.

Conclusivamente può affermarsi che sia in relazione al contratto tipico ed atipico, che con riguardo ai casi di complessità negoziale, l'oggetto della valutazione di meritevolezza è la complessiva operazione economica ⁽¹⁹⁸⁾ così come emergente dalla struttura divisata dalle parti.

Su tale struttura, laddove non emerga in modo chiaro l'interesse concretamente perseguito, dovrà effettuarsi il controllo di razionalità tra gli scopi perseguiti ed oggettivati *in contractu* e le capacità realizzatorie del medesimo e ciò perché, lo si ribadisce, gli elementi di divergenza rispetto alla disciplina tipica concorrono a costituire l'interesse contrattualmente dedotto come tradotto nella complessa operazione contrattuale, rispetto alla quale dovrà valutarsi la meritevolezza.

Anche laddove, singolarmente, sussistesse perfetta coincidenza tra tipo astratto e concreto, pur non essendo necessaria la valutazione dell'utilità dello schema negoziale, occorrerà comunque valutare la meritevolezza dell'interesse che dovrà negarsi quante volte tra quest'ultimo ed il tipo prescelto non possa sussistere continuità in termini di capacità di funzionamento del contratto.

Si osserva infine che, a livello sistematico, la valutazione di tipo funzionale si rende necessaria ai fini dell'integrità ordinamentale, che sarebbe altrimenti

¹⁹⁷ In tal senso v. GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 813 il quale rileva che alle ipotesi di atipicità, l'elaborazione anche curiale ha reagito mediante la costante tendenza all'ascrivere tali ipotesi ad altre ipotesi tipiche considerato che "per un verso o per un altro, gli assetti privati riecheggiano necessariamente i tipi legali ed anzi da essi in qualche modo discendono con varianti e collegamenti dettati dalle necessità di mercato". V anche RESCIGNO, *Operazioni commerciali in cerca del 'tipo' contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 4, spec. p. 1339.

¹⁹⁸ Concettualmente, l'operazione economica rappresenta l'espressione della funzione dell'atto identificando "una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di privata autonomia" (GABRIELLI, *Diritto privato, 2. Obbligazioni e contratti*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 374, più recentemente v. ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, pp.93 e ss.. In ordine ai rapporti tra operazione e contratto, la dottrina ha brillantemente precisato che l'operazione "non trova lo strumento esclusivo nel contratto; lo stesso contratto, d'altro lato, non esprime sempre l'affare nella sua totalità. Non solo può avvenire che alcuni soltanto degli interessi in gioco abbiano assetto pattizio, ma può anche darsi che alla realtà sociale dell'accordo non faccia riscontro il fenomeno giuridico del contratto: donde il diverso congegno" BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale cit.*, p. 222.

compromessa dalla divergenza di previsioni dispositive portate dal concreto regolamento di interessi rispetto al tipo legale.

7.1. Segue. Recenti tesi strutturali. Critica.

Alla luce di quanto rilevato non riesce a convincere la diversa impostazione ⁽¹⁹⁹⁾ in base alla quale struttura e funzione sarebbero concetti non comunicanti fra loro in quanto ascrivibili ai diversi istituti di illiceità ed illegalità.

Invero, per la suddetta tesi mediante la sanzione dell'illiceità il legislatore avrebbe inteso stigmatizzare il contratto per il perseguimento mediante lo stesso di un disvalore, mentre l'illegalità si tradurrebbe in una "valutazione limitativa di non conformità" ⁽²⁰⁰⁾. Ne consegue che mentre l'illiceità è vizio funzionale -poiché con essa il legislatore reagisce negativamente nei confronti della stipulazione ma, a livello strutturale, la fattispecie negoziale è comunque integrata ⁽²⁰¹⁾- la valutazione di illegalità è volta invece a vagliare la completezza della fattispecie negoziale.

Come ha infatti osservato autorevole dottrina ⁽²⁰²⁾ mentre l'atto illegale è nullo "per un difetto di requisito", l'atto illecito è altresì "nullo non perché difforme dal modello, ma perché contrario ad un divieto". In tale logica, i rapporti tra vizio funzionale e vizio strutturale si risolverebbero in ciò, che l'operatività del primo è estranea alla struttura negoziale, con la conseguenza che "un vizio funzionale non rende giammai strutturalmente incompleto un atto" ⁽²⁰³⁾.

In ordine alla gravità del vizio, la presente dottrina osserva poi che l'illegalità è, di regola, meno grave dell'illiceità, ancorché sussistano alcuni casi in cui vale la regola inversa come per esempio nel caso di disposizione testamentaria manchevole della firma del testatore, che, ai sensi dell'art. 606

¹⁹⁹ G. PERLINGIERI, *Negozi illecito e negozio illegale cit.*, p. 12; ID., *Atti dispositivi nulli e acquisto dell'eredità: contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, Esi, 2002, p. 245 e ss.; ID., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Sec. Ed., Napoli, Esi, 2011, p. 47 e ss.

²⁰⁰ G. PERLINGIERI, *Negozi cit.*, p. 13.

²⁰¹ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 964.

²⁰² IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in Contr. Impr., 1985, p. 548.

²⁰³ G. PERLINGIERI, *Negozi cit.*, p. 41 e 45.

Cod. Civ. è in ogni caso nulla ancorchè la volontà del testatore non sia, per effetto di quel vizio, inficiata ⁽²⁰⁴⁾.

Come si premetteva l'impostazione in commento non convince per almeno un duplice ordine di ragioni. In primo luogo si osserva che, a seguito della configurazione concreta della causa, anche la valutazione di completezza della fattispecie negoziale deve avvenire in concreto mediante una valutazione che, come si è rilevato ⁽²⁰⁵⁾, assume anche tratti di funzionalità. Del resto, concepire la completezza di fattispecie in termini avalutativi significherebbe attribuire una valenza meramente astratta agli stessi.

In secondo luogo e conseguentemente, non convince la valutazione funzionale declinata nei soli termini negativi *sub specie* di illiceità, in tal guisa riproponendosi quell'*interpretatio abrogans* del giudizio di meritevolezza così come del giudizio di sussistenza causale, che, per le ragioni, più volte sollevate si è inteso rifiutare.

8. Implicazioni sistematiche della impostazione funzionale razionalizzata.

Prima di esaminare le conseguenze sulla valutazione di utilità contrattuale che derivano dall'adesione all'impostazione funzionale razionalizzata, occorre meglio chiarire taluni punti di carattere generale.

In primo luogo quello della natura funzionale della causa contrattuale. Tale assunto, acquisito nei passaggi sopra svolti, potrebbe esser posto in dubbio – più che dalle correnti a-funzionali- proprio dalla stessa tesi della causa in concreto.

Ed invero, la contraddizione corrente tra la funzione economico individuale e la sua valutazione della causa secondo i (meri) canoni della liceità, potrebbe implicare l'apprezzamento di tale requisito in termini prettamente strutturali, giusta i criteri di cui all'art. 1325 Cod. Civ..

Ma così non è. La tesi di Ferri, seppur troncata nel suo punto cruciale, non manca di precisare che la valutazione di meritevolezza deve condursi dalla parte del negozio giuridico e non già dalla quella dell'ordinamento. Ne

²⁰⁴ G. PERLINGIERI, *Negozio cit.*, p. 38.

²⁰⁵ V par. 7 del presente capitolo.

consegue che il sindacato funzionale deve essere condotto in termini endonegoziali ⁽²⁰⁶⁾. *Ergo* la suddetta valutazione, in quanto non astratta rispetto all'elemento essenziale della causa, non risulta contaminata dall'ascrizione del giudizio a parametri esterni al negozio.

Le suddette conclusioni non risultano peraltro inficiate dalle tradizionali obiezioni mosse alle impostazioni funzionali; tali correnti, invero, hanno mirato, da un lato, al diverso obiettivo di rintuzzare i rigurgiti anticausalisti delle tesi funzionali pure e, dall'altro, sono state concepite al fine di devitare lo spettro della cd. funzionalizzazione ⁽²⁰⁷⁾.

In relazione al primo profilo può anticiparsi che le attuali impostazioni intorno all'anticausalismo non sono basate su ragioni teoriche e, significativamente, su costruzioni concettuali, ma derivano essenzialmente da ragioni di politica del diritto, ed in particolare per spinta comunitaria in ordine alla valorizzazione dell'esigenze di mercato ⁽²⁰⁸⁾. Da tanto consegue che, ad oggi, non sono necessarie controspinte teoriche per rintuzzare il fenomeno dell'anticausalismo.

In relazione al secondo profilo, deve sottolinearsi, come già peraltro accennato nel precedente capitolo ⁽²⁰⁹⁾, la diversità terminologica e, quindi, concettuale tra “funzione” e “funzionalizzazione”. Invero, mentre quest'ultima è costituita dall'inserimento nella struttura e nella disciplina contrattuale di interessi estranei rispetto alle sfera delle parti, viceversa la funzione indica la capacità di funzionamento dell'atto.

Ne risulta quindi sterilizzato ogni e qualsiasi problema in ordine a presunte attuali conversioni eteronegoziali della struttura dettate dalla mera ideologia. Come si anticipava ⁽²¹⁰⁾, il criterio di valutazione del contratto secondo funzione deve sciolto dal parametro “economico” così come concepito della tesi del Ferri e ciò stante la pericolosità del riferimento, potendo dallo stesso conseguire l'accertamento della capacità di funzionamento del

²⁰⁶ FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 364-365.

²⁰⁷ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 210.

²⁰⁸ NAVARRETTA, *Europa cum causa*, in *Diritto Comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli orientamenti*, Napoli, ESI, 2010, pp. 323-341

²⁰⁹ V. Cap. I, par. 5

²¹⁰ V. par. 7 del presente capitolo.

contratto secondo le logiche del mercato, invece che dal suo interno ⁽²¹¹⁾. Ne potrebbe infatti conseguire la creazione di un falso accertamento del requisito che, in realtà, ben potrebbe celare un marcato anticausalismo.

In secondo luogo, il rinvio al carattere economico della funzione prova troppo. Ed infatti, riconducendo a sistema le norme definitorie dell'interesse necessario *ad validitatem*, da nessuna parte l'ordine giuridico richiede anche la sussistenza di una connotazione economica di quest'ultimo. Si pensi infatti all'art. 1174 Cod. Civ., secondo cui l'interesse può essere patrimoniale o non patrimoniale, e non già economico; parimenti l'art. 1379 Cod. Civ. richiede che l'interesse ai fini della validità del divieto di alienare debba essere "apprezzabile" e ciò non può tradursi *sic et simpliciter* in una sua connotazione economica, ben potendo l'apprezzabilità dell'interesse esser accertata in termini non patrimoniali.

In conclusione, intendere la causa nel senso di funzione senza nessuna ulteriore accezione, ma come pura capacità di funzionamento dell'atto di privata autonomia, costituisce un assunto tale da garantire proprio la dovuta e prioritaria considerazione dei profili strutturali emergenti dalle maglie dell'atto valutando.

In tal modo è possibile altresì conciliare il giudizio con il carattere anche strutturale della causa diretto com'è alla valutazione di completezza della fattispecie nonché degli interessi che emergono dall'architettura dell'atto ⁽²¹²⁾.

In ordine alle fasi del giudizio, l'analisi strutturale si pone come valutazione prioritaria rispetto allo stesso sindacato funzionale che viceversa assume rilevanza successiva ed eventuale quante volte la struttura contrattuale non sia in grado di lasciar trasparire l'utilità propria dello schema perseguito.

In tale contesto il criterio della polivalenza funzionale del tipo ⁽²¹³⁾ funge da valido parametro orientativo dell'analisi sul concreto interesse in quanto attraverso lo stesso è consentito superare quella *gravitas* propria degli

²¹¹ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 234.

²¹² GRISI, *Il deposito cit.*, p. 58.

²¹³ GRISI, *Ibidem*.

“schemi legali oggettivati”⁽²¹⁴⁾. Tuttavia il sindacato che deriva dal principio in discorso deve essere implementato dei criteri attraverso cui valutare l'utilità contrattuale.

Ed infatti se contratto tipico significa “contratto che rientra in una figura che ha una disciplina legale particolare”⁽²¹⁵⁾ e non già contratto con funzione tipica, ne consegue che la disciplina dettata da quel tipo funge da mero criterio di primo apprezzamento dell' utilità dello schema creato, al quale dovrà poi seguire necessariamente l'analisi in termini concreti. Invero, come rilevato dalla dottrina⁽²¹⁶⁾, la disciplina del tipo è astrattamente idonea a sorreggere plurimi schemi negoziali che assolvono la stessa funzione, ovvero la stessa costituisce lo schema unitario in grado di svolgere plurime funzionalità.

L'assunto risulta ancor più evidente spostandosi nell'ambito del contratto atipico laddove l'assenza del tipo connota maggiormente l'esigenza di un fondo minimale di disciplina inderogabile che deve comunque caratterizzare l'adozione di quel determinato schema ontologico⁽²¹⁷⁾. In tale contesto l'iniezione disciplinare deriva, come si è *supra* osservato⁽²¹⁸⁾, dall'adozione di una determinata struttura e dal perseguimento di determinati interessi. Orbene, il suddetto contenuto necessario non assumerà rilevanza decisiva ai fini della valutazione dell'utilità concreta del negozio, poiché al pari del tipo, lo stesso conserva una valenza non peculiare, mentre l'interesse la cui utilità deve esser valutata è esclusivamente quello concretamente perseguito dalle parti. Discorso non dissimile vale, come si vedrà *infra*⁽²¹⁹⁾, in relazione alla violazione, tramite lo strumento negoziale, della normativa tributaria antielusiva.

Da quanto rilevato in ordine al ruolo del principio di “polivalenza funzionale” nella valutazione contrattuale, consegue che l'aspetto di maggiore funzionalità si manifesta nel momento in cui una volta ricavato

²¹⁴ GRISI, *Il deposito cit.*, p. 64.

²¹⁵ GRISI, *Il deposito cit.*, p. 61, nt. 136; DE NOVA, *Il tipo contrattuale cit.*, p. 137.

²¹⁶ GRISI, *Il deposito cit.*, p. 63.

²¹⁷ GENTILI, *Metodo e merito cit.*, p. 247.

²¹⁸ GENTILI, *Ibidem*.

²¹⁹ V. par. 10 del presente capitolo.

dalla struttura l'interesse contrattualmente perseguito, si apre il momento della valutazione della capacità di funzionamento dello schema negoziale. Intuitivamente, tale giudizio è diverso da quello di liceità, poiché non è volto all'indagine dell'ammissibilità dell'interesse quanto piuttosto la sua sussistenza concreta.

Rinviando sul punto al paragrafo successivo, conclusivamente si osserva che dall'adesione alla nozione di funzione nel senso precisato, consegue che la causa rappresenta, da un lato, "la connessione intrinseca tra gli interessi e l'autoregolamento predisposto e, dall'altro, l'idoneità del contratto a funzionare rispetto agli interessi perseguiti ed oggettivamente programmati dalle parti" ⁽²²⁰⁾.

La *ratio* alla base della proposta impostazione funzionale della causa sta in esigenze di adeguata distribuzione del rischio di mancato funzionamento dello schema contrattuale, nel senso che l'interesse perseguito debba presentare un minimo di attitudine realizzatoria ⁽²²¹⁾. In tal senso, la causa è lo strumento atto alla ragionevole distribuzione del rischio tra le parti da mancato funzionamento del contratto ed in ciò la tesi segna il superamento degli egoismi della *cause suffisante* nonché dell'istituto anglosassone della *consideration*.

In aggiunta alla suddetta funzione, l'istituto in parola, attende altresì all'adeguato bilanciamento tra la tutela dei contraenti rispetto all'affidamento dei terzi a vario titolo collegati con la sfera economica e giuridica delle prime ⁽²²²⁾.

9. Contratto inutile: prime considerazioni

La logica funzionale razionalizzata che abbiamo adottato come criterio di lettura dell'utilità negoziale postula, come si è visto, la necessità del prioritario esame della struttura negoziale creata dalle parti e ciò ai fini sia dell'esame della capacità di concreto funzionamento del contratto che ai fini

²²⁰ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 212; CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, Riv. dir. civ., 1999, p. 234.

²²¹ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 235.

²²² NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 237.

della valutazione della consistenza dell'interesse contrattualmente dedotto. Si è anche visto che l'analisi in discorso si stacca dalla struttura per assumere tratti marcatamente funzionali qualora la prima non sia in grado di svelare la reale consistenza dell'interesse.

L'indagine volta ad appurare la concreta utilità negoziale si appalesa ancor più necessaria in considerazione sia della natura "regolare" del contratto atipico, che in virtù della normale polivalenza funzionale del tipo contrattuale con la conseguenza che la struttura può assumere, così come normalmente assume, un'efficacia indiziaria in ordine alla sussistenza di un interesse utile.

Nel dominio della tesi astratta della causa, tale problema non si poneva atteso che l'interesse oggettivo era già riassunto dal tipo. Tanto aveva concluso peraltro parte della dottrina con riguardo all'art. 1418 comma 2 Cod. Civ. ⁽²²³⁾.

Ed infatti, a differenza del giudizio in ordine alla sussistenza degli altri elementi essenziali del contratto, laddove l'interprete compie un giudizio meramente percettivo, quello della causa presenta carattere spiccatamente valutativo.

In ciò risiede la chiave di tutto il ragionamento. Tale circostanza spiega altresì la ragioni della limitazione del controllo alla sola liceità come strenuamente affermato dall'impostazione maggioritaria. Invero, non si tratta, com'è intuitivo, di ragioni scientifiche bensì puramente ideologiche e di segno schiettamente liberale: evitare che l'interprete e, significativamente il giudice, possa sindacare la struttura e le modalità di funzionamento del contratto ancorchè tale giudizio sia svolto in ragione di tutela delle parti, piuttosto che in ossequio ad interessi di carattere generale.

Quindi l'esistenza della causa va appurata mediante non una semplice percezione documentale o naturalistica, ma attraverso un giudizio normativo connotato da rilevanti peculiarità che sono idonee a distinguerlo dal giudizio in ordine all'oggetto ⁽²²⁴⁾.

²²³ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 810.

²²⁴ BIANCA, *Diritto civile cit.*, p. 315.

Invero, anche quest'ultima forma di sindacato può presentare dei profili normativi, si pensi a tutti i casi in cui oggetto del contratto sia un bene ovvero una prestazione da valutare nella sua liceità o possibilità, ma è pur vero che il sindacato sull'esistenza della causa, nella logica funzionale razionalizzata da noi preferita, presenta una valutazione di tipo normativo circa l'esistenza giuridica dell'interesse negoziale e non nella sua consistenza meramente fenomenologica.

Sempre a livello generale, un altro rilevante problema che si pone sta in ciò, come può in un contratto mancare la causa in concreto? Bisognerebbe affermare che se una situazione del genere fosse possibile, allora sarebbe forse più appropriato parlare di mancanza di giuridicità del vincolo piuttosto che di causa, la quale, proprio perché espressiva dei concreti interessi, non dovrebbe mai mancare. Ed infatti ove sussistesse l'interesse concreto, dovrebbe negarsi la giuridicità alle sole stipulazioni connotate da intento giuridico negativo come nei casi di *ioci vel docendi causa*.

Dovrebbe allora concludersi che, non potendo mai mancare la causa del contratto in senso concreto, l'art. 1418 comma 2 cod. civ. avrebbe *in parte qua* espresso un principio destinato ad essere superato con l'abbandono della tesi astratta della causa.

L'opinione non pare però convincere. In primo luogo perché, ancora una volta, l'interprete non può per via ermeneutica disattendere il contenuto di legge se non nei casi di incostituzionalità della stessa ovvero di contrarietà al diritto comunitario. In secondo luogo perché, ancora una volta, occorre non confondere l'aspetto fenomenologico degli interessi privati da quello assiologico.

Infatti se gli stessi caratterizzano ogni contrattazione, non è parimenti vero che tutti gli interessi delle parti possono assurgere a causa concreta del contratto. In primo luogo perché la categoria dei meri motivi contrattuali non è stata inficiata dalla impostazione concreta della causa; ne consegue che alcune ragioni che hanno determinato la stipula restano estranee al tessuto causale in quanto non si calano nell'intreccio relazionale dell'operazione condotta dalle parti.

In secondo luogo poiché se è vero che il motivo esteriorizzato dalle parti ⁽²²⁵⁾ ben può integrare la causa concreta, può accadere che lo stesso vi resti al di fuori. Il che può avvenire tutte le volte in cui il motivo non incida sul contenuto utile del contratto, ma si ponga in una posizione ancillare rispetto al primo. Da ciò consegue che la sussistenza di un interesse concreto che ispira le parti non è, per ciò stesso, sicuro indice di sussistenza della causa contrattuale.

Diversamente dalle conclusioni rassegnate da Ferri, non è sufficiente la mera presenza fenomenologica di un interesse concreto poiché, come si è rilevato, la causa del contratto è elemento intrinsecamente valutativo.

Ne consegue che la mancanza di causa in concreto non delinea tanto l'ipotesi in cui non sussista nessuna tensione verso nessun bene della vita, ma anche e soprattutto il caso in cui l'interesse dedotto -in ragione della sua inidoneità ad assurgere a modello concreto di regolazione giuridica- venga ritenuto dall'ordinamento *tamquam non esset* e dunque dallo stesso respinto.

Più generalmente può osservarsi che la necessità di valutazione in ordine alla utilità deriva dalla stessa nozione giuridica di contratto. Quest'ultimo, infatti, come istituto giuridico, appartiene al mondo del dover essere. Si tratta di fenomeno normativo non naturale, creato per rispondere a precise esigenze della vita sociale; già nell'articolo 1321 Cod., Civ. se ne intravede il suo carattere intrinsecamente funzionale volto cioè alla creazione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale. L'art. 1325 Cod. Civ. ne elenca i requisiti di fattispecie ⁽²²⁶⁾. La nozione che emerge dall'intreccio delle due norme ⁽²²⁷⁾ oscilla tra finalità ed elementi costitutivi.

Il fatto che la funzione sia topograficamente anteposta alla struttura lascia

²²⁵ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 831.

²²⁶ Per la storica critica degli elementi essenziali del contratto, v. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 1943, p. 54 e ss.. Dall'analisi della Relazione al Codice Civile (n° 602), emergono le ragioni di una tale bipartizione normativa. La necessità dell'art. 1321 Cod. Civ. sta, in primo luogo, nella intenzione del legislatore del 1942 di esprimere una netta cesura rispetto alla omnicomprensiva categoria del negozio giuridico, tanto da dare una precisa definizione di contratto in luogo di quella di negozio. In secondo luogo si poneva come necessaria la norma dell'art. 1321 Cod. Civ., rispetto ai requisiti di fattispecie espressi dall'art. 1325 Cod. Civ., per affermare la delimitazione dell'area del contratto al solo rapporto giuridico di carattere patrimoniale

²²⁷ Nonché, per quanto attiene al contratto atipico, dall'art. 1322 comma 2 Cod. Civ..

intendere che, nell'intenzione del legislatore del 1942, il primo aspetto prevalesse sul secondo. Del resto la previsione di meri elementi costitutivi di un istituto non avrebbe senso se non relazionata ad un risultato. A sua volta, come si è *supra* osservato, gli elementi di fattispecie sono stati interpretati anch'essi in chiave funzionale ⁽²²⁸⁾.

Da queste considerazioni emerge come la nozione stessa, verrebbe da dire ontologica, di contratto, prima di vestire i panni un determinato tipo, legale o sociale che sia, deve presentare un'utilità. Tanto è richiesto dallo stesso art. 1321 Cod. Civ. e tanto emerge altresì dal riferimento esclusivo, operato dalla norma, al rapporto giuridico patrimoniale che le parti possono creare, modificare ovvero estinguere fra loro ⁽²²⁹⁾.

Questo è il primo postulato della utilità negoziale a valle del quale si pongono sia il giudizio sulla causa che quello sul tipo. Ecco perché l'art. 1321 Cod. Civ. esprime il *quid pluris* valutativo ("per costituire, regolare o estinguere") rispetto allo stesso art. 1174 del Cod. Civ. Tale ultima norma, infatti, nel definire gli elementi indefettibili della obbligazione civile, prevede la patrimonialità della prestazione e l'interesse del creditore al conseguimento della utilità derivante dallo sforzo fattivo del debitore.

In altri termini, con l'art. 1174 Cod. Civ. si vuol esprimere che per aversi obbligazione occorrono i predetti elementi concorrenti, ma ciò con riferimento a qualsiasi obbligazione e dunque anche quelle di natura non contrattuale. In secondo luogo l'oggetto dell'interesse creditorio è ben diverso e non pienamente coincidente con quello contrattuale, atteso che il primo pur rappresentando la tensione di un soggetto verso un bene della vita atto a soddisfare esigenze (del creditore), prescinde dal momento della contrattazione, attenendo piuttosto alla fase esecutiva del contratto.

²²⁸ CRISCUOLO, *Autonomia negoziale cit.*, p. 160 e ss.

²²⁹ La stessa progressione delle disposizioni codicistiche testimonia la presenza di un duplice movimento della nozione di contratto. Infatti, dapprima il legislatore esplicita a cosa serve il contratto (art. 1321 Cod. Civ.), i suoi modi d'essere (art. 1322 comma 2 Cod. Civ.), la legge regolatrice dello stesso (art. 1323 Cod. Civ.), la differenza rispetto agli atti unilaterali (art. 1324 Cod. Civ.). Esaurita questa fase di carattere sistematico, con l'art. 1325 Cod. Civ. il legislatore entra nella disciplina della fattispecie.

10. Contratto inutile. Elementi costitutivi.

Dalle osservazioni finora svolte, il lettore avrà verosimilmente colto che dalle maglie degli istituti della causa negoziale nonchè del giudizio di meritevolezza, oltre all'aspetto immediatamente precettivo, emerge altresì la necessità giuridica dell'accertamento dell'utilità in relazione ad ogni contratto, tipico o atipico che sia.

In altri termini, gli istituti in discorso costituiscono la base per la configurazione dell'istituto del contratto inutile quale autonoma ipotesi di invalidità negoziale volta ad assicurare che l'attribuzione di forza giuridica alla contrattazione non risulti concretamente inutile avuto riguardo agli interessi delle parti dedotti in contratto e, soprattutto, in modo del tutto indipendente dalla sussistenza fenomenologica del concreto interesse.

Come si è abbondantemente osservato, la tesi concreta conclude i propri assunti esprimendo che integrano la nozione di causa tutte quelle ragioni pratiche concrete che oggettivamente hanno caratterizzato la stipulazione, valutate secondo un parametro di pura liceità. Quindi la sussistenza del concreto e lecito interesse, qualsiasi esso sia, è indice di sicura validità negoziale *in parte qua*.

Ma l'attuale stato dell'arte è diversamente caratterizzato!

Del resto l'apprezzamento in termini fenomenologici e non assiologici della sussistenza della causa non potrebbe convincere. In particolare, come si è osservato nel precedente paragrafo, l'assunto non è persuasivo poiché dallo stesso conseguirebbe una valutazione meramente percettiva dell'elemento che contrasterebbe con la sua natura intrinsecamente valutativa, così sfociando verosimilmente in un illegittimo anticausalismo.

Occorre allora recuperare e valorizzare gli assunti portati dalle più recenti impostazioni curiali che, sancendo l'insussistenza dell'interesse concreto in casi in cui questo viceversa ampiamente sussisteva sul piano fenomenologico, hanno attribuito alla materia rinnovati lumi.

Si pensi alla casistica in materia di abuso tributario ⁽²³⁰⁾ ed in particolare al

²³⁰ G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario*, Napoli, ESI, 2012; V. P. MONTEFORTE, *Violazione tributarie e validità del contratto*, Notariato, 2009, 2, 189 – 195; ID., *L'abuso nei documenti di prassi delle figure del negozio complesso e del negozio collegato*,

caso deciso da Cass. sez. Trib. 21 ottobre 2005, n° 20398. In tale fattispecie si era data un'operazione di cd. *dividend washing*, consistente cioè nell'acquisto di azioni da parte di una società da un fondo comune di investimento a seguito della delibera di distribuzione dei dividendi da parte della s.p.a. emittente. Il giorno seguente, le suddette azioni vennero rivendute allo stesso fondo comune di investimento staccate del dividendo. L'operazione consentì alle parti di lucrare il vantaggio fiscale derivante dalla più favorevole tassazione riservata ai possessori di azioni diversi dai fondi d'investimento. Vista nel suo complesso, l'operazione configurò un collegamento negoziale che, sfruttando il fattore temporale, permise alle parti di guadagnare un'imposizione fiscale peggiore.

Orbene, tale schema contrattuale, o meglio tale operazione, non avrebbe potuto, ad avviso della Cassazione, esser direttamente censurata in punto di illiceità in quanto l'interesse dedotto non ebbe a violare in modo diretto i parametri di legittimità posti dall'art. 1343 Cod. Civ..

Viceversa tale operazione è stata ritenuta nulla per difetto di causa assumendo che da quei negozi collegati “non consegue per le parti alcun vantaggio economico all'infuori del risparmio fiscale” (Cass. 20398 cit. par. 3.5.).

Orbene, in tal caso è fuor di dubbio che sussista un interesse concreto e lecito consistente, come si è visto, nel conseguimento di un vantaggio fiscale. Ma tale concreta finalità è stata ritenuta dal giudice di legittimità come non deducibile in contratto; in buona sostanza, la creazione di un contratto per quella mera finalità è stata ritenuta inutile e non già, si badi bene, alla luce di interessi primari, ma proprio in ragione del fatto che le parti non avrebbero conseguito alcun altro vantaggio oltre al mero risparmio fiscale.

Il che val quanto dire che il suddetto interesse non può sorreggere la creazione di un apposito contratto, con la conseguenza che il risparmio fiscale costituisce al più o un mero motivo soggettivo, ovvero un interesse

Notariato, 2010, 3, 336 – 343; S. ROMANO, *La pretesa nullità di negozi elusivi di norme fiscali*, I contratti, 2008, 12, 1162 – 1172; ID., *Risparmio fiscale in violazione del divieto costituzionale di abuso del diritto*, I contratti, 2009, 8 -9, 843 – 849;

concreto di carattere subalterno rispetto agli altri criteri.

Com'è evidente, anche le più moderne impostazioni in ordine alla causa negoziale ed, in particolare, la tesi di Navarretta ⁽²³¹⁾ sulla capacità di funzionamento dell'atto non considerano anche questi rinnovati profili.

E' lecito dunque desumere, in questa sede preliminare, che sussista una valutazione diversa rispetto al giudizio sulla causa ed altresì al sindacato di meritevolezza; tale sindacato si pone su un piano diverso ed ulteriore che, a ben vedere, costituisce un'originale inversione del metodo ermeneutico del contratto.

Ed infatti, il ragionamento svolto nella citata sentenza, non mira alla ricerca l'interesse concreto per valutarlo anche nelle sue concrete capacità di funzionamento, ma viceversa muove dalla sussistenza dello stesso per valutarne l'ammissibilità.

Tali considerazioni confermano l'assunto secondo cui la presenza dell'interesse concreto non è sufficiente ai fini della validità del contratto e ciò in modo del tutto indipendente dalla valutazione in ordine alle concrete capacità di funzionamento che, nel caso di specie, sarebbero state fuor di dubbio.

La sentenza ha poi cura di precisare che l'ipotesi in parola non potrebbe integrare neanche un caso di contratto in frode alla legge per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo perché, nella giurisprudenza di legittimità ⁽²³²⁾ -sulla scia degli orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ⁽²³³⁾- l'elusione fiscale è sanzionata quale ipotesi abuso del diritto. In secondo luogo perché, come sopra rilevato, l'avvento della impostazione concreta della causa ha comportato la perdita di autonomia del contratto in frode alla legge, risolvendosi lo stesso in un normale giudizio di liceità; questa soluzione è coerentemente esclusa dalla pronuncia che tende ad escludere ragioni di illiceità in luogo di un autentico difetto causale.

²³¹ NAVARRETTA, *Causa e prestazioni isolate cit.*, p. 234 e ss.

²³² V. Cass. 20398 cit. par. 3.3. nonché Cass. Sez. Un. 23 dicembre 2008, n° 30055. Più recentemente v. Cass. Sez. Trib. 19 maggio 2010, n° 12249. Sul punto v. le interessanti considerazioni critiche di questo orientamento svolte da GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Ianus*, I, 2009, pp. 1-22.

²³³ Il *leading case* in materia è costituito dalla sentenza della Grande Sezione 21 febbraio 2006 in causa 255/02 (caso *Halifax*).

Ma vi è di più. Dalla suddetta elaborazione curiale emerge una nuova forma di valutazione del contratto e, significativamente, quella consistente nella graduazione, secondo utilità, degli interessi concreti avuto riguardo all'operazione divisata.

In altri termini, se è vero che non tutti gli interessi dedotti in contratto possono anche costituirne la causa concreta, è parimenti vero che l'estromissione dalla giuridicità di quell'interesse, avviene mediante il procedimento di graduazione, che costituisce l' *ubi consistam* del giudizio di utilità.

L'assunto di base è dato da ciò, che non tutte le tensioni dei privati, per quanto astrattamente in grado di sorreggere la struttura creata, presentano identico valore assiologico.

Vi sono infatti delle tensioni verso beni che non possono essere singolarmente dedotte nella stipulazione, ma che, a causa della loro peregrina inutilità, possono al più assumere una valenza ancillare rispetto ad interessi concretamente utili.

A livello sistematico i predetti assunti comportano un effetto dirompente. In particolare la stessa tesi dell'estensione dell'applicazione anche al contratto tipico del principio di meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. necessita, oggi, di esser rivista ammettendo la configurabilità, accanto al contratto immeritevole, anche del contratto inutile.

La *vis expansiva* del principio di utilità è infatti in grado comprendere in sé ipotesi ulteriori e diverse rispetto a quelle sottese alla valutazione di meritevolezza.

Ed infatti, la collocazione dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. a principio comune di tutti i contratti, ha dato la stura alla creazione dell'autonomo giudizio di utilità che, emancipandosi dalla valutazione delle concrete capacità di funzionamento dell'atto, assume la rilevanza schiettamente valoriale che, per ciò stesso, prescinde dalla mera presenza fattuale di un qualsivoglia interesse.

Sempre a livello sistematico, si osserva inoltre che il criterio della

graduazione costituisce un punto di emersione della logica funzionale razionalizzata da noi adottata; ed invero, la valutazione del concreto interesse si pone quale logico *posterius* dell'analisi della struttura negoziale ed in ciò si distingue anche dalla meritevolezza quale criterio di sola valutazione dell'interesse contrattuale, come tradizionalmente attribuita all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ.

A margine di tali considerazioni si rileva altresì che il criterio di meritevolezza è *nomen iuris* relativo al contratto atipico con la conseguenza che l'interprete non è legittimato alla sua estensione anche all'ambito della tipicità considerato che, pur sussistendo l'*eadem ratio*, manca tuttavia il presupposto della lacuna normativa ai fini del ragionamento analogico. Ne consegue che, nell'ambito della tipicità, il principio di utilità deriva dal corretto sviluppo della tesi concreta della causa contrattuale.

Ad ogni buon conto, i rapporti tra contratto inutile, contratto immeritevole e contratto difettoso di causa disegnano insiemi intersecanti, la cui intersezione è costituita dal controllo sull'atto di autonomia in ordine alla sussistenza della causa quale ragione pratica dell'affare, mentre, negli aspetti specifici, il contratto inutile è caratterizzato dalla valutazione in termini assiologici e non fenomenologici della sussistenza dell'interesse contrattualmente dedotto secondo le modalità attuative sopra descritte.

Quindi l'istituto in parola lungi dal vestire i panni del concettualismo, muove dagli istituti della mancanza di causa e di meritevolezza degli interessi per ricavarne rinnovati assunti esprimendo una forma di controllo sull'atto sconosciuta sino a tempi recenti.

Entro tale rinnovata logica si pone anche la recente corrente giurisprudenziale in materia di cd. "preliminare di preliminare" ⁽²³⁴⁾. Nella prassi delle compravendite immobiliari concluse per mezzo dell'attività del mediatore accade infatti che l'operazione venga scandita in tre distinti momenti, ovvero che la stipula del contratto preliminare in senso classico venga anticipata da una proposta (normalmente irrevocabile), sottoposta al

²³⁴ CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa se se obligandi?*, in *Notariato*, I, 2010, pp. 42-47; LAPORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in *Notariato*, I, 2010, pp. 48-53.

promissario acquirente dal mediatore, e di regola accompagnata dal versamento di una somma di danaro ⁽²³⁵⁾Al momento della accettazione, il mediatore trasmettendo al promittente venditore la somma ricevuta, si perfeziona una prima intesa di cui l'elaborazione giurisprudenziale ne ha indagata la natura giuridica.

Una prima impostazione, propria della giurisprudenza di merito ⁽²³⁶⁾, ha ammesso la configurabilità dell'ambigua figura del "preliminare di preliminare". Al di là della nomenclatura attribuita in letteratura all'istituto - e qui riportata in via meramente descrittiva- la corte fiorentina non ha qualificato la proposta irrevocabile *de qua* come un contratto preliminare, ma ha soltanto dichiarato l'ammissibilità dell'operazione quale accordo vincolante foriero di un successivo contratto preliminare. Tanto ciò è vero che in un passaggio della sentenza, la corte ha cura di accertare la sussistenza di tutti i requisiti essenziali, anche formali, del successivo contratto preliminare, tuttavia non qualificandolo tale.

Ad esiti interpretativi diametralmente opposti -ma passando attraverso lo stesso percorso argomentativo- perviene, quasi contestualmente, la sezione seconda della corte di Cassazione ⁽²³⁷⁾. La pronuncia dichiara la nullità del contratto per difetto di causa poiché l'obbligazione di una succedanea obbligazione "non è 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" (Cass. 8038 cit.).

Anche l'ipotesi in esame costituisce la conferma degli assunti sopra formulati. Invero, nel caso di doppio preliminare relativo alla medesima operazione, la nullità non deriva tanto dall'incapacità di funzionamento dell'atto, né tantomeno da profili di illiceità della stessa, quanto piuttosto

²³⁵ Quest'ultima è qualificata dalla giurisprudenza quale deposito cauzionale (Cass., 14 aprile 2000, n° 4842).

²³⁶ Trib. Napoli 11 gennaio 1994, in *Dir e giur.* 1996, II, p. 501 e ss. nonché Corte Appello Firenze, sez. II, 12 maggio 2009, in *I contratti*, 11, 2009, p. 988 e ss.

²³⁷ Sentenza 2 aprile 2009, n° 8038 con nota di TOSCHI VESPASIANI, in *I contratti*, 11, 2009, pp. 991-998, nonché di CHIANALE, LAPORTA, in *Notariato*, I, 2010, *cit.*.

per la inutilità concreta della doppia operazione.

Anche in tal caso è indubbiamente presente l'interesse delle parti alla scansione degli atti giuridici in tre momenti se solo si considera che, in tal modo, l'operazione acquisisce immediatamente la veste di serietà giuridica ed, in pari tempo, anche l'agente immobiliare, eventualmente intervenuto, conseguirebbe la prova scritta del suo credito che, seppur derivante da altro titolo, troverebbe comunque nel preliminare il fondamento della sua esigibilità ⁽²³⁸⁾.

Ma nell'interpretazione data al caso, tale interesse non può trovare ammissibilità in quanto le suddette utilità si collocano sul piano del mero fatto, non potendo assurgere all'ambito della giuridicità.

In senso più restrittivo si pone la sentenza del Tribunale di Latina resa nel dì 11 agosto 2008 ⁽²³⁹⁾; nella fattispecie le parti ricorrevano ad un mutuo fondiario non già al fine di erogare la somma mutuata, ma per ristorare i debiti nei confronti della stessa banca mutuante. L'operazione *de qua* è stata ritenuta viziata per mancanza di causa, atteso che la funzione economico individuale del negozio è incompatibile col tipo legale del mutuo e, non sussistendo il requisito dell' *aliquid novi*, non avrebbe potuto neanche essere qualificata quale novazione oggettiva. Analoghi principi sono stati recentemente espressi dal Tribunale di Lecce, con la sentenza del 1 febbraio 2013 intervenuta in ordine ad un contratto di mutuo stipulato esclusivamente al fine di ripianare una preesistente posizione debitoria di conto corrente sostituendola con altra, a scadenza differenziata, munita di una situazione di certezza che il vecchio debito non possedeva a causa di eventuali profili di nullità di clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi e della applicazione di commissioni e spese non pattuite ⁽²⁴⁰⁾.

²³⁸ Peraltro in tal caso neanche sussisterebbe violazione dell'art. 1372 Cod. Civ. in materia degli effetti del contratto, considerato che, rispetto alla figura dell'agente di commercio, l'effetto del contratto *inter alios* sarebbe di tipo indiretto, e, come tale, ammissibile. (v. Cass. 174/1971; GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 945).

²³⁹ La sentenza è pubblicata in I contratti, XII, 2008, p. 1085 con nota di TOSCHI VESPASIANI, FANTECHI, *ivi*, pp. 1088-1091.

²⁴⁰ Tali orientamenti sono stati in parte disattesi dalla recentissima Cass. Civ. 18 aprile 2013, n. 9482 che è intervenuta in relazione ad un caso di mutuo fondiario le cui somme erano

Le citate pronunce presentano profili di interesse poiché sanciscono il principio secondo cui il contratto di mutuo fondiario non presenta profili di polivalenza funzionale, almeno avuto riguardo alla diversa finalità di risanamento di situazioni debitorie. Da tanto si ricava che il predetto canone della polivalenza funzionale costituisce il *prins* del giudizio di utilità il quale deve essere escluso quante volte, indipendentemente dall'interesse dedotto, la struttura del contratto non possa essere piegata verso finalità estranee alla sua morfologia ⁽²⁴¹⁾.

In un'altra pronuncia, la corte di Cassazione ⁽²⁴²⁾ ha coerentemente condotto il giudizio di utilità contrattuale con riguardo al contratto aleatorio. In una fattispecie di contratto di "vitalizio assistenziale" nel quale il beneficiario versava in uno stato di salute di gravità tale da rendere verosimile il decesso dopo breve periodo, si è ritenuto nullo il contratto in quanto mancante di alea -tratto caratterizzante la causa di questa *species* di contratti- qualora il rapporto tra gli oneri gravanti sul vitalizzante sia irragionevolmente sproporzionato rispetto ai beni ceduti dal beneficiario, si da contenere notevolmente il rischio economico per il primo.

La sentenza in parola, lungi dal rappresentare un caso di tutela del promittente da una "ragione assurdamente prevaricante" ⁽²⁴³⁾, esprime il principio secondo cui l'alea negoziale costituisce una componente essenziale al fine della integrazione del giudizio di utilità.

A conferma di tale ultimo assunto si osserva altresì che la richiamata sproporzione tra prestazioni è sanzionata non tanto sotto il profilo

state impiegate all'estinzione di crediti chirografari con conseguente acquisizione, da parte della stessa banca, del beneficio della prelazione ipotecaria. La corte suprema ha sancito che la mancanza della causa tipica del contratto di mutuo fondiario non comporta la nullità del contratto di mutuo, ma solo l'inapplicabilità delle norme speciali dettate in materia ed in particolare, il consolidamento e la non revocabilità dell'ipoteca fondiaria.

²⁴¹ In questo caso non si pone neanche il problema della diversa qualificabilità del negozio come in frode alla legge poiché, nella fattispecie, dal contratto conseguiva la sostituzione del debito chirografari con altri di pari importo assistiti di garanzie reali o personali, dunque costituendo, casomai, il diverso caso di frode ai creditori, astrattamente tutelabile mediante l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 cod. civ.).

²⁴² Cass. Ssez. II, 15 giugno 2009, n° 13869 in Notariato, III, 2010, p. 271, con nota di MALVANO, *ivi*, pp. 274-278. Sulla ammissibilità in genere del contratto di vitalizio alimentare, v. Cass. sez. II, 5 maggio 2010, n° 10859.

²⁴³ V. sul punto BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa*, in MAZZAMUTO, (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 258.

comportamentale -così come avviene diffusamente in altri rami dell'ordinamento (si pensi all'art. 34 del d. lgs. 206/2005)- giusta una regola di responsabilità, bensì sul profilo attizio atteso che la causa di questa particolare specie di contratti deve necessariamente connotarsi per la presenza del rischio.

Ulteriori interessanti spunti derivano dagli accordi di occasione della separazione. In tale settore è ormai da tempo invalsa la pratica della stipulazione di accordi modificativi od integrativi del verbale di omologa, destinati a rimanere estranei al contenuto dello stesso verbale ⁽²⁴⁴⁾. Sul piano temporale tali accordi possono porsi sia anteriormente che successivamente allo stesso atto giudiziale, donde la diversa qualificazione e disciplina delle due distinte ipotesi.

Due sono gli importanti tasselli ricostruttivi che emergono dalla materia. In primo luogo, la diversa qualificazione delle due casi. Invero, le pattuizioni anteriori rispetto al decreto di omologazione e non trasfuse nell'accordo omologato, configurano contratti atipici, aventi presupposti e finalità diversi sia dalle convenzioni matrimoniali che dagli atti di liberalità, nonché autonome anche rispetto al contenuto tipico del regolamento concordato tra i coniugi, e destinato ad acquistare efficacia giuridica soltanto in seguito al provvedimento di omologazione ⁽²⁴⁵⁾.

Diversamente le pattuizioni successive al decreto di omologazione e, si badi bene, aventi anch'esse finalità modificativo-integrativa delle condizioni di separazione, “devono ritenersi valide ed efficaci, a prescindere dall'intervento del giudice ex art. 710 c.p.c., qualora non superino il limite di derogabilità consentito dall'art. 160 Cod. Civ.” ⁽²⁴⁶⁾.

Da quanto evidenziato emerge che il medesimo accordo, se concluso prima della separazione soggiace al giudizio di utilità, mentre se successivo, è valutato soltanto in punto di liceità con riferimento al parametro dell'art. 160 Cod. Civ..

La ragione di tale differente disciplina risiede, a nostro parere, nella valore

²⁴⁴ Sul punto v. diffusamente G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, Giuffrè, 1999.

²⁴⁵ Cass. Civ. Sez. I 8 novembre 2006, n. 23801 in Foro it. 2007, fasc. 4, I, p. 1189 e ss.

²⁴⁶ Cass. Civ. Sez. I 11 giugno 1998, n. 5829, in Giust. Civ. Mass., 1998, p. 1292.

sistematico da attribuirsi al decreto di omologazione e ciò in relazione non già al singolo accordo, che vi rimarrebbe estraneo, ma alla intera concreta operazione.

In altri termini, ancorchè l'omologazione abbia ad oggetto un accordo diverso da quello integrativo- modificativo, la concreta operazione di sistemazione della crisi coniugale incontra, con il decreto di cui all'art. 708 c.p.c., l'ordine giuridico e dallo stesso è valutata.

Ecco perché, se l'accordo integrativo è successivo al decreto è sufficiente che la pattuizione non risulti in spregio all'art. 160 c.p.c.. Viceversa, ove l'accordo sia antecedente rispetto all'omologa è necessario, *ad validitatem*, “che alla stregua di un'indagine ermeneutica condotta nel quadro dei principi stabiliti dagli art. 1362 ss. c.c., le pattuizioni risultino tali da assicurare una maggiore vantaggiosità all'interesse protetto dalla norma, ad esempio prevedendo una misura dell'assegno di mantenimento superiore a quella sottoposta ad omologazione, ovvero concernano un aspetto non preso in considerazione dall'accordo omologato e sicuramente compatibile con questo, in quanto non modificativo della sua sostanza e dei suoi equilibri, o ancora costituiscano clausole meramente specificative dell'accordo stesso, non essendo altrimenti consentito ai coniugi incidere sull'accordo omologato con soluzioni alternative di cui non sia certa a priori la uguale o migliore rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo giudiziario di cui all'art. 158 Cod. Civ. ”. (Cass. 23801/2006 cit., laddove l'accordo integrativo anteriore, aveva ad oggetto il trasferimento da parte della moglie di quote sia immobiliari che societarie a fronte delle maggiori concessioni economiche effettuate dal marito in sede di accordo omologando. La sentenza in discorso ha riconosciuto la utilità della predetta pattuizione mediante una valutazione in termini propulsivi dell'utilità contrattuale).

In un altro recente caso ⁽²⁴⁷⁾ la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto l'obbligo per il giudice di interpretare l'interesse contrattuale alla luce della valutazione in punto di utilità e ciò ancorchè trattandosi di un'ipotesi di

²⁴⁷ Cass. Civ. Sez. III 12 novembre 2009, n. 23941.

assicurazione e, quindi, di un contratto tipico.

In particolare, il proprietario di un elicottero aveva stipulato un contratto di assicurazione sulla vita che prevedeva l'esclusione della garanzia nel caso in cui il decesso dell'assicurato fosse causato da incidente di volo, quando questi avesse viaggiato a bordo di aeromobile non autorizzato al volo o con pilota non titolare di idoneo brevetto o, in ogni caso, quale membro dell'equipaggio.

L'elicottero di proprietà dell'assicurato non era da considerarsi aereomobile e, quindi, l'assicurazione negò l'indennizzo alla vittima del precipizio dell'elicottero in discorso.

La corte di Cassazione, muovendo dall'impostazione concreta della causa contrattuale, cassò con rinvio la sentenza d'appello assumendo che il giudice di seconde cure non ebbe a svolgere la pertinente indagine in ordine alla causa concreta di quel contratto. Se tale giudizio fosse stato compiuto, sarebbe infatti emerso il reale interesse dell'assicurato e l'utilità di quel contratto, ovvero quella di assicurare la vita a fronte dei rischi di volo connessi all'uso dell'elicottero di sua proprietà.

Ancora una volta si rileva che, anche in tal caso, lo schema negoziale ben avrebbe potuto funzionare, ma in concreto l'omissione della parte rilevante dell'utilità perseguita dall'assicurato ha inficiato la validità della stipulazione.

Anche l'istituto dell' obbligazione naturale contiene una valutazione in termini di utilità. Invero, la fattispecie dell'art. 2034 Cod. Civ., non sottende un giudizio in ordine alla giuridicità del vincolo dall'esito negativo, ma la presenza di un dovere morale e sociale, che spinge il *solvens* ad adempiere, comporta la rilevanza giuridica parziale di tale vincolo. Quindi il giudizio volto ad appurare la sussistenza del predetto dovere morale e sociale configura un sindacato di utilità che, seppur condotto con riferimento a referenti extragiuridici, valuta l'attribuzione di un effetto legale e, precisamente, quello dell'irripetibilità.

Si osservi poi che tale effetto costituisce la conseguenza giuridica a carico e non a favore dello stesso *solvens*, con la conseguenza che l'irripetibilità della prestazione rappresenta la conseguenza fisiologica della rilevanza di un

rapporto extragiuridico che è valutato, *in parte qua*, come accordo utile.

Vi sono infine delle ipotesi che sovente si manifestano nella prassi negoziale rispetto alle quali occorre valutarne la concreta utilità.

Si pensi al contratto di cessione di quote sociali –nel quale il cessionario ebbe a cedere una somma a titolo di caparra confirmatoria– e laddove venivano anche previste una serie di condizioni risolutive nell’interesse del medesimo cessionario. Accanto alle suddette condizioni le parti prevedevano la clausola dal seguente tenore: “Al verificarsi di una delle condizioni risolutive sopra previste, residuerà in capo al cedente l’obbligo di restituire il doppio della caparra oltre al risarcimento dei danni”.

Si badi bene. Una simile clausola non desterebbe scalpore nel caso in cui l’oggetto della condizione risolutiva fosse una circostanza il cui verificarsi dipendesse dall’adempimento dell’obbligato ⁽²⁴⁸⁾. In tal caso infatti, vi sarebbe coerenza con la disciplina della caparra confirmatoria (art. 1385 Cod. Civ.).

Ma nel caso in parola il discorso è più complesso atteso che le circostanze dedotte in condizione non dipendevano da un adempimento di determinate obbligazioni, ma da fatti che presentavano una componente obbligatoria minima per il resto dipendendo da circostanze diverse. Infatti una delle condizioni risolutive era proprio la proposizione di istanza di fallimento contro il cedente.

Qual è l’utilità di una simile clausola? In altri termini l’interesse ad acquisire quote sociali libere da vincoli, può giustificare anche la sanzione del doppio della caparra alla semplice minaccia del pregiudizio per tale scopo?

Un altro caso oggetto di valutazione in termini di utilità è la previsione in un contratto di una clausola di *solve et repete* formulata in termini parzialmente analoghi al testo dell’art. 1462 Cod. Civ..

In particolare nel testo di una compravendita di un macchinario, l’impresa produttrice aveva previsto una clausola dal seguente tenore: “nel caso in cui il macchinario manifestasse difetti di funzionamento, l’acquirente non può

²⁴⁸ Sulla deducibilità dell’adempimento in condizione v. Cass., 10 luglio 1954, n. 2446, in *Mass. Foro It.*, 1954; FALZEA, voce *Condizione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, pp. 2 ss. Da ultimo v. Cass., 15 novembre 2006, n. 24299, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 11.

opporre eccezioni prima dell'integrale pagamento del prezzo e ciò al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta". Orbene, la suddetta formulazione che si potrebbe definire "tuzioristica" in realtà risulta assai incidente sull'assetto degli interessi ordito dalle parti. Ed invero, il "fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta" delimita *ex ante* il campo di applicazione della clausola di *solve et repete*. In altri termini se la legge contestualizza l'ambito "naturale" (verrebbe da dire la funzione economico-sociale) della astratta clausola salvaguardia del venditore da eccezioni strumentali da parte del compratore, in concreto, i termini della questione sono assai diversi. In tale sede la limitazione ai soli motivi legalmente previsti esclude ogni ulteriore operatività della previsione.

Ne consegue che, qualora si provi che la ragione dell'eccezione sia diversa dal mero intento defatigatorio, la clausola di *solve et repete* non dovrebbe operare. In modo speculare, ove le parti non avessero pedissequamente riportato nella clausola il testo legale, l'ambito di operatività della stessa sarebbe stato verosimilmente più ampio, fermi restando i limiti dettati dall'interpretazione secondo buona fede (art. 1366 Cod. Civ.).

11. Contratto inutile. Profili sistematici

Ad uno sguardo sistematico, il principio dell'utilità negoziale si colloca nell'ordinamento quale criterio di orientamento della struttura e dell'interpretazione degli istituti volti alla disciplina del contratto. Sempre a livello generale –e, per quel che riguarda la presente indagine, ancora in senso atecnico- il principio di utilità conosce una pluralità di punti di emersione che portano a configurarlo quale sinonimo di razionalità e ragionevolezza.

Si pensi, come sopra si rilevava, alla nozione stessa di contratto tutta orientata alla funzione di costituire, regolare o estinguere tra loro rapporti giuridici di tipo patrimoniale. Ma si pensi altresì ai criteri di interpretazione negoziale e, significativamente, dell'art. 1371 Cod. Civ. laddove, nel prevedere i criteri residuali di interpretazione del negozio fa riferimento alla sua normale utilità derivante dalla natura gratuita ovvero onerosa.

Parimenti risulta ispirato all'analogo criterio di utilità anche l'art. 1369 Cod. Civ. circa le regole interpretative nel caso disposizioni polisense. Ed invero, in considerazione dei dubbi che tali disposizioni potrebbero sollevare in ordine alla reale volontà delle parti, il codice esprime il criterio di selezione legato al "senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto", e quindi, secondo modalità inscindibilmente legate alla normale utilità del contratto.

Ma costituiscono espressione del principio di utilità, inteso sempre a livello generale, anche le norme codificanti il criterio di buona fede oggettiva che obbligano le parti, in via immediata, alla reciproca salvaguardia dell'altrui utilità nei limiti dell'apprezzabile sacrificio. Ed invero lo statuto normativo della buona fede oggettiva è volto in via mediata alla corretta ed esatta realizzazione del programma contrattuale (si veda significativamente l'art. 1375 Cod. Civ. e le altre norme espressive di analoghi principi).

Analogamente, costituisce manifestazione dello stesso fenomeno l'ipotesi prevista dall'art. 1379 Cod. Civ. in tema di divieto di alienare, valido nella misura in cui corrisponda ad un apprezzabile interesse di una delle parti, così come l'istituto del contratto a favore di terzi, laddove la deviazione dal normale schema effettuale avviene nella misura in cui sussista un interesse in capo allo stipulante (art. 1411 Cod. Civ.).

In tempi recenti, lo stesso legislatore ha mostrato considerazione al tema di indagine con la previsione dell'art. 2645 *ter* Cod. Civ. (²⁴⁹), laddove nello stabilire i casi in cui è possibile disporre la trascrizione di atti di destinazione si fa rinvio proprio agli interessi meritevoli di tutela di cui all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ.. Tale riferimento è rivolto non tanto alla possibilità e liceità dell'atto di destinazione, peraltro già sancita dallo stesso art. 2645 *ter* Cod. Civ., quanto piuttosto alle ragioni per cui l'atto in discorso possa dirsi utile. Costituisce altresì espressione del principio di utilità anche l'art. 1354 comma 2 Cod. Civ. norma che prevede la nullità della condizione sospensiva impossibile; ed infatti, tale forma di nullità è posta a presidio

²⁴⁹Articolo inserito dall'art. 39 *novies*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. In legge 23 febbraio 2005, n.51; V. anche M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi cit.*, p. 789.

delle parti per la irrealizzabilità *ab ovo* del programma negoziale concreto.

In tutte le predette ipotesi, per dirla con Breccia, “la presenza o il difetto dell’interesse sono chiamati in causa [...] in maniera del tutto autonoma rispetto ai consueti criteri di identificazione dell’illiceità” ⁽²⁵⁰⁾.

Ed infatti, una volta superata l’utilità sociale che -asseritamente, ma nel codice non risultava scritta- il contratto (tipico, ovvero atipico) avrebbe dovuto perseguire, e raggiunta la dimensione individuale dell’utilità, non si vede perché questa dovrebbe sottrarsi ad ogni e qualsiasi accertamento di razionalità.

Il principio che emerge è infatti quello secondo cui il contratto deve avere una ragione giustificatrice che si manifesta in duplice modo: in primo luogo deve sussistere l’interesse in capo alle parti a beneficiare dei relativi effetti, tipici o atipici che siano; in secondo luogo lo stesso deve presentare uno schema regolamentare in grado di funzionare per la realizzazione di quel concreto interesse.

Ugualmente sono espressione del principio di utilità anche le norme in tema di risoluzione contrattuale e, significativamente, quelle relative alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta nonché per eccessiva onerosità sopravvenuta ⁽²⁵¹⁾.

Vista in questo senso l’utilità si avvicina molto all’effettività della tutela dei diritti ⁽²⁵²⁾, ma il riferimento a tale principio non copre, in pari tempo, tutta l’estensione dell’utilità nel senso di razionalità e ragionevolezza.

Conclusivamente può affermarsi che il principio di utilità costituisce un dato costante nella disciplina sia delle modalità di costruzione della regola negoziale, che della sua interpretazione, nonché di quella inerente la manifestazione sopravvenuta di fatti incidenti sul momento genetico del negozio.

Quindi il momento attizio del contratto è guidato dal principio di necessaria

²⁵⁰ BRECCIA, *Art 1322*(commento), in NAVARRETTA ORESTANO(a cura di), *Commentario del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli*, Utet, 2011, p.117.

²⁵¹ Si rinviene infine il principio di utilità anche in tema di diritti reali e, significativamente, nella stessa nozione di servitù espressa dall’art. 1027 Cod. Civ. quale “peso imposto sopra un fondo per l’utilità di un altro fondo appartenente a diverso proprietario”.

²⁵² DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003.

utilità, mancando la quale l'ordinamento reagisce in termini di rifiuto del prodotto dell'autonomia privata.

Ratio di tale principio è, a livello generale, il razionale sfruttamento degli strumenti di tutela giuridica, ed, in questo senso, il criterio di utilità si avvicina di molto a quello dell'effettività almeno per ridimensionarne la portata; ed infatti, posto che la tutela giuridica ha un costo, la stessa non è distraibile in accordi inutili. Alla luce di tale assunto, meglio si comprende anche la conclusione di Gazzoni secondo cui le pattuizioni inutili sono sintomo di mancanza di volontà di obbligarsi ⁽²⁵³⁾.

12. Contratto inutile. Profili analitici.

Entrando nella specificità dei profili ontologici del contratto inutile, è compito dell'interprete ricavare la struttura ed i principi che presiedono la valutazione sottesa all'istituto.

Preliminarmente può osservarsi che il giudizio di utilità presenta un triplice oggetto di indagine: in primo luogo quello in ordine alla sussistenza del concreto interesse, in secondo luogo quello circa la realizzabilità dello schema negoziale avuto riguardo all'interesse perseguito, in terzo luogo, ma si vedrà secondo quali modalità e limiti, quello relativo alla permanenza dell'interesse contrattuale che giustifichi la forza giuridica del patto.

In relazione ai primi due profili, il giudizio in discorso comporta la rarefazione dei tradizionali giudizi verso un sindacato che presenta i tratti di originalità rispetto ai primi.

La cornice interpretativa di tali premesse e dei successivi svolgimenti è costituita dall'approccio di tipo "ermeneutico-ricostruttivo" ⁽²⁵⁴⁾ dal quale consegue la valutazione della sussistenza della causa, e del giudizio di meritevolezza in funzione di tutela delle parti.

Il controllo di utilità sull'atto presenta dunque il fine di valutare l'operatività

²⁵³ V. par. 4 del presente capitolo.

²⁵⁴ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 269. L'Autrice sottopone ad analisi critica le altre alternative impostazioni, ed, in particolare, la concezione strutturale e soggettiva poiché dalla mera indicazione strutturale di uno scopo diventerebbe impossibile accertare il difetto di causa nei negozi tipizzati. Parimenti deve esser rifiutata l'impostazione funzionalizzante ed oggettivo per l'indebito inserimento nel contratto di criteri valutativi ad esso estrinseci.

e la razionalità dell'affare a tutela delle stesse parti contraenti, poichè se la causa è anche funzione, l'ordinamento è tenuto ad intervenire per razionalizzare la tutela giuridica in ragione proprio degli interessi concreti delle parti desumibili dall'interpretazione e dalla qualificazione del negozio. Tali considerazioni si pongono poi in perfetta simmetria con i profili volontaristici del contratto, se solo si considera che i contraenti, di regola, agiscono per finalità che, almeno nella loro prospettazione presentano una utilità concreta. Ed invero, anche nel caso di simulazione le parti sono spinte da un intento utile e meritevole, ovvero quello di creare un simulacro contrattuale non corrispondente alle loro reali intenzioni. Non a caso, infatti, l'art. 1414 Cod. Civ. prevede che il contratto simulato -e non già quello dissimulato- non sia produttivo di effetti.

In questo senso appare fuorviante l'interrogativo provocatorio secondo cui "per farne una teoria sulla mancanza di causa del contratto [...] occorre che si dica all'acquirente dell'amuleto che la sua domanda di adempimento (o di risarcimento) non può essere accolta perché il contratto è nullo (per difetto di causa) nel suo stesso interesse, poiché egli ha contratto un'obbligazione assurda. Ci si può spingere sino a tanto?" ⁽²⁵⁵⁾.

Il discorso è un altro. La causa è strumento di tutela di entrambe le parti da accordi irragionevoli, e non già una di esse, "forte" o "debole" che sia. Nell'esempio dell'alienazione dell'amuleto viene in questione, invero, non tanto un'ipotesi difetto causale quanto piuttosto un eventuale squilibrio contrattuale cui è ascrivibile la disciplina propria del vizio.

Anche l'approccio ermeneutico-ricostruttivo da cui si sono prese le mosse, postula che la valutazione di razionalità del contratto investa l'intera operazione desumibile dall'analisi ermeneutica del contratto ⁽²⁵⁶⁾ inteso nella

²⁵⁵ CRICENTI, *Aspetti della causa cit.*, p. 870.

²⁵⁶ NAVARRETTA, *Art 1343 Causa illicita in* NAVARRETTA ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349* in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet 2011, p. 614. A conferma di tale assunto si pone anche la giurisprudenza (Cass. 16 aprile 2007, n. 9088, cui è conforme Cass. 16 luglio 1975 n. 2811) secondo cui "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

sua accezione di atto, quindi prima ed indipendentemente dalla valutazione circa il funzionamento ed in particolare il suo esatto adempimento.

Tuttavia, in senso contrario ma irrealistico, si potrebbe sostenere che il contratto è utile qualora sia stato adempiuto ed inutile nel caso inverso. Del resto la classica definizione di adempimento dell'obbligazione è proprio quella della realizzazione dell'interesse del creditore.

Una parte isolata della giurisprudenza ha accolto una simile, ma non condivisibile, impostazione: Cass. Civ. Sez. II 15 giugno 1999, n. 5917 ha ritenuto nullo per mancanza assoluta di causa un contratto di compravendita in cui l'acquirente aveva consegnato un assegno postdatato e privo di copertura, tratto su di un conto corrente da tempo estinto. Secondo la Corte, in tale ipotesi difetterebbe in modo assoluto la causa del contratto di compravendita stante l'assenza, in capo all'acquirente, di qualsiasi intenzione di pagare il prezzo concordato.

La suddetta impostazione tuttavia non convince e risulta fuorviante. Ed infatti, mette conto osservare che l'utilità cui mira l'adempimento del debito è concettualmente estranea a quella del contratto quale atto. Invero, l'adempimento dell'obbligazione costituisce la realizzazione dell'interesse contrattuale, ma a valle della sua valutazione in ordine alla liceità ed utilità, poiché l'adempimento concerne il solo momento esecutivo e non quello

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 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.

Di detto accertamento era onerata la sentenza di merito, che, oltre a dovere a tale fine applicare le comuni regole di ermeneutica contrattuale e, in primo luogo, le norme cd. strettamente interpretative, che danno rilievo al senso letterale delle parole adoperate, al comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto, ed al significato delle varie clausole valutate nel loro complesso, aveva anche l'obbligo di consentire, mediante l'esposizione di ragioni idonee, la ricostruzione del percorso logico seguito per giungere ad attribuire all'atto negoziale la qualificazione, tra le altre possibili, di preliminare di permuta con supplemento in denaro.

strutturale. Non è un caso, infatti, che il giudizio sull'adempimento è di esattezza e non di utilità.

13. La “rarefazione” della valutazione della consistenza dell'interesse contrattuale e delle capacità di funzionamento dell'atto.

Nella tripartizione delle forme di sua manifestazione ⁽²⁵⁷⁾, la valutazione dell'utilità contrattuale non assume la medesima ampiezza, ma varia, in ordine decrescente, dall'accertamento della sussistenza dell'interesse al sindacato delle capacità di funzionamento dello schema negoziale.

In ordine a quest'ultima forma di accertamento si ricavano rinnovati lumi dalla teoria dei presupposti causali ⁽²⁵⁸⁾.

I presupposti di funzionamento della causa rappresentano gli indici sintomatici dell'attitudine del contratto all'attuazione del programma negoziale e, per loro ontologia, costituiscono l'espressione più chiara della concezione dinamica della causa.

Tali presupposti possono avere carattere sia naturalistico che giuridico. Appartiene al primo tipo l'istituto dell'assenza di rischio nel contratto di assicurazione di cui all'art. 1895 Cod. Civ., mentre è presupposto causale giuridico, l'inesistenza della obbligazione novanda nella fattispecie di nullità dell'art. 1234 Cod. Civ.

Da tanto consegue che l'accertamento in ordine all'esistenza della causa del contratto, nella sua accezione funzionale (razionalizzata) rappresenta il momento finale della valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti di suo funzionamento.

In tale contesto, il giudizio sull'utilità negoziale si pone quale strumento autonomo per la cernita, tra i presupposti causali dedotti dalle parti nella struttura negoziale, di quelli utili ai fini della contrattazione selezionando o scartando quelli inidonei allo scopo perseguito dalle parti, nella logica secondo cui non tutti i presupposti hanno la stessa valenza ontologica, ma ben possono esser graduati per loro importanza, ordinando, entro la vastità della concretezza dei fini privati, ciò che appartiene strettamente alla causa e

²⁵⁷ V. par. 12 del presente capitolo.

²⁵⁸ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 274 e ID., *Art 1343 cit.*, p. 618.

ciò che alla stessa risulta estraneo.

Ciò che rimane escluso da tale novero assumerà la rilevanza o di interesse inammissibile, ovvero di mero motivo. Così ricostruita, la nullità per difetto di causa deriva, a ben vedere, dal difetto di utilità concreta.

In ordine alla classificazione dei presupposti causali, la dottrina propone una tripartizione in presupposti di tipo oggettivo interni alla struttura dell'atto e, sovente, coincidenti con altri elementi essenziali dell'atto, presupposti di tipo oggettivo esterni alla struttura dell'atto ed, infine, presupposti causali di tipo soggettivo ⁽²⁵⁹⁾.

I presupposti causali oggettivi interni coincidono perlopiù con la funzione di scambio e, significativamente, con l'oggetto del contratto. Ad evitare sovrapposizioni tra i due elementi essenziali è preferibile una lettura del requisito dell'oggetto quale presupposto della funzione causale di scambio. Tale scelta ermeneutica consente nei contratti di scambio la tripartizione tra le distinte ipotesi, di causa simbolica, causa non trasparente e causa putativa. Rientrano invece tra i presupposti causali esterni le ipotesi in cui l'utilità negoziale è integrata da un presupposto causale esterno che, come si è visto, può essere di tipo naturalistico ovvero normativo.

Costituiscono ipotesi di presupposto esterno, oltre a quelle sopra riportate, anche quella prevista dall'art. 1876 Cod. Civ. in tema di rendita costituita a favore di persone già defunte, nonché quella dell'art. 1939 Cod. Civ. in ordine all'invalidità della fideiussione per invalidità dell'obbligazione principale. In questi casi, infatti, l'assenza del presupposto causale esterno reagisce sullo schema contrattuale determinandone l'inutilità.

Fermo restando quanto dedotto, non convince l'impostazione, sostenuta da una parte della dottrina ⁽²⁶⁰⁾ secondo cui in tali ipotesi le parti sarebbero a conoscenza del vizio e ciò nonostante pongono in essere il contratto; ciò perché in tali casi, un siffatto contratto, in assenza di volontà simulatoria, sarebbe nullo per difetto di accordo.

Viceversa può affermarsi che tali ipotesi integrano casi specifici di nullità per difetto di presupposto causale esterno e, dunque, per inutilità dello schema

²⁵⁹ NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 275.

²⁶⁰ CRICENTI, *Note cit.*, p. 441.

negoziale.

Alla luce di quanto esposto, e dai riflessi diffusi sul tema dall'impostazione funzionale razionalizzata, può affermarsi che il criterio ordinante la valutazione dell'utilità negoziale è prettamente endocontrattuale fondato com'è sull' *id quod plerumquem accidit* in materia negoziale.

Con particolare riferimento al segmento di valutazione dell'utilità contrattuale in discorso, il criterio -come si è osservato in materia di *dividen washing*- è dato dal rapporto tra la struttura creata e le specifiche circostanze di carattere oggettivo e soggettivo proprie delle parti alla luce dell'interesse perseguito.

13.1. Segue. La valutazione della realizzabilità dello schema negoziale

Come si è a suo tempo osservato ⁽²⁶¹⁾, la valutazione circa la realizzabilità dello schema negoziale investe sia il contratto tipico che atipico ma anche i casi di complessità negoziale.

Ed infatti le relazioni che possono porsi tra interesse concreto e tipo sono di complementarità, di concorso ovvero di contrasto; a tale tripartizione corrisponde infatti una diversa graduazione dell'area occupata dall'interesse concreto nel tipo.

Nell' ipotesi di complementarità tale area è pressochè nulla e l'interesse concreto evapora dietro la qualità di mero elemento di fattispecie. Nel caso di contrasto, invece l'interesse concreto non è ascrivibile a nessun tipo, nel qual caso saremo in presenza del contratto atipico puro.

Diversamente le ipotesi di concorso tra interesse concreto e tipo, presentano una rilevanza anche sul piano di determinazione della disciplina applicabile ⁽²⁶²⁾, profilo che consegue alla risoluzione del quesito logicamente preesistente in ordine alla determinazione della struttura dell'operazione.

Entro il macroinsieme dei casi di concorrenza tra interesse concreto e tipo, possono, a sua volta, distinguersi due distinte sottopotesi. In primo luogo

²⁶¹ V. par. 2 del presente capitolo.

²⁶² Invero, tale problematica si pone anche in ordine al contratto atipico ma in diversa misura atteso che, in tal caso, laddove sussistano carenze in ordine alla disciplina applicabile si ricorrerà al tipo più vicino sul piano analogico senza che vengano in questione profili di prevalenza ovvero di combinazione tra discipline applicabili.

quelle in cui la concorrenza dell'interesse concreto non supera la naturale elasticità del tipo, ed, in secondo luogo i casi in cui, viceversa, l'estro creativo dei contraenti supera la suddetta elasticità, configurando ipotesi di collegamento negoziale, ovvero di contratto misto o complesso ⁽²⁶³⁾.

Orbene, come si anticipava nel precedente paragrafo, la valutazione di realizzabilità dell'interesse negoziale presenta una minore ampiezza rispetto all'ipotesi di analisi della consistenza dell'interesse negoziale. La ragione di tale assunto è intuitiva e consiste in ciò, che in tali casi il riferimento operato dall'interprete è rivolto esclusivamente all'accertamento circa le capacità realizzatorie della struttura rispetto alle quali già sussiste l'autonoma valutazione causale ovvero di meritevolezza. In tali casi il giudizio di utilità verrà in questione ai fini dell'accertamento del rapporto di coerenza che deve intercorrere tra lo schema creato e l'interesse perseguito quante volte quest'ultimo non emerga chiaramente dalla struttura.

14. Difetto sopravvenuto di interesse negoziale

Il terzo connotato dell'utilità contrattuale investe i profili della permanenza nel tempo dell'interesse contrattuale, e ciò perché, parimenti a quanto avviene in materia di servitù (art. 1074 Cod. Civ.), quest'ultimo deve permanere lungo tutto lo svolgimento del rapporto contrattuale. Diverso poi è il problema della disciplina applicabile.

Ma andiamo con ordine. Il tema potrebbe risultare estraneo all'ambito di indagine in considerazione della tradizionale distinzione, non senza incrinature, tra regole riguardanti l'atto e regole inerenti il comportamento negoziale. Conseguentemente si dovrebbe affermare che la valutazione di utilità dovrebbe arrestarsi al momento della stipula del contratto. Tutto ciò che alla stessa consegue dovrebbe attenere o alla disciplina dell'adempimento contrattuale, laddove la mancata realizzazione dell'interesse creditorio derivi da comportamento di una delle parti, ovvero alla disciplina della risoluzione per impossibilità ovvero eccessiva onerosità sopravvenute, laddove la irrealizzabilità dell'interesse derivi da altri fattori.

²⁶³ G. B. FERRI, *Op. cit.*, p. 351-2 e p. 405 e ss.

Si consideri inoltre che a complicare il piano di indagine ha contribuito in parte anche la dottrina nel ravvisare nella causa il fondamento della risoluzione ⁽²⁶⁴⁾.

Nella mancanza di un rimedio codificato per i casi di difetto sopravvenuto di funzionamento, la più recente giurisprudenza ⁽²⁶⁵⁾ ha configurato l'istituto della inutilizzabilità della prestazione che si distingue dai casi di impossibilità totale o parziale della prestazione essendo la prestazione astrattamente possibile ma in concreto inutilizzabile. Da tanto consegue il venir meno dell'interesse creditorio quale causa estintiva dell'obbligazione.

15. Contratto necessariamente utile?

In modo simmetrico rispetto ai casi di mancanza di giuridicità del vincolo, parte della dottrina afferma che talora le parti potrebbero, abusando della autonomia privata ancorchè “in negativo”, sottrarre indebitamente dall'ambito della giuridicità la regolazione di un dato assetto di interessi con ciò riducendo l'ambito di operatività ordinamentale ⁽²⁶⁶⁾.

Orbene, se è vero che ai fini della tutela giuridica occorre il requisito dell'utilità, è in pari tempo vero che il contratto seppur giuridicamente utile può esser disciplinato all'esterno dell'ordinamento statale; si pensi a tal proposito al settore del *gentlemens agreements* laddove unitamente alle previsioni regolatorie dell'assetto di interessi, sussiste altresì la espressa intesa tra le parti di mantenere la vicenda al di fuori della giuridicità sul presupposto della ritenuta sufficienza della vincolatività extragiuridica.

Ma la citata dottrina, condivisibilmente, rileva un duplice e simmetrico ordine di limiti a tale autonomia negativa, rispetto a quali ben può evidenziarsene l'appartenenza al sindacato di utilità.

In primo luogo sta la valutazione della ragionevolezza della esclusione dalla giuridicità; laddove infatti tale esclusione denunci finì irragionevoli ovvero irrealizzabili nell'ambito sociale, ne consegue il recupero del patto nel settore della giuridicità.

²⁶⁴ SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 194.

²⁶⁵ Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958 e Cass. 24 luglio 2007, n. 16315.

²⁶⁶ SCOGNAMIGLIO, *La dimensione problematica di una categoria concettuale cit.*, p. 112.

Viceversa, laddove il patto d'onore manifesti una intrinseca inutilità, l'ordine giuridico ben potrebbe dichiararla e, con ciò, chiudere definitivamente ogni accesso al mondo giuridico.

Ma talora la rilevanza extragiuridica può derivare altresì proprio dalla valenza giuridica negativa di particolari ipotesi. Si pensi a tal proposito ai casi di contratto nullo, e dunque, secondo l'impostazione preferita esistente, le parti ben potrebbero darvi attuazione in via di fatto e, dunque, indipendentemente da ipotesi di conversione, sul presupposto della sua non impugnazione, la quale, ben potrebbe incentivare l'esecuzione.

16. Inefficacia, irrilevanza, inesistenza ed inutilità.

Il concetto di inutilità, in quanto categoria sintetica, deve accostarsi ad altri istituti anch'essi di carattere sistematico e ciò al fine di trarne le specifiche differenze in alcuni casi offuscate da parte di alcune correnti dottrinali.

Come si accennava *supra* ⁽²⁶⁷⁾, tra le tesi che hanno caratterizzato la causa in concreto è emersa anche quella secondo cui il difetto sia originario che sopravvenuto di realizzabilità dello schema contrattuale dovrebbero ascrivere alla disciplina della inefficacia ovvero della risoluzione ⁽²⁶⁸⁾.

A parte le incertezze dommatiche in ordine ai rimedi prescelti, oltre a quelle relative alla nozione di inefficacia, l'impostazione in discorso è, per plurime ragioni, criticabile.

Ed infatti non convince la giustificazione dell'applicazione del rimedio dell'inefficacia ai casi di irrealizzabilità dell'interesse negoziale sulla scorta del rilievo secondo cui la nullità riguarderebbe "l'insussistenza o l'irrealizzabilità *ab initio* della funzione tipica dell'atto" ⁽²⁶⁹⁾ quasi a voler rimarcare che la nullità sarebbe rimedio riguardante la struttura dell'atto, mentre la causa di irrealizzabilità del contratto, provenendo da un fattore asseritamente esterno alla struttura, non giustificerebbe l'applicazione di tale rimedio.

Giova obiettare che, in primo luogo, la causa di irrealizzabilità dell'atto non

²⁶⁷ V. par. 2 del presente capitolo.

²⁶⁸ SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione cit.*, p. 233; SCALISI, *Inefficacia cit.*, p. 332-333.

²⁶⁹ SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione cit.*, p. 233.

è assolutamente estranea allo stesso, bensì connaturale, riguardando il difetto, originario o sopravvenuto di un presupposto causale. In secondo luogo, è anacronistica l'affermazione secondo cui la nullità sarebbe un rimedio meramente attizio, poiché sussistono molteplici segni di carattere normativo che sciolgono la nullità dal legame indissolubile dall'atto verso forme di vizio legate piuttosto a violazioni di obblighi comportamentali ⁽²⁷⁰⁾.

La tesi dell'inefficacia –dalla quale consegue l'applicabilità del rimedio della nullità per la sola ipotesi di illiceità– è poi criticabile in quanto tra le sue giustificazioni si adduce anche quella di rintuzzare il rischio di intromissione nella struttura contrattuale di interessi generali, rischio che, con la tesi della causa in concreto sviluppata secondo le sue reali potenzialità, non è oggi più sussistente.

Ma vi è di più. La teoria in contestazione comporta il rilevante vizio di escludere il rimedio della nullità ad ipotesi che, invece, richiedono effetti totalmente caducatori in ossequio alla stessa volontà delle parti. E' intuitivo che, laddove il programma negoziale sia irrealizzabile, le parti non hanno interesse al mantenimento in essere dell'atto poiché non ne vogliono gli effetti ⁽²⁷¹⁾; si consideri vieppiù che la tesi dell'inefficacia-risoluzione-rescissione sarebbe del tutto inidonea a tutelare la sfera delle parti poiché da quei rimedi l'atto rimarrebbe pur sempre in piedi, così consolidandosi nei rapporti con i terzi, creditori e sub acquirenti.

Conclusivamente può affermarsi che la tesi della funzione allontana ogni e qualsiasi dubbio in ordine al richiamo delle impostazioni riferentesi a funzioni economico-sociali, agendo dal lato delle parti contrattuali piuttosto che dal quello dell'ordinamento.

La moderna dottrina ha tuttavia concepito la figura dell'inutilità come *sub species* di inefficacia caratterizzata dal “mancato verificarsi, nel momento prefissato, di una concausa dell'efficacia o per il sopraggiungere di un evento assolutamente impeditivo in una fattispecie ad effetti dilazionati” ⁽²⁷²⁾. A

²⁷⁰ Sul punto si rinvia al par. 19 del presente capitolo.

²⁷¹ Lo rileva NAVARRETTA, *La causa cit.*, p. 229.

²⁷² SCALISI, *Inefficacia cit.*, p. 346 ed ora SCALISI, *Il contratto in trasformazione: invalidità e*

differenza delle tradizionali ipotesi di inefficacia, quella della inutilità è duplicemente caratterizzata: in primo luogo dal fatto che nei casi di inutilità è venuta meno ogni e qualsiasi possibilità di verifica della concausa di inefficacia, e, assai più significativamente, da ciò, che il fatto costitutivo dell'inutilità è dato dalla carenza di un coelemento di fattispecie ⁽²⁷³⁾.

La riferita dottrina precisa altresì che l'inefficacia, entro la quale, come si è visto rientrerebbe l'inutilità, è categoria distinta, anzi contrapposta, all'irrilevanza, atteso che quest'ultima è vicenda che riguarda il fatto mentre, la prima riguarda –almeno in linea generale– l'effetto.

In particolare, nel tentativo di costituire una concezione globale dell'inefficacia ⁽²⁷⁴⁾, la dottrina in discorso distingue il caso del mancato costituirsi dell'interesse interno negoziale a causa del difetto di un elemento essenziale, dal caso in cui difetti un elemento marginale che impedisca la definitiva identificazione del soggetto o dell'oggetto dell'interesse.

Nel primo ricorrebbe il vizio di irrilevanza, giacché nei riguardi di una fattispecie incompiuta l'ordine giuridico dovrebbe mantenere un atteggiamento di indifferenza. Viceversa, nel secondo caso l'interesse è rilevante, ma, a causa della mancanza del grado di finitezza o di interferenza con altri interessi, risulta inefficace in quanto irrealizzabile.

L'impostazione in discorso non convince. A parte le riserve sopra formulate in ordine all'applicazione della categoria dell'inefficacia al difetto di realizzabilità dello schema negoziale, la tesi risulta contraddittoria specie alla luce delle implicazioni dommatiche che derivano dalla teoria della causa in concreto.

Ed infatti se la causa negoziale è costituita dall'oggettività di tutti i concreti ed individuali elementi eziologici, ne consegue che sia il mancato costituirsi dell'interesse negoziale che la sua irrealizzabilità sono ascrivibili, per le ragioni dette, al medesimo concetto di inutilità. Ne deriva allora che è

inefficacia nella transizione al diritto europeo, Milano, Giuffrè 2011, pp. 60-61.

²⁷³ SCALISI, *Inefficacia cit.*, ivi.

²⁷⁴ SCALISI, *Op. ult. cit.*, pp. 332-333. In particolare la classificazione primaria attribuita dall'Autore al concetto è quella dell'inefficacia in senso ampio, che riguarda tutti i casi in cui un negozio non raggiunge i suoi effetti, ed in senso stretto che riguarda le ipotesi del negozio che, pur non essendo nullo, non produce i suoi effetti (*op. cit.*, p. 325).

contraddittorio sostenere, da un canto, che inefficacia ed irrilevanza sono istituti concettualmente distinti, anzi contrapposti e dall'altro applicare il vizio irrilevanza ed inefficacia rispettivamente al mancato costituirsi dell'interesse negoziale e della irrealizzabilità dello stesso.

In secondo luogo, diversamente opinando, si darebbe luogo ad una interpretazione inammissibile in quanto *contra legem*, atteso che le ipotesi sopra formulate integrano casi di nullità per difetto strutturale di cui all'art. 1418 comma 2 Cod. Civ.

In modo difforme alla tesi tradizionale, si può dunque concludere che l'inutilità è categoria che appartiene al *genus* della invalidità in quanto orientata all'esame dei criteri concreti di completezza dell'atto sul profilo causale e ciò nel triplice senso sopra precisato (v. par. 12 del presente capitolo).

16.1. Segue. Irrilevanza: critiche.

Si è *supra* osservato ⁽²⁷⁵⁾ che tra le teorie che hanno tentato di spiegare il fenomeno dell'utilità contrattuale si è affacciata anche l'impostazione secondo cui il giudizio di meritevolezza coinciderebbe con l'irrilevanza giuridica ⁽²⁷⁶⁾.

Merito di tale impostazione è l'aver ribadito, come peraltro ebbe a rilevare lo stesso Ferri ⁽²⁷⁷⁾, che il giudizio di meritevolezza insiste sullo schema negoziale in quanto lo stesso è volto alla "valutazione della idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, vista l'assenza di una preventiva opera di tipizzazione legislativa" ⁽²⁷⁸⁾.

La tesi in discorso tuttavia non convince appieno nelle conclusioni cui perviene. In particolare non si condivide l'affermazione secondo cui tale giudizio si risolverebbe nella valutazione di "conformità a tutte quelle norme inderogabili di carattere, per così dire, procedimentale e formale che

²⁷⁵ V. par. 4 del presente capitolo.

²⁷⁶ GAZZONI, *Atipicità cit.*, *passim*.

²⁷⁷ FERRI, *Causa e tipo cit.*, p. 406.

²⁷⁸ GAZZONI, *Op. ult. cit.*, p. 62.

attengono al riconoscimento dello strumento pattizio come strumento giuridico”⁽²⁷⁹⁾.

Ed infatti, l'appiattimento del giudizio di meritevolezza sul rispetto delle sole norme procedimentali proprie della costruzione del tipo negoziale, darebbe luogo ad un giudizio del tutto scevro di ogni apprezzamento di tipo valoriale. Tale conclusione si porrebbe in patente contrasto con la stessa nozione concreta di causa che, come si è diffusamente osservato, lungi dal costituire mero procedimento, è ontologicamente portatrice di un “valore”.

Dalla natura procedimentale dei parametri di meritevolezza la tesi di Gazzoni conclude affermando che, come si è *supra* rilevato⁽²⁸⁰⁾, il giudizio di cui all'art. 1418 comma 2 Cod. Civ. insisterebbe sul tipo. Tale assunto non convince poiché il legislatore ha espressamente adoperato il termine “causa” quale parametro di giudizio circa l'esistenza; diversamente opinando si darebbe seguito ad una illegittima *interpretatio abrogans*.

In terzo luogo sia consentito interrogarsi, ma come può mancare il tipo negoziale se lo stesso è legalmente previsto? E' vero che l'Autore attentamente rileva che il giudizio in discorso deve essere svolto in relazione ai soli casi di atipicità, ma è pur vero che, per un impostazione oramai risalente, i principi espressi dall'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. sono stati ritenuti di portata generale e, dunque, applicabili anche ai casi di contratto tipico⁽²⁸¹⁾. Quindi, ad oggi, l'impostazione in discorso sarebbe difficilmente sostenibile.

Infine, la tesi in discorso conclude i propri assunti interrogandosi sull'applicabilità al giudizio di meritevolezza del criterio di utilità sociale e, condivisibilmente, conclude che le ipotesi di inutilità sociale in realtà costituiscono casi di irrilevanza giuridica. Infatti, laddove lo schema contrattuale sia non socialmente utile, ne conseguirà la normale assenza, in capo alle parti, di una seria volontà di obbligarsi⁽²⁸²⁾. L'Autore ha cura di

²⁷⁹ GAZZONI, *Ibidem*.

²⁸⁰ V. par. 4 del presente capitolo.

²⁸¹ D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generali*, Trattato dei contratti diretto da RESCIGNO, Tomo I, Utet, 1999, p. 546 e ss. FERRI, *Causa cit.*, p. 355-6.

²⁸² GAZZONI, *Op. ult. cit.*, p. 74.

precisare, tuttavia, che lo schema socialmente inutile ben potrebbe essere meritevole, laddove fosse indiscussa la volontà di obbligarsi ⁽²⁸³⁾.

16.2. Segue. Inesistenza

Ricondotta la categoria dell'inutilità alla macro area dell'invalidità, occorre interrogarsi in relazione ai rapporti tra inutilità ed inesistenza negoziale.

Come è noto la categoria dell'inesistenza si formò nella elaborazione scientifica francese nel tentativo di superare il rigido principio del “*pas nullites sans texte*”⁽²⁸⁴⁾. Nell'elaborazione successiva assunse il carattere di vizio radicale consistente nella carenza di un requisito essenziale per l'esistenza dello stesso contratto ⁽²⁸⁵⁾.

Nei suoi specifici svolgimenti la dicotomia tra nullità ed inesistenza è stata ricollegata ai referenti della inqualificazione e qualificazione negativa ⁽²⁸⁶⁾: mentre il negozio nullo sarebbe oggetto di una qualificazione negativa da parte dell'ordinamento, quello inesistente non sarebbe invece suscettibile di alcuna qualificazione giuridica.

Senonchè tale dicotomia è stata oggetto di critica con particolare riferimento alla locuzione “qualificazione negativa”, che, ad avviso di parte della dottrina, costituirebbe un ossimoro. Ed invero, seppur in negativo, si tratta pur sempre di qualificazione ⁽²⁸⁷⁾. Ne consegue che l'inqualificazione è caratteristica dell'atto nullo il quale, conseguentemente, resta irrilevante per l'ordinamento.

A tale impostazione si è replicato ⁽²⁸⁸⁾ rilevando che con “qualificazione

²⁸³ Si veda sul punto SACCO, *L'interesse* in Trattato Rescigno cit., p. 338 secondo cui “(l)a carenza di interesse dello stipulante può privare quest'ultimo dell'azione contrattuale, ma non lo solleva —ove la prestazione sia stata eseguita od offerta— dal pagare il corrispettivo. Tutt'al più, il difetto di interesse trasformerà il contratto bilaterale in contratto unilaterale condizionato.

²⁸⁴ CAPITANT, *Introduction a l'étude du droit civil*, Paris, 1904, p. 282 e ss.

²⁸⁵ BARSANTI, *Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti*, in *Arch. giur.*, 1897, p. 171 e ss.; ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1956, I, p. 61 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio cit.*, p. 338 e ss.; CARIOTA FERRARA, *Inesistenza e invalidità dei negozio giudici*, in *Foro It.*, 1948, IV, p. 33 e ss.; FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 514 e ss.

²⁸⁶ DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, *passim*.

²⁸⁷ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 989.

²⁸⁸ DI MAJO, *La nullità quale aspetto negativo dei fatti giuridici*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato* Vol. XII, Tomo IV, *Il contratto in generale* (a cura di DI MAJO, G.B. FERRI, FRANZONI), Torino, Giappichelli, 2002, p. 51.

negativa” la dottrina ha inteso rilevare il fenomeno della produzione, in luogo degli effetti voluti dalle parti, di altre e diverse conseguenze sia di tipo negativo, quale ad esempio, l’azione di nullità, che di tipo positivo, si pensi alle ipotesi di conversione ex art 1423 Cod. Civ..

Da tali svolgimenti consegue che il contratto nullo è bensì produttivo di effetti e, dunque, esiste per il diritto. Tanto risulta altresì da plurime disposizioni codicistiche in tal senso, quali gli artt. 590, 607, 1338, 1419, 1420, 1422, 1424, 2561 comma 1, n° 6 Cod. Civ..

La tesi della rilevanza del contratto nullo conosce due principali varianti dirette alla spiegazione fenomenologica dell’effetto. Per una prima impostazione ⁽²⁸⁹⁾, il contratto nullo integra la diversa fattispecie, rispetto a quella voluta dalle parti, il cui effetto è quello di costituire il presupposto di altra fattispecie in relazione alla quale si produrranno gli effetti finali. Si pensi ad esempio alla rilevanza del contratto nullo nel caso di prestazione lavorativa dipendente da cui consegue sia la irretroattività della nullità, salvi i casi di illiceità dell’oggetto o della causa, nonché il diritto alla retribuzione (art. 2126 Cod. Civ.).

L’altra impostazione spiega in altri termini la diversità tra nullità ed irrilevanza evidenziando che il giudizio di invalidità ha come proprio referente l’intero ordinamento e non già una sua singola porzione. Ne consegue che la costruzione del negozio nullo avviene per detrazione dell’elemento mancante o viziato dal contratto valido con la conseguenza che ogni ipotesi di contratto valido genera tante ipotesi di negozio invalido quante sono le possibili combinazioni che si ottengono con gli elementi del negozio detraendone almeno uno ⁽²⁹⁰⁾.

La condivisibile impostazione secondo cui il contratto nullo è rilevante e, dunque, esistente può essere estesa anche in relazione al contratto inutile.

Ma il punto di originalità che deriva dall’accostamento tra contratto nullo (come tale esistente) ed il parametro di utilità consiste in ciò, che in caso di nullità il contratto può comunque essere utile per le parti. Ed invero in tali

²⁸⁹ MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, *passim*.

²⁹⁰ IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 107.

ipotesi, il contratto può produrre effetti giuridici e, precisamente, può essere attuata l'originaria previsione mediante il compimento di un atto esecutivo (a causa esterna) sul presupposto del mancato rilievo, di controparte, dell'ipotesi di nullità. In tal senso il contratto nullo è esistente ed utile.

17. Natura rimediabile del contratto inutile. Una premessa.

La deduzione da ultimo formulata spinge ad interpretare il principio di utilità quale autonoma ipotesi connotata dalla natura rimediabile.

Come è noto, la linea evolutiva impressa dal diritto comunitario alla materia della nullità ha comportato lo stravolgimento, nella logica di effettività della tutela, delle tradizionali distinzioni concettuali e normative che, da sempre, hanno rappresentato valido appiglio ermeneutico di approccio al tema delle invalidità.

Ruolo centrale è stato attribuito alla figura del rimedio inteso in duplice accezione ⁽²⁹¹⁾; in senso lato, quale prospettiva metodologica ed, in senso stretto, quale “strumento preordinato alla determinazione e alla realizzazione specifica di un interesse in funzione di un valore assunto come principio generale” ⁽²⁹²⁾.

Nella sua fenomenologia il rimedio si pone come strumento per soppesare istanze di tutela antitetiche mediante la logica del bilanciamento di interessi secondo una precisa “intenzionalità normativa” ⁽²⁹³⁾. Il rimedio si pone allora, già a livello generale, come strumento di funzionalizzazione dell'autonomia privata di interessi di cui l'ordinamento si fa portatore.

Che l'ordinamento abbia inteso imprimere la funzionalizzazione degli interessi privati come emergenti dall'autonomia privata è caratteristica costante nella evoluzione normativa italiana ancorchè, come si è avuto modo di vedere, tanto è avvenuto secondo diverse graduazioni di intensità.

Nel contesto tradizionale le più significative manifestazioni di

²⁹¹ MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, ISEG “Giacchino Scaduto”, 2011, p. 25. Sul tema dei rimedi si veda anche MAZZAMUTO, PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2012, Cap. I; NIVARRA, *Rimedi specifici*, Eur. Dir. Priv., 1/2011, pp. 157-201; BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e dei diritti fondamentali*, Eur. Dir. Priv., 1/2011, pp. 329-348;

²⁹² MAZZAMUTO, *Rimedi cit.*, *ivi*.

²⁹³ MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 616.

funzionalizzazione sono avvenute per mezzo di clausole generali, si pensi al criterio di meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., al criterio dell'equità di cui all'art. 1374 Cod. Civ., nonché a tutti punti di emersione del criterio di buona fede integrativa con particolare riguardo alla clausola penale.

L'idea di funzionalità che la logica rimediale porta con sé è invece ontologicamente diversa. Ed infatti con tale rinnovata impostazione il legislatore, mosso dalla logica di effettività, supera la costruzione dell'atto secondo stretti requisiti di fattispecie, al cui difetto segue la nullità dell'atto. In tali specifiche ipotesi vige pur sempre la regola comune della libera determinazione del contenuto del contratto e ciò, come si è visto, in virtù del principio di oggettivizzazione, ma purchè da un lato il contratto presenti il contenuto minimo necessario previsto per legge e, dall'altro, che non siano violati specifici obblighi di contenuto o, più diffusamente, di comportamento sanzionati mediante l'istituto della invalidità negoziale speciale.

Da quanto esposto, consegue che i casi di inutilità possono ben iscriversi nella logica rimediale in quanto strumenti di attuazione di un bisogno di tutela. Ne consegue che, in quanto rimedio, l'inutilità può essere scissa dal solo riferimento all'invalidità contrattuale per andare ad abbracciare sia i casi di sopravvenuta inutilità, che tutte quelle ipotesi, come sopra viste (²⁹⁴), in cui le parti danno esecuzione al contratto proprio al fine di evitare il verificarsi di quella causa di nullità.

18. La tesi della ragione assurdamente prevaricante. Critica.

Tra le plurime funzioni espresse dalla causa contrattuale, parte della dottrina individua anche quella della tutela della parte contrattuale cd. debole. In particolare, i casi di mancanza di causa deriverebbero dalla deduzione in contratto di una "ragione assurdamente prevaricante" che sarebbe integrata dal consenso ad un affare illogico ed inutile sul piano della sua concreta

²⁹⁴ V. par. precedente.

realizzabilità ⁽²⁹⁵⁾.

La tesi non persuade appieno. In particolare si osserva che la causa non è strumento di protezione della parte economicamente debole, ma viceversa costituisce strumento di valutazione del contratto il cui oggetto di tutela immediato è la ragionevolezza dell'affare indipendentemente da ogni eventuale profilo di squilibrio negoziale.

A fortiori si osserva altresì che il problema della ragione assurdamente prevaricante è oggetto di disciplina tipica per la tutela della parte caratterizzata da tale specifica categoria soggettiva. Si pensi, a tal proposito, alla disciplina della rescissione, così come a gran parte della ipotesi di nullità di protezione contenute nella disciplina speciale.

Si potrebbe anche affermare –si badi bene, in senso meramente descrittivo– che ove sussista una ragione assurdamente prevaricante il contratto risulterebbe privo di causa. Ma ciò comporterebbe una deviazione concettuale. Ed infatti, costituisce ormai un dato acquisito quello secondo cui la causa deve riferirsi al contratto e non già alla promessa.

Orbene, orientare il difetto di causa a tutela della sola parte colpita dalla ragione assurdamente prevaricante, comporterebbe il regresso alla vetusta tesi della causa della promessa. Ma vi è di più. Dalla suddetta estensione deriverebbero altresì delle inopportune conseguenze disciplinari, avuto riguardo proprio il fine di tutela della parte debole perseguito proprio dall'impostazione in critica.

Invero il difetto di causa, comportando la radicale nullità dell'atto, comporterebbe il regresso delle parti, mediante la *condictio indebiti*, nella stessa situazione anteriore alla contrattazione. Ciò comporterebbe l'esclusione di ogni e qualsiasi rimedio di carattere risarcitorio a vantaggio della parte debole. Ma non solo. In ragione della rilevabilità d'ufficio della nullità (comune), la parte –asseritamente- tutelata vedrebbe anche del tutto inficiata ogni possibilità di sua valutazione in ordine all'opportunità

²⁹⁵ Sulla “ragione assurdamente prevaricante” v. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Giappichelli, 2002, p. 258, nonché ID., *Art 1322 cit.*, p. 119.

dell'attivazione del rimedio caducatorio. Come può quest'ultima dirsi tutelata?

Nella logica che ispira il presente lavoro vien altresì da chiedersi: ma quale interesse aveva la parte “forte” ad accettare un contratto irrealizzabile? Perché se la parte forte fosse stata spinta da intenti fraudolenti a scapito della parte debole, quest'ultima potrebbe e dovrebbe invocare la disciplina in tema di vizi del consenso di cui all'art. 1427 e ss. Cod. Civ..

Ciò posto si può concludere che la tutela del contraente debole mediante l'istituto della causa deve essere ridimensionata con la conseguenza che la funzione di tutela di una parte qualificata avviene eccezionalmente soltanto nel caso di contratto tipico o, quantomeno, nei casi in cui la specificità dell'operazione comporti l'impossibilità per la parte debole di intervenire nella determinazione dell'assetto regolatorio degli interessi se non, esclusivamente, con il proprio consenso.

In tali casi, infatti, l'assenza di causa si pone come ragionevole strumento di tutela della parte debole per le ipotesi di irrealizzabilità dell'affare.

Viceversa laddove tra le parti sia intercorsa trattativa, che addirittura abbia portato alla stipula di un contratto atipico -ovvero misto o collegato- l'assenza di causa, pur operante anche in queste ipotesi, sarà volta piuttosto al controllo dell'autonomia privata, cioè a porre limite alla estrosità creativa delle parti nella logica di realizzabilità dell'interesse perseguito, purchè lecito. Si può dunque concludere che la tutela dalla “ragione assurdamente prevaricante” ben può essere assicurata mediante l'istituto dei vizi del consenso.

Gli assunti appena formulati sono confermati dal dato positivo, si pensi all'art. 1895 Cod. Civ. in tema di nullità del contratto di assicurazione per inesistenza del rischio, all'art. 1234 Cod. Civ. in relazione alla nullità della novazione per inesistenza dell'obbligazione novanda, all'art. 1876 Cod. Civ. in relazione alla rendita costituita a favore di persone già defunte, all'art. 1939 Cod. Civ. per il caso di invalidità della fideiussione per invalidità dell'obbligazione principale.

In tutte queste ipotesi la nullità è dettata per mancanza di causa o, come si è

visto, per mancanza del presupposto causale (*recte*: per la scelta del tipo negoziale in relazione ad ipotesi in cui non ricorreva il relativo schema) in relazione a casi di contratti tipici ⁽²⁹⁶⁾.

In secondo luogo la tesi non convince poiché, come ha rilevato parte della dottrina ⁽²⁹⁷⁾ il filtro ermeneutico della “ragione assurdamente prevaricante” comporta la conseguenza di trattare le problematiche della causa secondo il diverso giudizio di adeguatezza delle prestazioni oltre al giudizio di meritevolezza. Orbene, posto che quest’ultimo giudizio è riferito al parametro della futilità, in assenza di alcuna ulteriore specificazione in ordine ai relativi criteri, la valutazione di meritevolezza potrebbe “impedire la realizzazione di interessi che, pur se idiosincratici, possono comunque costituire una lecita anche se giuridicamente ed economicamente del tutto marginale, manifestazione di libertà negoziale” ⁽²⁹⁸⁾

Secondo un’ulteriore impostazione, dalla tesi della ragione assurdamente prevaricante, comporterebbe l’inammissibilità dell’istituto del contratto inutile quale strumento di riequilibrio e di tutela della parte debole ⁽²⁹⁹⁾.

Come è evidente tanta è la confusione di opinioni in materia che la teoria del contratto inutile, secondo quanto sopra riferito, è in grado di sciogliere.

Infatti si può ragionevolmente ritenere che le impostazioni riferite, se da un lato hanno il pregio di emancipare la valutazione dell’interesse dal mero giudizio di liceità, d’altro canto nulla affermano in ordine ai criteri di valutazione del medesimo interesse negoziale in punto di sua utilità. Invero le predette impostazioni si limitano a trasporre indebitamente altri criteri di giudizio, quali quello della giustizia contrattuale nonché quello relativo alle regole di mercato ⁽³⁰⁰⁾.

²⁹⁶ Le disposizioni in parola si apprezzano altresì perché sanciscono l’applicabilità del rimedio della nullità a casi di irrealizzabilità originaria dello schema negoziale, e, dunque, costituiscono validi argomenti per la smentita della tesi della inefficacia e dell’errore sulla causa (v. CRICENTI, *Note sul contratto inutile*, Dir e Giur., 2007, p. 442).

²⁹⁷ SCOGNAMIGLIO, *La causa ed il controllo sulle vicende circolatorie della ricchezza*, in ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006, p. 135; in termini parzialmente diversi D. CARUSI, *La disciplina della causa cit.*, p. 540.

²⁹⁸ SCOGNAMIGLIO, *Ibidem*.

²⁹⁹ CRICENTI, *Aspetti della causa in diritto civile francese. L’Avant-Projet di riforma*, Eur. Dir. Priv. N. 3/2007, p. 853-881 (spec. par.8); ID., *Note sul contratto inutile*, Dir. E Giur., 2007, pp. 437-445.

³⁰⁰ GUERRERA, *Contratto e mercato*, Riv. Giur. Impr., 1990, p. 22. Nello stesso senso v.

Tale significativo vizio si scontra altresì con la connotazione di tutela di entrambe le parti che caratterizza il giudizio di utilità, con la conseguenza che resta dallo stesso estraneo ogni profilo relativo all'equilibrio negoziale, così come la deducibilità in contratto di clausole idiosincratiche rispetto ai quali già sussiste autonoma disciplina.

Ed infatti, in relazione ai casi di debolezza economica, la mancanza di causa non mira al primario scopo di riequilibrio -altrimenti opinando ciò costituirebbe un ritorno alla funzione economico-sociale- ma reagisce, nella valutazione dello schema negoziale, in relazione al profilo della sua realizzabilità.

In ordine invece alle idiosincrasie negoziali, può in questa sede osservarsi, come si anticipava, che il giudizio di utilità non influisce sulle stesse negandone la loro deduzione in contratto. Invero, anche in presenza di tali particolari situazioni, il giudizio di utilità non muterà i propri tratti ontologici, poiché si tratterà pur sempre di una valutazione di tipo individuale, con particolare riferimento alle specifiche asimmetrie che caratterizzano il programma negoziale e ciò, beninteso, nell'ambito della liceità della causa.

19. Contratto inutile e nullità di protezione.

Scendendo *funditus* nell'analisi, costituisce un profilo di attuale interesse quello della relazione tra contratto inutile e nullità di protezione proprie dei cosiddetti "secondo" e "terzo contratto".

E' compito del presente paragrafo dimostrare che alcune ipotesi tradizionalmente ascritte al fenomeno della cosiddetta "nullità di protezione" costituiscono casi di contratto inutile ⁽³⁰¹⁾.

Tra le due figure sussiste un punto di contatto ed, in pari tempo, un punto di divergenza. Finora si è tentato di costruire la nozione di contratto inutile

SICCHERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in Contr. Impr. 2004, pp. 545-552 (spec. p. 551); MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, p. 200 e ss.

³⁰¹ Per quanto si osserverà diffusamente nel testo, il fenomeno è diverso, pur potendo astrattamente assomigliarvi, dalla "ragione assurdamente prevaricante" di una delle parti contrattuali e posto alla base della nullità del contratto per mancanza di causa (BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa cit.* p. 258).

come ipotesi di rifiuto di riconoscimento giuridico dello schema creato dai privati. Si è anche visto che tale rifiuto assume talora anche carattere sanzionatorio, come nel caso del *dividen dwashing* e, più in generale dell'abuso del diritto in materia tributaria, laddove la giurisprudenza ⁽³⁰²⁾ ha attribuito una nozione innovativa della nullità per mancanza di causa, ritenendola integrata quante volte i fini concreti perseguiti dalle parti non potessero essere dedotti in quello schema negoziale. Tale atteggiamento ha segnato altresì il superamento dell'istituto del negozio in frode alla legge di cui all'art. 1344 Cod. Civ..

L'evoluzione normativa che si è registrata nel settore delle nullità di protezione, ha comportato il progressivo abbandono della concezione della nullità del contratto legata alla fattispecie verso l'attribuzione di rilevanza, ai fini della nullità, ad aspetti comportamentali attinenti, dunque, al momento formativo ovvero a quello esecutivo del programma negoziale. Come si vedrà *infra* molte ipotesi di nullità -previste per attribuire nuove forme di tutela in particolari settori economici- danno rilevanza ad aspetti comportamentali piuttosto che essere ancorate a difetti strutturali dell'atto.

Ai nostri fini ben si può restare ancorati alla bipartizione tra regole di validità e regole di comportamento rilevando quanto segue.

E' indubbio che la stratificazione normativa di mano comunitaria –in una logica prettamente effettuale e teleologica– ha comportato l'(apparente) abbandono delle distinzioni giuridiche, proprie delle tradizioni di ogni Stato membro, nel perseguimento di quel *sancta sanctorum* che è la tutela (mediata) della parte giuridicamente debole.

Ma è pur vero –come la giurisprudenza di Cassazione ⁽³⁰³⁾ ha dimostrato – che tutti questi casi ben possono essere ascritti al gruppo delle nullità testuali di cui all'art. 1418 comma 3 Cod. Civ. e ciò senza comportare l'inversione

³⁰² Cass. Sez. Trib. 20398/2005, nonché Cass. Sez. Un. 23 dicembre 2008, n° 30055. Più recentemente v. Cass. Sez. Trib. 19 maggio 2010, n° 12249. Si rinvia al par. 10 del presente capitolo.

³⁰³ Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n° 26724; Cass. Sez. I 29 settembre 2005, n° 19024. In particolare si è affermato che non rileva, ai fini della inversione del rapporto regola/eccezione, il profilo quantitativo, quanto piuttosto quello qualitativo. Dunque è giusto nominare queste nuove ipotesi “nullità comportamentali” a patto che le si collochino in un aspetto peculiare del sistema, quello delle nullità testuali, ma non al vertice di un “nuovo” sistema delle nullità.

del sistema. Si può dunque affermare che “nullità di protezione” non hanno carattere eccezionale, casomai speciale.

Tornando al punto di partenza, può dunque sostenersi che anche nel campo della protezione del contraente debole è ravvisabile la figura del contratto inutile.

La chiave del discorso sta in ciò, che è vero che la tendenza della normativa comunitaria è sempre orientata nel senso di prescindere dallo schema attizio verso il profilo effettuale mediante la predisposizione del rimedio. Ma il fatto che la nullità del contratto sia integrata da un comportamento, invece che da un difetto dell'atto, è circostanza del tutto inidonea a rompere la continuità normativa tra “vecchio” e “nuovo” sistema delle nullità.

Occorre ancora una distinzione preliminare. Non tutti casi di nullità derivanti da violazioni comportamentali presentano una identica radice ontologica, con la conseguenza che all'interno delle cd. “nullità comportamentali”, si può distinguere tra “nullità comportamentali pure” e “nullità comportamentali a rilevanza attizia”. Con riguardo alla prima categoria si pensi alla nullità del contratto avente ad oggetto la commercializzazione a distanza di servizi finanziari –prevista dall'art. 67 *septiesdecies* comma 4 del d. lgs. 206/2005– quantomeno nei casi in cui il fornitore ostacoli il diritto di recesso del consumatore ovvero non rimborsi le somme eventualmente pagate da quest'ultimo. Parimenti è a dirsi con riferimento alla nullità del contratto concluso telefonicamente, qualora il professionista non comunichi al consumatore la propria identità ovvero lo scopo commerciale della telefonata ai sensi dell'art. 52 comma 3 del d.lgs. 206/2005. In terzo luogo si pensi alla nullità del contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire nel caso di mancata consegna della fideiussione a garanzia delle somme ricevute dal costruttore ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. 20 giugno 2005, n° 122.

In tutti questi casi la violazione dell'obbligo comportamentale legalmente previsto è del tutto estranea ai profili strutturali del contratto e rappresenta la manifestazione di tutela di un autonomo interesse satellitare rispetto al

contratto.

Appartengono invece alla seconda categoria delle nullità comportamentali a rilevanza attizia i casi di cui all'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n° 192, dell'art. 7 del d. lgs, 9 ottobre 2002, n° 231, dell'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n° 287. In queste ultime ipotesi viene invece in rilievo un comportamento che, per gli effetti che dallo stesso conseguono sul patto, ne determina la sua nullità.

Il punto di contatto tra contratto inutile e “nullità di protezione” sta allora in ciò, che le nullità comportamentali a rilevanza attizia, in quanto integrate da comportamenti immediatamente prodromici e diretti alla stipula di un patto, sono espressione della figura del contratto inutile con carattere sanzionatorio. In quei casi, infatti, non viene tanto in questione un profilo di illiceità, ma emerge piuttosto la inidoneità dello schema creato ad assicurare a modello regolatorio, in quanto non meritevole di tutela, avuto riguardo all'interesse tutelato, che è proprio quello della parte contrattuale giuridicamente debole.

Ha dunque pregio il riferito orientamento della Corte di Cassazione secondo cui –pur essendo immediatamente dirette a stigmatizzare un comportamento – queste forme di invalidità non risultano così eversive da snaturare il sistema della nullità contrattuale.

Del resto, che senso avrebbe dichiarare la nullità di un contratto per un fattore ad esso estraneo – ma non autonomamente rilevante – se il contratto, nella sua globalità, non fosse direttamente investito da quel disvalore di cui quel tipo di nullità si fa portatrice?

In tali casi l'unica differenza di rilievo che si apprezza sta nel carattere unilaterale della tutela proprio perché la *ratio legis* è quella di tutela della parte debole.

Ma si badi bene. Il discorso potrebbe essere confuso dalla considerazione secondo cui queste ipotesi costituirebbero casi di nullità di ordine pubblico, atteso che la disciplina della nullità è sempre posta a tutela di interessi pubblici ⁽³⁰⁴⁾. Giova osservare come è vero che l'ordine pubblico è un

³⁰⁴ GENTILI, *La <<nullità di protezione>> cit.*, p. 107.

principio immanente nel tessuto della disciplina del contratto e significativamente in quella della nullità, ma la considerazione di tale principio quale chiave di volta del sistema non convince pienamente.

Nell'attuale interpretazione ⁽³⁰⁵⁾, la clausola di ordine pubblico è volta ad evitare che l'assetto regolamentare creato dai privati sia difforme rispetto ai principi costituzionali. Trasponendo il discorso nel settore della nullità di protezione – a stretto rigore – tale rinvio, per il tramite dell'art. 117 Cost., potrebbe essere direttamente riferito ai Trattati U.E., e dunque riferirsi sia alla tutela della concorrenza (art. 101 e 102 T.F.U.E.) che all'opposto valore della giustizia sociale di cui all'art. 3 del T.U.E. ⁽³⁰⁶⁾.

Ma la clausola di ordine pubblico può ben riferirsi anche all'art. 41 Cost. e, significativamente, al suo comma 2, laddove pone come limite all'autonomia privata il rispetto del parametro di utilità sociale. Conseguentemente l'interprete dovrebbe bilanciare la pluralità di valori appena menzionati. Questa impostazione non appare meritevole di seguito. Fermo restando quanto sopra rilevato ⁽³⁰⁷⁾, si rileva che porre a fondamento di un istituto una clausola generale, qual è quella di ordine pubblico, comporta il rischio di dissolvere la visione fenomenologica del problema.

Ben si può seguire la diversa lettura che ci siamo proposti. Resta fermo e condivisibile che le nullità di protezione costituiscono espressione del parametro di ordine pubblico atteso che è “proprio il pubblico interesse che richiede la protezione del privato” ⁽³⁰⁸⁾ ma, si badi bene, per fini diversi dalla mera protezione della sfera privata!

In altri termini, giova ripetere che la protezione dell'interesse privato può ben fungere da manifestazione di tutela della concorrenza, quale atto di promozione dello sviluppo dei traffici e delle contrattazioni, ovvero –in pari tempo– del perseguimento dell'opposto fine di giustizia sociale. In ogni caso questa forma di tutela non è fine a se stessa.

Quindi il fondamento delle nullità comportamentali con rilevanza attizia –

³⁰⁵ GAZZONI, *Manuale cit.*, p. 800; C.Cost. 2 Febbraio 1982, n°18

³⁰⁶ Sul punto v. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, pp. 601 – 647 (spec. parr. 4 e 5).

³⁰⁷ Si rinvia sul punto a quanto osservato nel par. 5 del capitolo I.

³⁰⁸ GENTILI, *Ibidem*.

seppur ascrivibili, sul piano di politica del diritto, all'ordine pubblico – è da individuarsi proprio nel giudizio di utilità, poiché in tali casi il comportamento tipico snatura lo schema contrattuale meritevole di tutela in ossequio alla sua funzione.

Altrimenti opinando vien da chiedersi, ma perché il legislatore ha dovuto prevedere queste nullità così “anomale”? Non sarebbe stato sufficiente estendere a quelle ipotesi i rimedi dell'annullamento, della risoluzione, della rescissione già presenti nel nostro ordinamento? Non è un caso infatti che autorevole dottrina giustamente rileva l'inversione della logica, di cui le nullità di protezione sono portatrici, per cui “la legge giudica l'atto dall'effetto, non l'effetto dall'atto”⁽³⁰⁹⁾.

Il legislatore ha dunque ritenuto che lo strumento di migliore tutela della parte contrattuale giuridicamente debole fosse quello nullità dell'atto; togliere l'atto dal mondo giuridico costituisce, in altri termini, il miglior rimedio a fronte dei tradizionali strumenti di tutela. Questo perché il contratto, ove eseguito, sarebbe risultato sicuramente inutile per la parte tutelata e, come tale, legittimata a chiederne la nullità. L'altra parte giuridicamente “forte” trova nella nullità la sanzione al comportamento abusivo versato in atti e tale da snaturare il contratto dalla funzione che lo stesso avrebbe dovuto assolvere.

Sul piano sistematico si può dunque affermare che la previsione di nullità testuali non meramente comportamentali, in relazione al secondo ed al terzo contratto, si collocano quali strumenti di tutela della parte contrattuale giuridicamente debole attraverso la previsione della conseguenza della nullità relativa per la inutilità dello schema predisposto ⁽³¹⁰⁾.

20. Contratto inutile e responsabilità precontrattuale da mancata comunicazione di motivi di nullità di cui all'art. 1338 Cod. Civ.

Come è noto, la buona fede soggettiva opera in tutta la fenomenologia del contratto (artt. 1175, 1337, 1338, 1358, 1366 1375 Cod. Civ.): in relazione al

³⁰⁹ GENTILI, *Ibidem*.

³¹⁰ V. Trib. Siracusa 15 marzo 2008, in relazione al contratto nominato “4you” il quale imponendo di fatto un'alea unilaterale, è nullo per carenza di interessi meritevoli di tutela; in tal caso è legittimo a sollevarne la nullità il solo consumatore.

tema della responsabilità precontrattuale da mancata comunicazione di un motivo di nullità, si è da sempre posto il problema se l'obbligo di informazione corresse anche nel caso in cui una delle parti venisse a conoscenza di una ragione di inesistenza contrattuale (³¹¹).

La divergenza di opinioni fornisce l'ispirazione per interrogarsi quali siano gli effetti del contratto inutile in relazione alla responsabilità di cui all'art. 1338 Cod. Civ.. In buona sostanza occorre valutare se la parte, che conoscendo o dovendo conoscere la causa di inutilità del contratto ometta di comunicarla alla controparte, sia responsabile per il danno sofferto dall'altra per aver confidato senza sua colpa nella creazione o adozione di uno schema contrattuale idoneo a realizzare gli interessi concretamente dedotti.

Occorre distinguere tra i casi di inutilità originaria, laddove lo schema contrattuale è *ab origine* inidoneo a realizzare il programma negoziale, dai casi in cui questo difetto sopravviene nella fase esecutiva. Per quanto riguarda quest'ultima ipotesi, l'art. 1338 Cod. Civ. potrebbe astrattamente trovare applicazione quante volte l'evento da cui consegue l'inutilità sopravvenuta del contratto e che rende la prestazione parzialmente impossibile ai sensi dell'art. 1464 Cod. Civ. fosse prevedibile (³¹²). Tuttavia la concreta applicazione sarebbe difficilmente praticabile essendo arduo l'accertamento

³¹¹ Sul punto v.: DE MAURO, FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, Cedam, 2002, p. 188; FINESSI, *La responsabilità precontrattuale*, in MONATERI, DEL PRATO, MARELLA, SOMMA, COSTANTINI (a cura di), *Il nuovo contratto*, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 187; GALLO, *Buona fede e diligenza*, Milano, IPSOA, 2009, p. 133; GALLO, *Trattato del contratto*, Milano, IPSOA, 2010, p. 263; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990, p. 56 e ss.; MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)*, in Dig. Disc. Priv., 1998, p. 405; RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Tomo I, Torino, Utet, 1999, p. 222; GALLO, *Buona fede e diligenza*, Milano, IPSOA, 2009, G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard (Art. 1337-1342)*, in Il codice civile commentato diretto da SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 1993, p. 166 e ss.; SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 347 e ss.; SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 285 e ss. I fautori della impostazione negativa affermano che l'inapplicabilità deriverebbe dalla mancanza in capo all'atto dei requisiti minimi tali da poter identificarlo come contratto (SAGNA, *Op. cit.*, p. 348). Tale dottrina riconosce tuttavia l'applicabilità, nel caso in parola, del titolo di responsabilità previsto dall'art. 1337 Cod. Civ.. La tesi positiva muove dalla invece dalla lettura estensiva della "causa di invalidità del contratto" cui fa riferimento l'art. 1338 Cod. Civ. (MUSY, *Ibidem*). I fautori della tesi intermedia affermano che non è sufficiente la inesistenza del contratto, essendo necessaria l'induzione della controparte a confidare nella stipulazione del contratto. (BIANCA, *Il contratto cit.*, p. 174).

³¹² Cass. 24 luglio 2007, n° 16315.

della prevedibilità dell'evento impeditivo sopravvenuto.

Quanto al caso di inutilità originaria, appare difficile concepire l'applicabilità dell'art. 1338 Cod. Civ., atteso che la mancata comunicazione di un motivo di inutilità è assai raramente praticabile. Ciò perché, insistendo il giudizio sullo schema negoziale creato – ed essendo l'utilità un concetto di relazione – sarebbe inconcepibile e contraddittoria la creazione all'insaputa dell'altro di uno schema non utile. Ove ciò si verificasse, verrebbe casomai in gioco la disciplina dell'annullamento per dolo o per errore essenziale riconoscibile.

Capitolo III

Considerazioni conclusive

SOMMARIO. 1. *La graduazione dell'interesse contrattuale secondo utilità.* 2. *Contratto inutile e logica rimediale.* 3. *Norme comportamentali pure e norme comportamentali a rilevanza attizia.*

1. La graduazione dell'interesse contrattuale secondo utilità.

L'analisi condotta nei precedenti capitoli, ed in particolare i principi desumibili dalla dottrine ivi ricostruite, consentono all'interprete di trarre le prime considerazioni conclusive.

Come si è visto, il principio di polivalenza funzionale -inteso sia quale capacità funzionale di plurimi tipi, che, in pari tempo, nel senso di pluralità funzionale della analoga struttura- implica che in relazione ad ogni contratto debba valutarsi, la sua capacità funzionale oltre alla consistenza dell'interesse contrattualmente dedotto. Tale assunto è corroborato altresì dall'adesione all'applicabilità generalizzata dell'art. 1322 comma 2 Cod. Civ. anche in relazione al contratto tipico.

Entrando nello specifico del giudizio sull'atto contrattuale, accanto al giudizio causale strettamente inteso, si colloca anche la valutazione in ordine alla sua utilità.

Ad una prima analisi, il giudizio di utilità potrebbe costituire la reinterpretazione in termini moderni del giudizio di meritevolezza, in guisa da trarre quest'ultimo fuori dalle secche della sua interpretazione abrogatrice.

Tuttavia, ad un più approfondito esame, emerge che il giudizio di utilità è caratterizzato da tratti peculiari rispetto sia al sindacato causale che a quello di meritevolezza, tanto da consentire all'interprete di predicarne l'autonomia; invero, il *quid pluris* che connota il giudizio di utilità è proprio il sistema di graduazione degli interessi contrattualmente dedotti.

Per la tradizionale impostazione, l'indagine in ordine alla sussistenza della causa contrattuale, così come quella di meritevolezza, prende le mosse dall'analisi a ritroso della formazione dell'atto di autonomia privata onde

ricavarne il concreto interesse cui è funzionale la struttura creata, tipica o atipica che sia. Da tale passaggio l'interpretazione tradizionale, una volta appurato il volto dell'interesse concreto, provvede alla sua valutazione esclusivamente in punto di liceità, ovvero, come è noto, nella conformità dello stesso a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Tale stato dell'arte trova le proprie origini, come si è più volte osservato, a partire dall'insegnamento di Ferri in avanti.

Orbene, si osserva che anche il sindacato di utilità muove dalla destrutturazione della fattispecie onde ricavarne l'interesse perseguito, ma, a differenza del giudizio sulla causa, quello di utilità contiene anche l'ulteriore sindacato di graduazione dell'interesse ai fini della sua ammissibilità.

Tanto si desume dalla citata recente elaborazione curiale che ha dato la stura alla discontinuità rispetto alle tralaticie impostazioni secondo cui –come si è più volte rilevato- sarebbe stata sufficiente la mera valutazione di liceità del fine contrattualmente perseguito ⁽³¹³⁾.

Invero, come si tentato di ricostruire nel presente lavoro, il tormentato problema del sindacato giudiziale sul contratto ha assunto, *in parte qua*, rinnovati criteri e modalità in ordine alla valutazione dell'interesse contrattuale, così che si è gradualmente iniziato ad abbandonare l'apprezzamento in termini atomistici del contratto verso una forma di valutazione inscindibilmente legata ai fattori strutturali e, significativamente, alla stretta connessione tra il fine perseguito ed i singoli relativi aspetti disciplinari.

In questa rinnovata fase evolutiva, non assume preminenza tanto l'interesse di per sé considerato, e neanche solo quello emergente dalla struttura negoziale, ma l'assetto di interessi come risultante dall'intreccio di diritti ed obblighi concepiti e disciplinati dalle parti nello statuto contrattuale, in tutte le specifiche connessioni disciplinari che le parti hanno assunto nel caso concreto.

In altri termini, il *proprium* del giudizio di utilità sta in ciò, che al momento destrutturale di reperimento della finalità negoziale –comune alle altre

³¹³ *Ex multis* Cass. 2578/1975; Cass. 3545/2004 in Contr. 2004, p. 881 e ss.; Cass. 75/1994, Cass. 9975/1995.

forme di sindacato- segue il reinserimento dell'interesse negoziale nella struttura al fine di valutare l'utilità dello schema contrattuale ovvero dell'operazione creata.

Non è infatti sufficiente reperire l'interesse alla base della contrattazione per asserire che il contratto sia valido, ma occorre reinserire il suddetto interesse nella struttura negoziale e, quindi, verificare se le connessioni disciplinari sono idonee a dar luogo a risultati pratici utili o, se si vuole, coerenti dal punto di vista dell'interesse delle parti ed, in generale, dell'ordine giuridico.

Si pensi, ad esempio, al caso di contratto (atipico) di concessione di bene immobile a discarica di rifiuti senza l'espressa previsione di un termine finale, e senza altresì l'espressa previsione dell'obbligo, in capo al concessionario, di riconsegnare il bene una volta cessato il suo uso.

In tal caso, la giurisprudenza ⁽³¹⁴⁾ ha sancito che deve trovare applicazione, in via analogica, la disciplina della locazione, e ciò in virtù dello scopo pratico del negozio che è desumibile dalla causa in concreto, con la conseguenza che sussiste l'obbligo a carico del concessionario o conduttore, alla scadenza del termine, di riconsegnare il bene. Inoltre, nel caso in cui il concessionario non dimostri che i pattuiti lavori di bonifica dell'area non avrebbero potuto esser svolti senza conservare la disponibilità del bene, il concessionario medesimo deve ritenersi responsabile del ritardo nella consegna del bene stesso, ai sensi dell'art. 1591 Cod. Civ.

A margine di tale dispositivo, la pronuncia sancisce altresì che “i controlli insiti nell'ordinamento positivo, relativi all'esplicazione della autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente e alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti. La nozione di ordinamento giuridico, cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento della autonomia negoziale ai privati, infatti, deve oramai intendersi in tale senso, attesa l'interazione sulle previgenti norme codicistiche delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi

³¹⁴ Cass. Civ. Sez. III 1 aprile 2011, n. 7557.

informatore o fondante dell'ordinamento stesso.

La causa concreta costituisce uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell'attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro della liceità (ai sensi dell'art. 1343 Cod. Civ.) e per i contratti atipici della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, ai sensi dell'art. 1322 Cod. Civ.”.

La pronuncia in commento lungi dal valutare in modo isolato le specifiche finalità perseguite dalle parti, si spinge innanzi, sancendo che, ai fini della concreta e corretta realizzazione di tale assetto regolamentare, è necessaria l'implementazione con la disciplina della locazione, poiché, alla luce di una valutazione di normalità, il regolamento ordito dalle parti è, di per sé, incompleto.

Com'è agevolmente intuibile, in tal caso non viene in questione l'ammissibilità del fine contrattuale singolarmente inteso, ma viceversa la connessione di quest'ultimo con tutti gli elementi strutturali del caso concreto ed in particolare con la mancanza di una clausola che imponga al concessionario la restituzione nel momento in cui l'attività esercitata sui terreni oggetto del contratto non possa esser oggettivamente più proseguita. Tale forma di giudizio supera lo schema della valutazione causale per integrare quella del prefigurato giudizio di utilità ⁽³¹⁵⁾!

Invero, nella pronuncia in discorso è stata effettuata sia la fase di destrutturazione della fattispecie ai fini dell'estrapolazione dell'interesse negoziale, che la successiva fase di ricomposizione strutturale alla luce dell'appurato interesse al fine di valutare l'utilità dello schema creato. Nel caso di specie, il predetto sindacato ha sortito esito negativo proprio perché l'interesse alla prosecuzione della detenzione del terreno anche in presenza di condizioni oggettive ostative all'esercizio dell'attività cui lo stesso era destinato, non avrebbe potuto trovare accoglimento.

Quindi l'interesse contrattuale viene ad esser graduato con riguardo alle circostanze del caso concreto ed il risultato che ne scaturisce è quello della

³¹⁵ Meno convincente risulta riferimento ai principi costituzionali operato dalla pronuncia in parola con riguardo al giudizio di meritevolezza. Si rinvia a quanto osservato al par. 5 del Cap. I.

ammissibilità o meno della disciplina creata dall'autonomia.

Tale metodo argomentativo si pone altresì in sintonia con l'approccio funzionale razionalizzato nonché con la valutazione endocontrattuale cui si è aderito nel corso del presente lavoro.

Sul piano sistematico il giudizio di graduazione si colloca quale logico *posterius* del giudizio sulla causa e di meritevolezza.

Ne deriva che la graduazione dell'interesse in tanto potrà esser svolta, in quanto il primo giudizio abbia avuto esito positivo, altrimenti si darebbe un'ipotesi di nullità per mancanza di causa pura.

Un'ulteriore precisazione si rende necessaria quantomeno per evitare il ogni rischio di tautologia.

Ed infatti, come si è tentato di rilevare, se la causa contrattuale, ed anche il giudizio di meritevolezza, assumono una valenza individuale, ciò non implica anche che, la relativa valutazione debba essere condotta a livello meramente interno al contratto. In altri termini individuale non significa autoreferenziale, altrimenti degradando il discorso al vizio di circolarità.

Se dunque "individuale" non significa autoreferenziale, ne consegue che la valutazione non può esaurirsi alla struttura, ma neanche identificarsi integralmente nella funzione. Né tantomeno potrebbero venire in ausilio i riferimenti ai parametri costituzionali che sovente opera la giurisprudenza in ordine ai controlli positivi dell'autonomia, in quanto gli stessi risultano estranei alla valutazione di utilità, integrando piuttosto, come più volte rilevato, dei criteri di liceità e significativamente di ordine pubblico ⁽³¹⁶⁾.

In altri termini l'aggettivo individuale richiede di esser declinato in termini giuridici, oltre la mera fenomenologia contrattuale e, dunque, all'esterno della struttura.

Come si è tentato più volte di argomentare, infatti, la tesi di Ferri è sfumata sul punto poiché esaurisce il proprio sforzo argomentativo alla sola presenza

³¹⁶ Si veda sul punto Cass. Civ. sez. III 19 giugno 2009, n. 14343 secondo cui "i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, coincidenti con la meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente e con la liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi, ivi compreso quello contemplato dall'art. 2 Cost. Nello stesso senso v. Cass. Civ. sez. III 26 novembre 2002, n. 16679.

dell'interesse piuttosto che alla valutazione della sua consistenza.

Per converso, la teoria del contratto inutile è in grado di gettare rinnovata luce sul punto in guisa da risolvere anche il delicato equilibrio tra struttura e funzione. In particolare il giudizio di graduazione è in grado di bilanciare le finalità individuali perseguite con la struttura creata nelle sue necessarie implicazioni disciplinari.

Ne consegue altresì che la pretesa utilità non si pone come strumento di pesante ingerenza del giudice nella creazione del regolamento ⁽³¹⁷⁾, ma rappresenta piuttosto un valido sindacato a base razionale proprio volto al fine di permettere alle parti di realizzare i propri interessi.

Con il duplice conseguente corollario. Da un lato che la valutazione sottesa al giudizio sulla causa e sulla meritevolezza non può esaurirsi all' esame statico e strutturale dell'atto occorrendo viceversa la valutazione della struttura in vista della funzione perseguita.

D'altro canto che la valutazione dell'interesse non può essere astratta dai legami strutturali e soppesare il solo obiettivo in termini puri.

Costruita in questi termini, la teoria del contratto inutile rappresenta, a nostro sommo parere, l'integrale attuazione delle implicazioni derivanti dalla teoria della causa in concreto e rimaste, forse volutamente, nella penna del suo Autore.

Alla luce di tali assunti, non dovrebbe destare scalpore la conclusione secondo cui ancorchè sussista l'interesse concreto, voluto dalle parti in assenza di alcun vizio del volere, il giudice possa dichiarare nullo il contratto per carenza di utilità.

A questo punto vien da chiedersi: ma utile per chi? Il caso del *dividend washing* è emblematico. Ed infatti in tale ipotesi l'operazione è sicuramente utile per le parti, atteso che costoro hanno affidato quella determinata struttura negoziale al perseguimento di quell'interesse che connota e costituisce la specifica funzione economico individuale. Ben può affermarsi che, almeno nella prospettazione delle parti, la causa esista.

Ma al confronto con l'ordinamento il contratto cade, addirittura perché

³¹⁷ A tali conclusioni perviene A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in Riv. dir. civ., 2012, 6, pp. 573-614

nullo. Quindi è lecito desumere che, o la funzione economico individuale non è valida spiegazione della causa contrattuale, o che nel contratto sono ravvisabili plurimi profili di funzionalità e che non tutti reagiscono in modo analogo al confronto con l'ordinamento, ancorchè derivino dal medesimo titolo.

Quel che appare fuori di dubbio sta in ciò, che il contratto deve essere utile per le parti, ma nel senso giuridico e non già di mero fatto. Significativo a tal proposito è il passaggio di Cass. 20398/2005 laddove si ha cura di precisare che il fine del risparmio fiscale non giustifica da solo la creazione della stipulazione atta al suo raggiungimento.

Analogo discorso può esser fatto in relazione al caso di preliminare di preliminare, laddove il raffronto tra l'interesse alla scansione dell'operazione contrattuale in tre fasi piuttosto che in due è inammissibile.

Corollario della valutazione di in-utilità è la qualificazione come interesse di fatto quello sotteso alla strutturazione di un preliminare di preliminare, giacchè mancano, ad avviso della giurisprudenza, ulteriori interessi concreti che potrebbero giustificare la creazione della diversa struttura negoziale.

Da quanto sopra dedotto può allora ritenersi che la causa non è la funzione economico individuale *tout court*, ma piuttosto la funzione individuale approvata dall'ordine giuridico nei termini di sua utilità.

Ecco perché la funzione economico individuale non può esser letta in termini di (sola) liceità!

Giova piuttosto evidenziare che, nei casi esaminati, tutte le volte in cui la giurisprudenza ha inteso riferirsi alla causa in concreto, la nozione che ne è emersa è stata diversa da quella coniata dal Ferri.

Può dunque affermarsi che la nozione giurisprudenziale di causa in concreto è più orientata verso l'assiologia che verso la fenomenologia nell'accertamento dell'elemento essenziale in discorso. Non è sufficiente, in altri termini, che sussista un "qualsiasi" interesse concreto ai fini della validità della stipulazione, ma neppure è necessario che il fine concreto attui i principi costituzionali o comunitari, essendo sufficiente che lo stesso non si ponga in contrasto rispetto ai primi.

Ad una visione di insieme, e fermi restando i particolarismi di ogni caso, il concetto di utile, così come il meritevole, ma anche quello “tipico”, sono aggettivi che presentano la base comune di razionalità dell’interesse perseguito da cui deriva, non tanto l’opportunità, quanto piuttosto la necessità di tutela giuridica attribuita mediante la garanzia di coercibilità.

A livello generale, dunque, utile è ciò che è razionale, e quindi conforme all’*id quod plerumquem accidit* del caso concreto.

Ma per sua natura il concetto di utile non consente di essere chiuso tra la causa del contratto ed il giudizio di meritevolezza poiché la carica eversiva, specie a livello sistematico che dallo stesso deriva, supera gli angusti limiti del sindacato causale.

Resta comunque fermo che il principio di utilità costituisce probabilmente una delle più valide e moderne spiegazioni del tormentato fenomeno della meritevolezza, in quanto è in grado di ancorare tale giudizio sui binari dell’analisi concreta.

*** **** **

Come sopra rilevato, il giudizio di utilità, quello di liceità ed il giudizio di meritevolezza, disegnano insiemi intersecanti il cui tratto comune è costituito dal sindacato contrattuale sul profilo attizio.

Ma le differenze tra i tre giudizi si apprezzano sia nella diversa struttura e funzione delle forme di sindacato.

Ed infatti, da un lato il giudizio di liceità ha come finalità quella di preservare l’ordinamento da pattuizioni *contra legem* in quanto rivolte a perseguire lo stesso fine che norme imperative, ordine pubblico e buon costume intendono vietare.

Diversamente il giudizio di meritevolezza e quello di utilità hanno come fuoco d’indagine la riconoscibilità giuridica del prodotto della privata autonomia agli stessi restando estraneo, come si è più volte ribadito, ogni e qualsiasi valutazione di liceità.

Nei loro reciproci rapporti, il giudizio di meritevolezza e quello di utilità presentano la comune base di valutazione dello schema negoziale al fine dell’attribuzione di tutela giuridica. Ma il giudizio di meritevolezza valuta la

sola rilevanza dell'interesse come estrapolato dall'analisi della struttura mediante la destrutturazione della fattispecie.

Diversamente il giudizio di utilità non limita l'indagine all'interesse sul piano fenomenologico, ma, come si è visto, dà luogo alla graduazione dello stesso valutandolo sia in relazione alla controprestazione nel caso di sinallagma, che soprattutto in relazione a tutte le implicazioni disciplinari ordite dalle parti.

In ciò consiste la graduazione, nella valutazione di razionalità tra disposizione contrattuale e disciplina prevista. Più diffusamente si osserva che la coppia diritto-obbligo negozialmente prevista deve non solo esser sorretta dal corrispondente interesse; nei casi di atipicità pura, infatti, occorre anche che sussista un ulteriore interesse per una, ovvero per entrambe le parti. Da tanto deriva altresì che il giudizio di utilità andrà a sindacare anche i profili disciplinari relativi all'attuazione del suddetto assetto di interessi, con particolare riguardo ai profili di idoneità attuativa.

Così inteso, il giudizio di utilità rappresenta un'autonoma ipotesi di valutazione della meritevolezza dell'interesse contrattuale, il cui *genus* può anche ascrivere all'art. 1322 comma 2 Cod. Civ., ma il giudizio che ne consegue è più ampio e diffuso rispetto al primo.

Tali considerazioni sono state recentemente confermate dalla giurisprudenza di merito –che fa segue la casistica già esposta (cap. II, par. 10)- in materia di contratti bancari ⁽³¹⁸⁾. Nel caso deciso dal Tribunale di Bari, tra banca e cliente era intercorso sia un contratto di mutuo che un successivo contratto di *interest rate swap* che, come è noto, consiste nel reciproco scambio, per un periodo di tempo, di pagamenti calcolati sulla base di tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati ad un capitale nozionale. Orbene, nel contratto oggetto di causa il giudice ha accertato che, sebbene i valori nozionali fossero addirittura inferiori al capitale del mutuo ancora da restituire, tuttavia gli interessi richiesti con l'operazione di *interest rate swap* erano comunque superiori a quelli del mutuo ed inoltre che la durata del derivato finanziario era di gran lunga inferiore a quella del

³¹⁸ Trib Bari 5.1.2012.

mutuo.

In base a tali circostanze il giudice ha ritenuto sussistere la finalità speculativa piuttosto che garantista del derivato finanziario e, conseguentemente ha dichiarato la nullità del predetto contratto di *swap* per difetto di causa concreta.

La pronuncia merita interesse perché in tale ipotesi, così come nel caso del *dividend washing*, si è ben oltre la valutazione di meritevolezza poiché la valutazione dell'interesse ha come propria base il concatenarsi di due contratti autonomi e distinti (quello di mutuo e quello di *interest rate swap*) rispetto ai quali sembra francamente arduo sostenere la sussistenza del collegamento negoziale.

Sempre con riferimento al contratto di *interest rate swap*, la giurisprudenza⁽³¹⁹⁾ ne ha sancita la nullità con riguardo ad un ipotesi di emissione del derivato da parte di un ente pubblico caratterizzata dallo squilibrio dei valori di mercato ai fini della determinazione del differenziale degli interessi, non riequilibrato attraverso un'operazione di *up front*. In tal caso la pronuncia in esame ha sancito la nullità del predetto contratto in quanto il differenziale iniziale degli interessi tra le parti ebbe a comportare non solo lo squilibrio genetico delle reciproche posizioni, ma anche e soprattutto il venir meno della finalità conservativa consentita agli enti locali nell'operatività in strumenti derivati.

2. Contratto inutile e logica rimediale.

Traendo spunto dal modo d'essere del giudizio di utilità occorre scendere *funditus* nei prefigurati rapporti (v. cap. II par. 17) tra contratto inutile e nozione di rimedio onde valutare le implicazioni che derivano dalla correlazione tra le due figure.

Un primo dato comune è costituito dal carattere destrutturale delle due forme di sindacato nel senso che l'incidenza dell'ordine giuridico sull'autonomia non si esaurisce alla mera qualificazione ed interpretazione negoziale, ma interviene nel contratto anche per mezzo della valutazione

³¹⁹ Trib. Orvieto 12.4.2011 ne il caso.it

ortopedica degli interessi divisati.

Una prima differenza. Le ipotesi di intervento rimediabile sono tendenzialmente volte all'accertamento del contenuto minimo necessario del contratto, ovvero alla modificazione dei suoi profili disciplinari, si pensi all'integrazione ex art. 1374 Cod. Civ., così come alle ipotesi di riduzione anche officiosa della clausola penale. Viceversa il contratto inutile si manifesta in termini di rifiuto a seguito della valutazione negativa effettuata in termini funzionali sulla struttura.

In tal senso il contratto inutile è strumento di tutela delle parti volto com'è ad espellere dall'ordine giuridico accordi inutili in quanto privi di una intrinseca ragionevolezza, accanto ed in aggiunta alla valutazione di razionalità dell'interesse contrattuale che, nei suoi profili statici, è effettuato attraverso dal giudizio di meritevolezza ed il sindacato causale.

Ma nelle forme di sua manifestazione, anche il rimedio si presenta normalmente attraverso il sistema di graduazione condotto sulla struttura ovvero sui profili esecutivi del contratto. Si pensi ancora al sindacato giudiziale in ordine alla eccessività della clausola penale, laddove l'intervento riduttivo deriva pur sempre dalla graduazione non tanto tra gli effetti giuridici, quanto piuttosto tra gli interessi contrattualmente dedotti nella loro consistenza, e precisamente, l'interesse alla prestazione contro l'interesse alla garanzia della controprestazione dall'altro lato.

Ma v'è un caso in cui le due figure si avvicinano ancor maggiormente. Si pensi al sindacato secondo buona fede oggettiva come è stato inteso nel celebre "caso Fiuggi" ⁽³²⁰⁾. In tale ipotesi, come è noto, ebbe ad intercorrere un contratto tra il comune ed una società privata per la conduzione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale, nonché per la locazione degli stabilimenti termali. Il corrispettivo di tale contratto era stato adeguato, nella sua oscillazione, al prezzo di vendita liberamente determinato dalla società privata. Senonchè la società ebbe a mantenere fermo il prezzo di vendita dell'acqua e con esso anche l'ammontare del

³²⁰ Su cui v. Cass. Civ. Sez. I 20 aprile 1994, n. 3775 in in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 ss., con nota di M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti.*

canone di affitto, nonostante l'intervenuta svalutazione monetaria che viceversa avrebbe comportato il suo incremento. Dal canto suo la società conduttrice ebbe ad assicurare i propri guadagni effettuando vendite non già nel mercato finale, ma a società riconducibili a se stessa al prezzo bloccato, così lucrando il maggior ricarico applicato nelle vendite finali.

La corte di Cassazione, chiamata ad esaminare il caso in questione, ebbe a sancire che il ruolo della buona fede in senso oggettivo è quello di concorrere a creare la "*regula iuris*" del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano quale principio cardine dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema. Da tanto consegue che il canone di buona fede costituisce il limite interno al diritto con particolare riguardo alle sue modalità di esercizio.

Orbene, ai fini della presente analisi, la sentenza in parola effettua un giudizio simile a quello di utilità, ma diverso per oggetto poiché il termine di paragone della graduazione è costituito dalla valutazione di comportamenti, ed in particolare quello della società concessionaria con riguardo alla decisione del prezzo di vendita dell'acqua.

In altri termini anche nel caso di giudizio secondo buona fede, l'ordine giuridico provvede a porre in reciproca relazione, non tanto gli interessi negoziali nella loro consistenza, quanto piuttosto i comportamenti delle parti rispetto alla struttura divisata graduandoli sotto il profilo della loro correttezza.

Si badi bene che tanto nel caso Fiuggi, così come nelle ipotesi di *dividend washing*, non v'è un deficit di volontà delle parti in ordine alla clausola aggredita dal sindacato giudiziale, anzi le parti vogliono tale assetto disciplinare. Ed infatti il contratto per la concessione della sorgente ben avrebbe permesso la cristallizzazione nel tempo del prezzo di vendita stigmatizzata, come si è visto, non tanto sotto il profilo strutturale, quanto nel suo momento effettuale.

Tali assunti portano a concludere che la struttura negoziale viene in considerazione nel momento genetico, ai fini del giudizio di utilità, mentre nel momento effettuale, la stessa viene in questione ai fini del sindacato di

buona fede.

Ma vi è di più. Come si è diffusamente rilevato, appartiene al giudizio di utilità anche l'ipotesi in cui le parti si siano accordate per l'attuazione del programma negoziale successivamente respinto dall'ordinamento così nei casi di *dividend washing*. Invero, in tali ipotesi non può affermarsi che il contratto sia in frode alla legge poiché, in primo luogo l'istituto ha perso la sua consistenza con la causa in senso concreto e, comunque, in tali ipotesi le parti non creano una situazione di fatto ai fini dell'elusione di una norma di legge, ma più propriamente le stesse danno vita ad una situazione reale e legalmente consentita, dunque, non illecita.

Tanto è confortato altresì dall'art 37 bis del D.p.r. 600/1973 norma che, non a caso, si esprime nei termini di nullità, bensì di inopponibilità di operazioni abusive.

Quindi può concludersi che giudizio di utilità e sindacato di buona fede costituiscono, *in parte qua*, fenomeni speculari nella cornice di assoluta assenza di illiceità contrattuale. Ecco perché la giurisprudenza tributaria ⁽³²¹⁾ costantemente oscilla tra la qualificazione in termini di inutilità della clausola e quella di sua contrarietà a buona fede; ne consegue che contratto inutile che il contratto contrario a buona fede si caratterizzano per la medesima modalità di accertamento ovvero mediante comparazione, ancorché, per quanto osservato, le ipotesi differiscano per modalità e conseguenze.

3. Norme comportamentali pure e norme comportamentali a rilevanza attizia.

Da quanto rilevato in ordine ai rapporti tra contratto inutile e sindacato di buona fede ed in particolare dalle specifiche modalità comuni ai due giudizi, occorre a questo punto riprendere quanto già rilevato (Cap. II, par. 19) in ordine ai rapporti tra regole di validità e regole di comportamento.

Su tale dicotomia sono di recente intervenute le Sezioni Unite della corte di

³²¹ V. ex multis Cass. SS. UU 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056, 30057.

Cassazione (³²²) che hanno confermato la tradizionale corrente dottrinale favorevole al mantenimento di tale distinzione (³²³); tale opinione, come è noto, non ha trovato consensi unanimi (³²⁴) poiché parte della dottrina ritiene che la partizione tra regole sull'atto e regole di comportamento poiché ritenuta estranea alle fonti e frutto di sola promanazione giudiziale.

L'attuale stato dell'arte è dunque caratterizzato dalla permanenza della riferita distinzione e ciò ad onta delle tendenze normative di provenienza comunitaria, da cui è conseguita la positivizzazione di forme di nullità su base comportamentale.

Quindi le regole di condotta operano il controllo dell'autonomia privata mediante l'apposizione di sanzioni a comportamenti ritenuti antiggiuridici, da cui consegue la sola applicabilità dei rimedi risarcitori ovvero di quelli della risoluzione e rescissione.

Nessuna conseguenza potrebbe riverberarsi sulla validità dell'atto anche nei casi di violazione degli obblighi precontrattuali da cui sia conseguita la stipula di un contratto valido ma a condizioni più svantaggiose rispetto a quelle in cui la parte avrebbe potuto stipulare ove tale informativa dovuta fosse stata correttamente data, il tutto in conformità alla disciplina del dolo incidente di cui all'art. 1440 Cod. Civ. In tali casi residua, a favore della parte vittima della scorrettezza precontrattuale il solo rimedio risarcitorio costituito dal minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento sleale di una delle parti .

Nelle riferite pronunce, le Sezioni Unite colgono l'occasione di intervenire a più ampio respiro in ordine all'attuale stato dell'arte del tema.

Invero con riferimento al prepotente affacciarsi di forme di nullità

³²² Cassazione civile , SS.UU., sentenza 19.12.2007 n. 26724 e n. 26725, in *Danno resp.*, 2008, p. 525 ss., con note di ROPPO e di BONACCORSI. In tempi precedenti v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di ROPPO-AFFERNI pubblicata anche in *Foro Italiano* 2006, I, p. 1105 e ss con nota di SCODITTI. Sugli attuali sviluppi del tema v. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. Dir. Annali*, Milano, 2011 pp. 595-627 (spec. p. 617 e ss.).

³²³ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 171; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961, p.28; P. BARCELONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 209 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova,1963, p.104 ss.

³²⁴ ALESSI, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, cit. p. 440 e ss.

destrutturali, staccate quindi dalla logica della fattispecie verso violazioni comportamentali (per la casistica si rinvia al Cap. II, par. 19), la corte cassazione inquadra tale rinnovato fenomeno nel segno della conservazione della tradizionale dicotomia. Ed infatti le “nuove” forme di nullità comportamentale dovrebbero esser ascritte ad ipotesi di nullità testuale di cui all’art. 1418 comma 3 Cod. Civ. restando, come tali, inidonee a sovvertire la tradizionale distinzione. A margine di tali considerazioni, le pronunce in discorso non possono non riconoscere tuttavia che è “in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell’atto”.

Ma nonostante tali osservazioni le stesse Sezioni Unite della corte di Cassazione evitano *ex professo* di ricondurre a categoria autonoma tali forme di invalidità per depositarle, come si è visto, nell’insieme descrittivo delle ipotesi di nullità testuale.

A sostegno di tali argomentazioni, la giurisprudenza adduce altresì l’argomento *a fortiori* secondo cui tali ipotesi non potrebbero neanche essere ascritte al macro insieme della nullità di tipo virtuale, poiché quest’ultima ipotesi deve comunque esser ricondotta alla fattispecie e, significativamente alla causa, oggetto ovvero alla forma. In altri termini, nell’ottica della suprema Corte anche la nullità virtuale ha carattere prettamente strutturale, non potendo esser integrata dalla violazione di qualsivoglia norma imperativa.

Non è mancato un condivisibile orientamento secondo cui tale modo di argomentare presenti profili di contraddittorietà⁽³²⁵⁾; sviluppando tali critiche si può ritenere che il vizio argomentativo non derivi dalla configurazione della nullità virtuale, poiché non sono mancati casi in cui la stessa è stata ricondotta anche a violazioni di norme imperative extrastrutturali, si pensi al caso di del contratto di vendita del caffè senza

³²⁵ GRISI, *Informazione cit.* p. 617, secondo cui “se da un lato ci si affida alla distinzione tra regole di comportamento e regole di validità ribadendone la vigenza, dall’altro non si può disconoscere che disposizioni normative che alla violazione dell’obbligo reagiscono con la misura invalidatoria dell’atto esistono e sono espressive di una <tendenza evolutiva [...] presente in diversi settori della legislazione speciale>”.

l'indicazione della data di scadenza (³²⁶). Quindi, non è la figura della nullità virtuale a contaminare i termini del discorso.

Il problema è un altro. Vi sono delle forme di nullità cd. nuove che hanno incidenza anche strutturale e non meramente funzionale; ne consegue che la valutazione a fini applicativi dovrebbe esser condotta in ordine al *topos* di incidenza del vizio, perché quello è l'unico criterio di *discrimen* ontologico tra le fattispecie prese in considerazione. E la teoria del contratto inutile costituisce un valido strumento di rilettura del problema poiché, come si è visto, attraverso questa è possibile selezionare tra le forme di valutazione degli interessi, mediante loro graduazione recitproca, quelle appartenenti a profili strutturali e, per quanto osservato, funzionali da quelle appartenenti alla fase meramente esecutiva.

In tal modo è possibile sprigionarne la carica sistematica che dalle nuove nullità deriva così evitando di racchiudere tali forme di invalidità nell'angusto ambito dello scopo della norma violata. Ne consegue allora che tali ipotesi di nullità non possono accomunarsi sotto la categoria "testuale", soltanto in ragione della loro funzione, ma viceversa devono essere analizzate anche nella loro portata ontologica, dalla quale deriva che il diverso punto di *discrimen*: ciò che rileva, in altri termini, non è più soltanto la modalità di manifestazione del vizio, l'atto ovvero il comportamento, quanto piuttosto le modalità di incidenza dello stesso.

Ed in questo senso lo stesso criterio dello scopo della norma violata, che ispira il tradizionale orientamento, può esser rivisitato mediante la sua sostituzione con il diverso criterio dell'incidenza del vizio. Da tanto consegue che potrà distinguersi tra norme comportamentali pure e norme comportamentali a rilevanza attizia.

Tali considerazioni potrebbero esser bollate di tautologia osservando che gli assunti cui perviene la prospettata distinzione –all'interno delle norme comportamentali, tra quelle a rilevanza attizia e quelle pure– nulla innoverebbe rispetto alla tradizione dicotomia.

Si potrebbe infatti ritenere che vi sono alcuni vizi –e segnatamente i vizi del

³²⁶ Cass. Civ. 11256/2003, in *Contratti*, 2004, p. 237 e ss.

volere di cui agli artt. 1427 e ss Cod. Civ. nonché gli obblighi precontrattuali di informazione di cui all'art 1337 Cod. Civ.- che si manifestano nella fase precontrattuale ma che incidono sul contratto con conseguenze disciplinari sempre diverse da quella di nullità.

In tali casi infatti, neppure potrebbe predicarsi la nullità del contratto per carenza dell'elemento essenziale dell'accordo poiché la parte, vuoi perché mossa da una erronea o falsa rappresentazione della realtà, ovvero *oborto collo*, vuole pur sempre la stipulazione ancorché a condizioni diverse. Dunque i rimedi diversi dalla nullità sono pienamente coerenti ad attribuire alla stessa parte adeguata forma di tutela.

In relazione a tali casi è chiaro che la distinzione tra norme comportamentali pure e norme comportamentali a rilevanza attizia non assume rilievo costitutivo poiché in tali casi il vizio, per dirla con Mantovani⁽³²⁷⁾, è incompleto.

Diverso discorso deve esser tuttavia condotto in relazione alle nuove ipotesi di nullità, laddove particolari comportamenti integrano elementi essenziali del contratto per cui, in caso di loro violazione, non può parlarsi di vizi incompleti, atteso che l'essenzialità di tali circostanze è tale che laddove le stesse non rientrassero nella struttura negoziale, la contrattazione non potrebbe esser meritevole di tutela.

Ecco dunque che il criterio del mero scopo della norma violata non basta a colorare tali ipotesi, ma che le stesse devono esser classificate secondo la loro incidenza sull'atto ovvero sul rapporto.

In tal modo è possibile ordinare in modo coerente il fenomeno delle nullità comportamentali rilevando che nel caso di mancato compimento dei comportamenti prescritti, la parte non vorrebbe quel determinato contenuto negoziale, ovvero lo stesso non sarebbe giuridicamente meritevole in forza proprio dell'assenza delle suddette circostanze.

In tali ipotesi il giudizio di utilità è già svolto, a monte, dal legislatore nella previsione del tipo, ma a differenza delle ipotesi comuni, non può predicarsi una funzione economico sociale del tipo stesso poiché, in virtù della logica

³²⁷ MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, Giappichelli, 1995.

rimediale che connota tali ipotesi, assumono rilevanza preminente i concreti interessi divisati dalle parti piuttosto che la funzione generalmente intesa e svolta da tali norme. Più diffusamente si ritiene che il controllo sull'autonomia che deriva dalla teoria del contratto inutile presenta solo incidentalmente carattere generale, nel senso di tutela della collettività da pattuizioni inutili, altrimenti opinando ciò comporterebbe il ritorno alla teoria della funzione economico sociale; viceversa tale sindacato si pone, in via diretta, a tutela delle stesse parti e solo in via incidentale si pone a tutela dell'integrità ordinamentale.

Dalla distinzione tra norme comportamentali a rilevanza attizia e norme comportamentali pure, deriva il diverso inquadramento delle prime, quali ipotesi di nullità strutturali per carenza di elemento di fattispecie, mentre le seconde quali ipotesi di nullità testuali.

BIBLIOGRAFIA

- A. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, Giappichelli, 1992
- A. M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in Riv. dir. civ., 2012, 6, pp. 573-614
- ALESSI, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, cit. p. 440 e ss.
- ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955
- ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 1943, p. 54 e ss.
- ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, Riv. crit. dir. privato, 1995, I, p. 45 e ss.
- ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in Riv. dir. proc. civ., 1956, I, p. 61 e ss.
- Atti dell'Assemblea Costituente: attività dei deputati*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1948.
- AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1957
- B. CROCE – L. EINAUDI, *Liberismo e liberalismo*, a cura di P. SOLARI, Milano – Napoli, 1957
- BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, vol. I, 5° ed., Torino, 1958
- BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969
- BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e dei diritti fondamentali*, Eur. Dir. Priv., 1/2011, pp. 329-348;
- BARSANTI, *Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti*, in *Arch. giur.*, 1897, p. 171 e ss.
- BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969
- BENEDETTI, *L'interpretazione dell'atto di autonomia privata tra teoria generale e dogmatica nel pensiero di E. Betti. Un paradosso*, in FROSINI, RICCOBONO, *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, Giuffrè, 1994
- BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969
- BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo ed economia dello scambio*, in *Giur. Merito*, 1978, p. 1327 e ss.
- BESSONE, *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della << causa >> reale dei contratti, gli equivoci sulla funzione economico-sociale del negozio*, in *Riv. not.*,

1978, p. 947 e ss.

BESSONE, *Obiter dicta della giurisprudenza, l'accertamento della <<causa>> reale dei contratti, gli equivoci della funzione economico-sociale del negozio*, in, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, a cura di ALPA, BESSONE, ROPPO, Napoli, 1982

BESSONE, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, Jovene, 1982, p. 13 e ss.

BETTI, *Diritto Romano*, Parte Generale, Padova, 1935

BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1962

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ESI, rist. 1994

BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Nuov. Dig. It.*, Torino, UTET, 1960, pp. 32-40

BETTI, voce *Negozio giuridico*, in *Enciclopedia italiana*, XXIV, Roma, 1934

BIANCA, *Il contratto*, 3, Milano, Giuffrè, 2000

BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1972;

BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *NGCC*, 2008, p. 314 e ss

BONFANTE, *Corso di diritto romano*, Vol. IV Le obbligazioni (dalle lezioni), Milano, Giuffrè, 1979

BRECCIA, *Art 1322*(commento), in NAVARRETTA ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349* in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet 2011

BRECCIA, *Causa*, BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, XIII, Torino, 1999

BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli istituti del diritto privato: testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni Fiorentini cit.*, n° 28, 1999, p. 409 e ss..

BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa*, in MAZZAMUTO, (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2002

BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, III° ed., Utet, 2000

C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992

CAPTANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927

- CAPITANT, *Introduction a l'étude du droit civil*, Paris, 1904
- CARIOTA FERRARA, *Inesistenza e invalidità dei negozi giudici*, in Foro It., 1948. IV, p. 33 e ss.
- CASTRONOVO MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol II. Proprietà obbligazioni e contratti, Milano, Giuffrè, 2007, Cap XXIV
- CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, Europa e dir. privato, 2009, 1, pp. 86 – 111
- CASTRONOVO, *Tra rischio e caso fortuito nella responsabilità da cassette di sicurezza*, BBTC, 1978, p. 62 e ss.
- CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico e il controllo di meritevolezza come strumento di incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, ora in Scritti giuridici, Padova, 1991
- CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966;
- CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, Riv. dir. civ., 1999, p. 234 e ss.
- CHIANALE, *Il preliminare di preliminare: intentio certa se se obligandi?*, in Notariato, I, 2010, pp. 42-47
- CICALA, *Il concetto di <<utile>> e le sue applicazioni nel diritto romano*, Torino, 1920
- COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, Giuffrè, 1981
- COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, Contr. Impr., 1987, I, pp. 422 - 435
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910
- CRICENTI, *Aspetti della causa in diritto civile francese. L'Avant-Projet di riforma*, Eur. Dir. Priv. N. 3/2007, p. 853-881
- CRICENTI, *Note sul contratto inutile*, Dir e Giur., 2007, p. 437-445
- CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano Giuffrè, 1978
- CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in Tratt. dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato, diretto da P. PERLINGERI, Napoli, ESI, 2010
- D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in*

generali, Trattato dei contratti diretto da RESCIGNO, Tomo I, Utet, 1999

D'EUFEZIA, *L'autonomia privata e i suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, p. 77 e ss

DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, Cedam, 2004

DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958;

DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964

DE MAURO, FORTINGUERRA, *La responsabilità precontrattuale*, Padova, Cedam, 2002

DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, Cedam, 1974

DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in RDCO, I, 1970, p 192 ss.

DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967;

GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970

DI MAJO, *La nullità quale aspetto negativo dei fatti giuridici*, in BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato* Vol. XII, Tomo IV, *Il contratto in generale* (a cura di DI MAJO, G.B. FERRI, FRANZONI), Torino, Giappichelli, 2002

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2003

DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in Riv. critica dir. privato, 1995, I, p. 9 e ss.

DI MARZIO., *Appunti sul contratto immeritevole*, Riv. dir. priv. 2005, 2, pp. 305 - 326

DI MARZO, *Il contratto immeritevole nell'era del postmoderno*, in DI MARZO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro PERLINGERI, Napoli, Esi, 2004, p. 129 e ss.

ERNST, *La cause est elle une condition essentielle pour la validité des conventions?* *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826

ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Cedam, 2003

F. D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito*, Riv. crit. dir. priv., 1987, p. 287 e ss.

F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, rist. 2002.

- FALZEA, voce *Condizione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988
- FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961
- FERRARI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 514 e ss.
- FERRERO, *Sul negozio giuridico*, Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo, Tomo II, Milano
- FINESSI, *La responsabilità precontrattuale*, in MONATERI, DEL PRATO, MARELLA, SOMMA, COSTANTINI (a cura di), *Il nuovo contratto*, Bologna, Zanichelli, 2007
- FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Utet, 2006
- G. B. FERRI, (voce) *Ordine pubblico*, in Enc. Dir., XXX, 1038 - 1057
- G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966
- G. B. FERRI, *Fascismo e concezioni del diritto*, in RODOTÀ (a cura di), *Diritto e culture della politica in Annali della fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco*, Roma, 2003 e ora anche in G.B. FERRI, *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Cedam, 2008
- G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra ordinamento ed autonomia*, in Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo, Tomo II, Milano
- G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, II° ed., Padova, Cedam, 2004
- G. B. FERRI, *Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò*, in Europa e dir. privato, 2007, 3, p. 659 e ss.
- G. B. FERRI, *La formula << funzione sociale >> dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in ALPA – ROPPO, *Il diritto privato nella società moderna: seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, Jovene, 2005
- G. B. FERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in Europa e dir. privato. n° 2/2009, pp. 331 – 377 e in, RUSCELLO, *Studi in onore di Davide Messinetti*, ESI, 2009, pp. 55-88
- G. B. FERRI, *Patologie contrattuali e regime di circolazione della proprietà*, in Quaderni Fiorentini cit., n° 28, 1999, p. 923 e ss.
- G. B. FERRI, *Relazione al convegno del 16-18 dicembre 2004 "Temi e problemi della civilistica contemporanea"*, in Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da

- Pietro PERLINGIERI, Napoli, Esi, 2005, p. 607 e ss.
- G. B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1987,
- G.B. FERRI, (voce) *Ordine pubblico cit.*, in Enc. dir., XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1040 e ss.
- G.B. FERRI, *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, RDCO, 1979, I, 1-14;
- G.B. FERRI, *L'“invisibile” presenza della causa del contratto*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2002, p. 897 ss.
- G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in CASTRONOVO – MAZZAMUTO, (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II Proprietà, Obbligazioni, Contratti, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 453 – 463
- G.B. FERRI, *La formula “funzione sociale” dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in ALPA, ROPPO, *Il diritto privato nella società moderna: seminario in onore di Stefano Rodotà*, Napoli, Jovene, 2005, pp. 55-78
- G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, (nota a Corte Appello Milano, sent. 29 dicembre 1970), in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 92 e ss.
- G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970
- G.B. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Europa e dir. privato*, 1, 2011, pp. 1 – 53
- G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, Giuffrè, 1999
- G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard (Art. 1337-1342)*, in *Il codice civile commentato diretto da SCHLESINGER*, Milano, Giuffrè, 1993
- G. PERLINGIERI, *Atti dispositivi nulli e acquisto dell'eredità: contributo allo studio della gestione conservativa*, Napoli, Esi, 2002
- G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Sec. Ed., Napoli, Esi, 2011
- G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale: una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, Esi, 2003
- G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario*, Napoli, ESI, 2012
- GABRIELLI, *Diritto privato, 2. Obbligazioni e contratti*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, Giuffrè, 1998

GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in Riv. dir. civ., 2003, pp.93 e ss

GALGANO – RODOTA', *Rapporti economici*, Tomo II, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli – Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1982

GALGANO, *Il negozio giuridico*, Tratt. civ. comm. Cicu-Messineo, Milano, Giuffrè, 2002

GALGANO, *Negozio giuridico*, Milano, 1988

GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in SALVI, *Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 59; GALGANO, *Crepuscolo del negozio giuridico*, in Contr. Impr., 1987, p. 733 e ss.

GALLO, *Buona fede e diligenza*, Milano, IPSOA, 2009

GALLO, *Trattato del contratto*, Milano, IPSOA, 2010

GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in Riv. dir. civ., 1978,I, p. 52 ss.

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2006

GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2011

GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in Ianus, I, 2009, pp. 1-22

GENTILI, *La << nullità di protezione >>*, in Europa e dir. privato, 2011, 1, p. 77 e ss.

GENTILI, *Metodo e merito nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela nel contratto <<atipico>>*, in Riv. dir. comm., 1989, I, p. 221-247

GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, 1907, 7° ed.

GIORGIANNI, *Causa (d. priv)*, voce, Enc. dir., VI, Milano, 1960, p. 557 e ss.;

GITTI – VILLA (a cura di), *Il terzo contratto: l'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, Mulino, Prismi, 2008

GITTI, *La “tenuta” del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in RDC, n° 3/2008, pp. 491- 513

GORLA, *Il contratto: problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, vol. I *lineamenti generali*, Milano, Giuffrè, 1954

- GRISI, *Gli istituti del diritto privato* 2, Napoli, Jovene, 200
- GRISI, *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1999
- GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in Enc. Dir. Annali, Milano, 2011 pp. 595-627
- GRISI, *L'autonomia privata: diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999
- GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, Jovene, 1990
- GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, n° 28, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1031 e ss.
- GROSSO, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, II° ed., Torino, Giappichelli, 1967
- GUARINO, *Diritto privato romano*, XII° ed., Napoli, Jovene, 2001
- GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, RDC, 1994, I, pp. 799-814
- GUARNERI, *Questioni sull'art. 1322 cod. civ.*, in RDCO, 1976, pp. 263 -290
- GUARNIERI, voce "Meritevolezza dell'interesse", in *Digesto (civ.)*, XI, Torino, 1994, p. 324 e ss.;
- GUERRERA, *Contratto e mercato*, Riv. Giur. Impr., 1990, p. 22 e ss
- IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja*, in Riv. dir. civ., 3, 2011, pp. 425- 436
- IRTI, *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano Giuffrè, 1978
- IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in Contr. Impr., 1985, p. 548 e ss.
- IRTI, *La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere*, ora in *Norme e fatti*, Milano
- JOSSERAND, *Lee mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928
- LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in Contr. Impr., 1985, p. 309 e ss.
- LAPORTA, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, in Notariato, I, 2010, pp. 48-53
- LAZZARA, *Intervento*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica*, Milano,

1971

LENER, *Ecologia, solidarietà, garanzia: un nuovo ruolo del diritto civile*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1971, p. 131 e ss.

LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964

LISERRE, *Autonomia negoziale e obbligazione di mantenimento del coniuge separato*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1975, spec. pp. 474 e ss.

LISERRE, *Costituzione e autonomia contrattuale*, Corr. Giur. n° 2/2008, pp. 153 - 156

LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Milano, 1971

LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967

LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970

Luigi FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1959

M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, Riv. Dir. Civ., 6, 2011, p. 789 e ss.

M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti* in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 ss.

MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di Niccolò Lipari*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 1491-1515

MACARIO, *L'autonomia privata*, in NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2008

MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *RDC*, 1987, I, pp. 487-582 e ora in *Scritti di diritto patrimoniale*, Jovene, 1992, p. 38 e ss.

MALVANO, nota a Cass. Ssez. II, 15 giugno 2009, n° 13869 in *Notariato*, III, 2010, pp. 274-278

MANTOVANI, *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, 1995.

MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, 1994

MASI, *Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti in onore di Silvio Romano)*, Milano, 1981

MASI, *Il negozio "utile" o "inutile" in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1962

MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Europa e*

- dir. privato., n° 3/2009, pp. 591-628
- MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, pp. 601 – 647
- MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, *Europa e dir. privato*, 2, 2011, p. 371
- MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, ISEG “Giacchino Scaduto”, 2011
- MAZZAMUTO, PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2012
- MENGGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, Banca Borsa Tit. Cred., 1997, pp. 1- 20
- MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991
- MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 616 e ss.
- MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995
- MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, 1970
- MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contraendo)*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1998
- NATOLI, “*Funzione sociale*” e “*funzionalizzazione*” della proprietà e dell’impresa tra negoziazione e demistificazione, *RGL*, 1973, I, p. 139 e ss.
- NAVARRETTA, *Art 1343: Causa illecita in NAVARRETTA ORESTANO* (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349* in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet 2011
- NAVARRETTA, *Europa cum causa*, in *Diritto Comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli orientamenti*, Napoli, ESI, 2010, pp. 323-341
- NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, Giuffrè, 2000
- NIVARRA, *Rimedi specifici*, *Eur. Dir. Priv.*, 1/2011, pp. 157-201
- NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1975
- P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell’errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962
- P. GROSSI, *Il disagio di un << legislatore >> (Filippo Vassalli e le aporie dell’assolutismo giuridico)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 312 e ss.

- PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970
- PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, Giappichelli, 2011
- PANUCCIO, *Per una teoria della causa del negozio*, in *Studi in onore di Asquini*, Padova, 1965
- PERLINGERI, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989
- PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, 2006
- PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Esi, 2006
- DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, Giuffrè, 2011
- PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 3, p. 891 e ss.
- PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963
- PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, Messina, 1934
- PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, ora in *Diritto Civile*, Saggi, 1951
- PUTZOLU, *Panorama del codice civile fascista*, RDP, I, 1941, p. 319 e ss.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico cit.*, p. 256
- R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969
- REUDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 900 e ss.
- RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1986
- RESCIGNO, *Operazioni commerciali in cerca del 'tipo' contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 4, p. 1330 e ss.
- RESCIGNO, voce *Contratto*, *Enc. Giur. Treccani*, 1988, p. 18 e ss.
- RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Tomo I, Torino, Utet, 1999
- RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1964
- RODOTA', *Note critiche in tema di proprietà*, RTPC, 1960, p. 1268 e ss.
- ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008

ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, (nota a Cass. Sez. III, 3 aprile 1970, n. 896, in Foro It., 1970, I, 1971, pp. 2376 -2382

ROPPO, *Il contratto*, in Trattato di Diritto Privato, a cura di IUDICA, ZATTI, Milano, Giuffrè, 2001

ROPPO, *La nullità del contratto dopo la sentenza Rodorf*, in Danno resp., 2008, p. 525 ss.

S. ROMANO, *La pretesa nullità di negozi elusivi di norme fiscali*, I contratti, 2008, 12, 1162 – 1172

S. ROMANO, *Risparmio fiscale in violazione del divieto costituzionale di abuso del diritto*, I contratti, 2009, 8 -9, 843 – 849

SACCO E DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. Sacco, I, Torino, 2004

SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in Riv. Trim. dir. E. p. civ., 1966, p. 788.

SACCO, *La Causa*, in Tratt. Dir. Priv. Rescigno, 1987, Vol. X, Tomo I

SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2004

SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in Europa e dir. privato, 2, 2011, p. 454 e ss.

SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce <<Poteri – Potestà>>, Milano, 1947

SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2008

SAVIGNY, *Sistem des heuigen romischenRechts*, Berlin, 1840, trad. it. curata da V. SCIALOJA, Torino, 1888-1891; WINDSCHEID, *Pandektenrecht*, 1862, trad. it. a cura di FADDA e BENZA, 1930

SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, ED, XXI, Milano, 1971, p. 332 e ss.

SCALISI, *Il contratto in trasformazione: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè 2011

SCIALOJA, *Negozi giuridici*, con prefazione di S. Riccobono, Roma, 1950

SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale* in Foro Italiano 2006, I, p. 1105 e ss.

SCODITTI, *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, I Contratti, 12, 2010, pp. 1155 – 1162.

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. II° ed., Napoli,

- Jovene, 2008
- SCOGNAMIGLIO, *La causa ed il controllo sulle vicende circolatorie della ricchezza*, in ROPPO(a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006
- SCOGNAMIGLIO, *La dimensione problematica di una categoria concettuale* in ROPPO(a cura di), *Trattato del contratto*, Milano, 2006
- SCOGNAMIGLIO, *Negoziio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, CEDAM, 1991
- SICCHERO, *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. Impr.* 2004, pp. 545-552
- SICCHERO, *Tramonto della causa del contratto?* in *Contr. Impr.* 2003, p. 100 e ss.
- SICCHERO., *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, in *Contr. Impr.* 2004, pp. 545-553
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947
- TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1990
- TARANTINO, *Illiceità del contratto: è necessario verificare l'effettiva intenzione dei contraenti*, in *Dir. e Giust.* 2012, p. 770 e ss. (nota a Cass. Civ. Sez. I 14 settembre 2012, n. 15449
- TOSCHI VESPASIANI, *Il "preliminare di preliminare" e la "proposta di acquisto accettata*, in *I contratti*, 11, 2009, pp. 991-998
- U. SPIRITO, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, in *La crisi del capitalismo*, a cura dell'Osservatorio economico annesso alla Scuola di Scienze corporative dell'università di Pisa, Firenze, 1932, p. 140 e ss.
- V. P. MONTEFORTE, *Violazione tributarie e validità del contratto*, *Notariato*, 2009, 2, 189 – 195
- V. P. MONTEFORTE, *L'abuso nei documenti di prassi delle figure del negozio complesso e del negozio collegato*, *Notariato*, 2010, 3, 336 – 343
- VASSALLI, *L'estraneità del diritto civile*, in VASSALLI, *Studi giuridici*, III, Milano, 1960
- VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968.