

LA PARABOLA DELLA CAUSA

Di Niccolò Stefanelli

| 225

SOMMARIO: 1. Il fatto. – 2. La funzione economico-sociale. – 3. La funzione economico-individuale. – 4. La stagione della causa concreta: voli pindarici su questioni aperte

1. Il fatto¹.

Una società immobiliare trasferiva il diritto di comproprietà indivisa su alcuni terreni a fronte dell'impegno dell'acquirente a cedere a sua volta la proprietà di appartamenti e posti macchina da costruirsi in parte sulla porzione di terreni ceduta e in parte nella zona confinante, di proprietà della medesima acquirente. Le obbligazioni assunte da quest'ultima erano garantite da fideiussione bancaria.

Senonché, a lavori iniziati, era stata accertata in sede penale l'illegittimità della lottizzazione e delle concessioni edilizie ed era stata disposta la confisca dei relativi terreni in favore del Comune di Bari.

La società alienante i predetti terreni, pertanto, conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Bari, la società acquirente, l'istituto di credito garante e il Comune di Bari, al fine di sentire: a) dichiarata la nullità, *ex art.* 1472 c.c., comma secondo, della permuta, per non essere la cosa venuta ad esistenza in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'acquirente; b) riconosciuta, in proprio favore, la proprietà dei terreni oggetto di permuta; c) condannata l'acquirente a restituire i terreni e a risarcire i danni derivati dal suddetto inadempimento contrattuale; d) riconosciuta l'inefficacia dell'acquisto de-

gli stessi terreni da parte del Comune di Bari; e) condannata la banca al pagamento della somma in relazione alla quale si era costituita garante.

Il Comune si difendeva sostenendo che l'acquisto dei terreni da parte sua in forza della confisca disposta dal giudice penale era destinato a prevalere sulla posizione dei precedenti titolari.

La banca, a sua volta, dopo avere rilevato di essere legittimata ad opporre al creditore garantito tutte le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi comprese quelle derivanti dalla nullità del contratto di permuta, illecito alla stregua della vigente normativa paesaggistico-ambientale, chiamava in manleva la società garantita.

Quest'ultima resisteva: a) rilevando l'incompatibilità tra la declaratoria di nullità del contratto e la domanda di accertamento dell'inadempimento; b) escludendo l'inadempimento all'obbligo di consegna della cosa futura, poiché il contratto si era risolto per fatto non imputabile alle parti.

Il Tribunale di Bari rigettava le domande della società attrice: a) dichiarando il contratto di permuta nullo per contrarietà a norme imperative, essendo la prestazione della società acquirente i terreni sin dall'inizio non eseguibile a causa della non edificabilità dei terreni su cui sarebbero dovuti sorgere i fabbricati; b) escludendo la responsabilità contrattuale della medesima acquirente; c) valutando infondata la pretesa avanzata nei confronti del Comune di Bari, sul presupposto che il giudicato penale

¹ Lo scritto prende spunto dalla sentenza Cassazione civile, II Sezione, 18 settembre 2013, n. 21398



che aveva disposto la confisca prevalesses sul giudicato civile; d) escludendo la natura di garanzia autonoma del contratto con cui la banca aveva prestato fideiussione in favore dell'acquirente e rilevando che la nullità del contratto principale si era riverberata sul contratto accessorio.

La società soccombente interponeva gravame e la Corte d'Appello di Bari lo rigettava integralmente sulla scorta delle motivazioni già espresse dal Tribunale.

La società alienante i terreni, sconfitta in ambedue i gradi di merito, decideva pertanto di ricorrere per la cassazione della sentenza d'appello, affidando il ricorso a nove distinte doglianze.

Circoscrivendo l'analisi a quanto d'interesse, la ricorrente recriminava che il collegio d'appello avesse ritenuto illecita la causa del contratto di permuta per contrarietà a norme imperative, senza però considerare che la permuta è un negozio tipico e che l'allegazione al contratto del certificato di destinazione urbanistica e l'approvazione delle lottizzazioni erano presupposti sufficienti per escluderne l'invalidità a norma della L. n. 47/1985, dal momento che, tra l'altro, l'alienante non era a conoscenza dell'illegittimità delle autorizzazioni urbanistiche.

Il giudice nomofilattico disattende tale argomentazione confermando la nullità del contratto di permuta per illiceità della causa, dal momento che la finalità dell'operazione era da individuarsi nell'utilizzazione a fini edificatori di un terreno costiero in relazione al quale la legge – con disposizione imperativa espressione di tutela di un interesse pubblico, essenziale, indisponibile ed incomprimibile – vieta tale destinazione.

Sottolineano i giudici della legittimità che la nullità, quale conseguenza dell'illiceità della causa, non è esclusa per il fatto che la permuta sia un contratto tipico, per il quale il codice ha previsto, preventivamente, la meritevolezza della funzione economico-sociale che ne è alla base.

Riallacciandosi ai propri consolidati orientamenti, la Cassazione osserva che la riconducibilità della pattuizione privata entro le fisionomie di un tipo legale non rappresenta un sicuro indice di conformità dello stesso alle norme imperative all'ordine pubblico e al buon costume, atteso che «anche nei contratti tipici, quando si abbia riguardo alla *funzione concretamente avuta di mira*, è concepibile una causa illecita, e ciò tutte le volte in cui le parti, pur con l'uso di uno schema negoziale preventivamente controllato e regolato legalmente, abbiano tuttavia direttamente perseguito uno scopo disapprovato dall'ordinamento, in quanto contrastante con i valori o con i principi, a tutela di interessi generali fondamentali, da esso accolti».

Nel pronunciarsi in tal senso, la Suprema Corte ha cura di precisare che sul rilievo della nullità del contratto per illiceità della causa non incide lo stato soggettivo dei contraenti che stipulano nell'incolpevole convinzione di agire in conformità delle regole del diritto: ciò che conta è «l'antigiuridicità obiettiva dell'operazione economica nella sua tensione allo *scopo concreto*».

La pronuncia, nell'attestare l'assestamento pretorio attorno al concetto di causa concreta, offre l'occasione di percorrere retrospettivamente la parabola della causa del contratto nel nostro ordinamento giuridico e di soffermarsi su alcuni importanti temi attualmente aperti.

2. La funzione economico-sociale.

Il discorso sulla causa – «elemento vago, misterioso, enigmatico, fonte di equivoci e confusioni»², ma senza dubbio «uno dei pilastri più evidenti dell'ordinamento giuridico privato»³ e, più specificamente, «uno dei problemi centrali del fenomeno negoziale»⁴ – è stato affrontato muovendo da mol-

² OSILIA E., *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 344. Note al riguardo anche le affermazioni di BONFANTE P., *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 115, che indicava la causa come «la più filosofica delle parole», che «ha esercitato nel pensiero giuridico la sua fatale malia», il «problema più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto, il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica»; concetto «indeterminato» per REDENTI E., *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 896.

³ GIORGIANNI M., *Causa*, voce di *Enc. del diritto*, 1960, VI, 548.

⁴ «...uno di quei problemi, cioè, cui direttamente o indirettamente ne sono collegati altri e dall'inquadramento del quale dunque può anche dipendere l'inquadramento e la soluzione di questi», FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 360, e specificamente, 362: «la causa rappresent[a] il punto di incontro, di confluenza di tutti i problemi fondamentali della teoria del negozio giuridico: dal problema dell'interesse a quello della tipicità, a quello della natura dello stesso negozio giuridico, inteso come espressione di privata autonomia e, quindi, a quello stesso concetto di autonomia privata».

Dal momento in cui sono state formulate queste enfatiche considerazioni la causa ha visto grandemente scemare l'importanza rivestita nel discorso sull'autonomia privata: la sua area di incidenza sembra essersi drasticamente ridotta e le tecniche di controllo in precedenza di sua competenza si sono spostate «sul terreno del sindacato sul contenuto del contratto ovvero su quello della costruzione dei diritti e dei doveri accessori per l'una e per l'altra parte del contratto, dal diritto di recesso agli obblighi di informazione, destinati a riequilibrare le situazioni di asimmetria informativa e di squilibrio di poteri che il contesto in cui si è costituita la *lex contractus* abbia determinato», così SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, II, *Regolamento*, Milano, 2006, 85, parafrasando CASTRONOVO C., *Un*



teplici punti di partenza e condotto secondo differenti impostazioni metodologiche⁵: si può avviare l'indagine evidenziando la polisemia del concetto⁶, ci si può riferire alla realtà normativa ovvero ripercorrere l'evoluzione storica di tale nozione dalle

contratto per l'Europa, Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti, XXVI, Milano, 2001. Al riguardo, in relazione alle compilazioni di diritto europeo dei contratti, quali i *Principles of European Contract Law*, i *Principi Unidroit* ed il *Code Européen des Contrats*, si è parlato addirittura di "invisibilità", se non di vera e propria "morte" della causa: "sembrano dominanti [...] le prese di posizione che, del fenomeno della morte [della causa e della *consideration*], non soltanto danno per accertata la propagazione universale, ma aggiungono, altresì, valutazioni di pieno consenso", BRECCIA U., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele, Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto S., Torino, 2002, 249. Sul punto, si veda anche il brillante saggio di NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi – L'evoluzione storica e le prospettive del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, 999, la quale osserva come l'odierna "fuga" dalla causa "più che essere motivata da un anelito di libertà insindacabile, smentito dal sensibile ampliamento del sindacato sulla stessa giustizia economica dell'atto, deriva, in realtà, dalla crisi del rimedio preventivo e radicale della nullità e, soprattutto, dai timori che suscita una categoria ritenuta foriera di incertezze e di ambiguità".

⁵ In questi termini l'incipit di ALPA G., *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, I, Torino, 1999, 483. Per limitarsi ad alcuni, essenziali, riferimenti bibliografici: BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, Napoli, 1994 (3^a rist. della 2^a ed.; 1^a ed. Torino, 1950); PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile. Metodo. Teoria. Pratica*, Milano, 1951, 75; GIORGIANNI M., *Causa*, cit.; BETTI E., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Annali Macerata*, 1966, 7 (traduzione del contributo, edito oltre vent'anni prima in lingua tedesca, intitolato *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in *Festschrift für Leopold Wenger*, I, München, 1944, 249); FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit.; BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; ALPA G. – BESSONE M. – ROPPO V., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; DI MAJO A., *Causa del negozio giuridico*, voce di *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988; FERRI G.B., *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1995; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997; CARUSI D., *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli E., in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, I, Torino, 1999, 531 e ss.; BRECCIA U., *Causa*, in *Il contratto in generale*, III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 1999, 7 e ss.; SACCO R., *La causa*, in *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2004, 635 e ss., rinviando, in particolare, all'esauriente annotazione bibliografica alla nota n. 1; ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2000, 361 e ss., rinviando in particolare ai copiosi riferimenti bibliografici di cui alle pp. 379-380; NAVARRETTA E., *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000; SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, cit., 85 e ss.

⁶ Cfr. ALPA G., *Causa e contratto: profili attuali*, in *Causa e contratto*, a cura di Vacca L., Torino, 1997, 258.

origini⁷, si può verificarne l'impiego da parte della giurisprudenza⁸, si può condurre un'indagine comparatistica⁹ ovvero tenere conto delle compilazioni di principi in ambito comunitario ed internazionale¹⁰.

Nell'economia del presente contributo, tale discorso – che, nell'elaborazione della dottrina italiana sul negozio giuridico, parte da lontano¹¹ – deve essere di molto sintetizzato e prendere abbrivio dal dato normativo.

La menzione diretta della causa tra gli elementi del contratto e la contemporanea assenza di una definizione hanno determinato la nascita di un sistema causalista nel quale, nondimeno, la nozione si è prestata a mutamenti storici indotti da precise opzioni ideologiche.

I passi della Relazione del Ministro della Giustizia (n. 194), con il rinvio alla concezione asseritamente maggioritaria nella cultura giuridica dell'epoca¹², scolpiscono la nota formula della *funzione economico-sociale*¹³, recepita e illustrata dalla Relazione al Re.¹⁴

⁷ Cfr. i recenti contributi di DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa del contratto*, Milano, 2004, e ROLLI R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.

⁸ Cfr. FERRIGNO L., *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 115; FIGONE A., *La causa*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, 1991, III, 457; PAOLINI E., *La causa del contratto*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1999; e MARINI G., *Causa*, in *I contratti in generale*, VI, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon.

⁹ Cfr., AA.VV., *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di Vacca, Torino, 1997.

¹⁰ Cfr. FERRI G.B., *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Europa e Diritto privato*, 2002, 901 e ss.; il già citato BRECCIA U., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, cit., 241 e ss.; nonché NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 992. Più recentemente, si veda, nuovamente, BRECCIA U., *Equilibrio fra prestazioni e causa del contratto di scambio*, in *Diritto privato comunitario*, I, a cura di Perlingieri e Ruggeri, Napoli, 2008, 521, per una presa di coscienza della mutata percezione nella cultura giuridica contemporanea del ruolo della causa nei contratti di scambio.

¹¹ Cfr. GIORGI G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, II, Firenze, 1891, § 437; VENEZIAN G., *La causa de' contratti*, 1892, rist. in *Opere giuridiche*, I, Roma, 1919; SCIALOJA V., *Negozi giuridici*, Roma, 1893, p. 89 e ss.; BARASSI L., *Causa*, voce di *Enc. giur. it.*, III, Milano, 1905, 922 e ss.; BONFANTE P., *Il contratto e la causa del contratto*, cit.; cfr., inoltre, l'estesa nota bibliografica di BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 169.

¹² Mettono in luce GIORGIANNI M., *Causa*, cit., 561 e ss. e ALPA G., *La causa e il tipo*, cit., 491, come alle soglie della codificazione la situazione fosse del tutto differente da quanto si vorrebbe far credere nelle Relazioni: in dottrina si andava affermando una nozione oggettiva di causa, intesa come funzione economico-giuridica del negozio, la quale peraltro non presupponeva il necessario perseguimento da parte dei privati di uno scopo sociale.

¹³ Cfr., per tutti, BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 180: "la causa o ragione del negozio s'identifica con

L'autoritarismo fascista, caratterizzato dalla ricerca dell'ordine sociale e dal rifiuto dell'ambiguità, si rispecchia in un paternalismo giuridico che trova valido contrafforte accademico nella teoria di Emilio Betti, incentrata sull'imposizione del fenomeno della tipizzazione nel campo dell'autonomia privata, nascente dall'«esigenza in-negabile di porre limiti all'arbitrio delle parti, di indicare vie e mezzi, di imporre oneri, di inculcare il senso dell'autoresponsabilità e di accrescerlo».¹⁵

In tal senso, si palesa necessaria un'astrazione radicale dalle circostanze concrete di svolgimento della vita economica per raggruppare entro schemi generali le operazioni economiche invalse nella prassi.¹⁶

Con riferimento al sistema del diritto romano – sostiene Betti –, la tipizzazione non conduce a fondare una concezione formalista del diritto privato, bensì a una predeterminazione degli scopi perseguibili dai privati per mezzo della selezione di una tassonomia di funzioni economico-sociali (*causae*).¹⁷

la funzione economico-sociale del negozio intero [...], nella sintesi de' suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata. La causa è, in breve, la funzione d'interesse sociale dell'autonomia privata". Per l'accoglimento di tale nozione di causa in tempi recenti, cfr. SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, Padova, 1996, 1 e ss., e la bibliografia ivi citata alla nota n. 2, nonché p. 199.

¹⁴ Ivi si legge infatti, al n. 613, che il ruolo affidato dall'ordinamento alla causa non era più ormai quello di rappresentare "lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto" bensì di configurare "la funzione economico sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata", funzione a sua volta "che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322², rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica".

La formula della causa quale "funzione economico-sociale" ovvero di "rapporto obiettivo" esistente tra le parti risale, a quanto consta, a BONFANTE P., *Il contratto e la causa del contratto*, cit.

¹⁵ BETTI E., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, cit., 18.

¹⁶ Cfr. BETTI E., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, cit., 18-19; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 179: "dai rapporti della vita si deve enucleare e mettere in luce in modo certo ciò che è giuridicamente rilevante, e si deve riconoscerlo con sicurezza nel suo nucleo giuridico, prescindendo dalla varietà esterna di situazioni, circostanze, oggetti e persone. Per soddisfare una tale esigenza, in tutti gli ordinamenti giuridici primitivi si prendono in considerazione solo gli elementi più grossolani del rapporto, quelli che cadono apertamente sotto i sensi; al contrario non si tiene conto di quelli più evanescenti. In questo caso l'astrazione dei giuristi lotta con la visione spontanea, empirica, che le pone ostacoli e ad un tempo le offre mezzi e vie che le sono indispensabili".

¹⁷ BETTI E., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, cit., 19-20, ciò in quanto, prosegue l'illustre Autore, poiché "non è possibile che all'autonomia privata nella sua attività relativa ai negozi giuri-

E alla luce di tali postulati andrebbe intesa la libertà contrattuale: non una sovranità assoluta ed incondizionata, tale da sconfinare nell'arbitrio del privato, bensì la libertà nella scelta e nella costruzione dei tipi di negozio giuridico offerti dall'ordinamento.¹⁸

Solo le istanze private caratterizzate da regolarità ed utilità sociale avrebbero potuto ricevere il crisma della giuridicità: i rapporti patrimoniali tra privati, per ricevere la sanzione giuridica, devono potersi sussumere nel tipo o, comunque, in caso di accordo non immediatamente riconducibile ad alcun tipo, essere espressivi di un «interesse economico-sociale generale obiettivamente valutabile».¹⁹

Il temperamento alla rigidità, derivante dall'accoglimento senza riserve del principio di tipicità legale dei negozi, sarebbe stato fornito dall'apertura del sistema – tramite la valvola rappresentata dall'art. 1322, comma secondo, c.c. – ad accordi comunque qualificati da un certo grado di tipicità sociale, connotazione questa ricavata dal rinvio a valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale.²⁰

dici possa essere riconosciuta una illimitata libertà di scelta degli scopi da perseguire. Nessun ordine giuridico si può prestare a procacciare ai singoli, a loro richiesta, la protezione giuridica per la realizzazione di ogni e qualsiasi scopo negoziale. [...] Ciò perché la protezione giuridica deve essere concessa non al capriccio dei privati, ma solo a quegli scopi economici che per la loro rilevanza sociale appaiano adatti ad essere organizzati sotto l'egida del diritto". Cfr. anche ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 186 e ss.

¹⁸ In tale ottica, l'ordinamento deve offrire ai privati una tipizzazione negoziale che tuteli le più significative istanze economiche e sociali: "non si deve, cioè, trattare d'interessi meramente individuali, contingenti, variabili, contraddittorii, socialmente imponderabili. Debbono essere, per contro, esigenze costanti, normali, classificabili per tipi", BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 192.

¹⁹ Poiché "la volontà privata come tale, se si prescinde dagli scopi economico-sociali che la muovono, è incolore e vuota", BETTI E., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, cit., 27-28.

Secondo la teoria bettiana il fatto che un determinato tipo, nel suo naturale irrigidirsi innanzi ai cambiamenti economici e sociali, possa cadere in desuetudine, fondersi con altri tipi ovvero cedere il passo a nuovi schemi negoziali secondo le inevitabili logiche di una "costante evoluzione vivificatrice", non deve assolutamente portare a concludere che la formazione tipologica smarrisca la propria portata pratica e teorica: "i tipi negoziali anche in futuro costituiranno ancora lo strumento indispensabile di una scienza giuridica che non voglia degenerare in un informe e confuso misticismo giuridico" (*ibidem*, p. 34).

²⁰ Si veda, sul punto, estesamente, BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 192-193. Sarebbe, ad esempio, antisociale il contratto "col quale qualcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte", così la Relazione al Re n. 603.



Nella tratteggiata costruzione, che la funzione negoziale sia astrattamente predeterminata non significa, peraltro, che non si possa verificare una discrasia tra funzione tipica ed interesse individuale e che sia precluso effettuare il vaglio di liceità del singolo negozio alla luce dello scopo concreto perseguito.

Invero, il giudice manterrebbe il potere di esaminare «se l'interesse che si trova alla base del contratto si possa sensatamente conciliare con la determinazione finalistica tipica del negozio giuridico, oppure si trovi in contrasto con questa (fattispecie che rappresenta la cosiddetta "causa illecita")». In tal senso la funzione tipica deve essere valutata «nel quadro della concreta situazione di fatto», potendosi rivelare il negozio giuridico quale «strumento che viene messo in opera contro la sua (necessaria) destinazione e del quale, dunque, si abusa».²¹

La teoria in esame, sfumato ogni riferimento all'asservimento dello strumento contrattuale al perseguimento dell'utilità sociale, proprio dell'ideologia del produttivismo, non appare incompatibile con la libertà negoziale modernamente intesa²² ed è verosimilmente per tale ragione che es-

sa è stata a lungo accreditata dalla letteratura manualistica²³ e dalla giurisprudenza.²⁴

E, in effetti, alla concezione della causa in termini di funzione deve essere riconosciuto un merito: aver riferito il requisito al contratto, recedendo dalla prospettiva atomistica dell'obbligazione e in tal modo evidenziando che lo spostamento patrimoniale tra i soggetti contraenti si fonda sul negozio stesso, giudicato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.²⁵

Peraltro, è saldamente acquisita al bagaglio culturale del giurista del Duemila l'idea che la teoria della funzione economico-sociale si fondi su un equivoco di fondo difficilmente eludibile: essa finisce identificare il tipo contrattuale e non la causa del contratto.²⁶

La sovrapposizione tra i due concetti vanta un'autorevole certificazione: «la causa del negozio è propriamente la funzione economico-sociale che caratterizza il tipo», essa «è diversa per ciascun tipo di negozio e vale a differenziare tipo da tipo».²⁷

²¹ BETTI E., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, cit., 31. Cfr. ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 174: «poiché la funzione sociale dell'autonomia si rispecchia nel tipo di negozio astrattamente considerato, mentre la conclusione del negozio concreto è sempre determinata da un interesse individuale, ecco profilarsi un'antinomia fra questo e l'interesse oggettivo anzidetto, con la possibilità che l'uno, interferendo con l'altro, neutralizzi e paralizzi nel caso specifico l'attuazione della funzione sociale tipica, sviando il negozio dalla sua destinazione per farlo servire ad uno scopo antisociale». In tal senso anche la Relazione al Re (n. 614): «in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare. Tale controllo può rivelare che lo schema causale tipico non si può realizzare perché vi ostano le circostanze oggettive peculiari all'ipotesi concreta, le quali, essendo incompatibili con quello schema, rendono illecito ciò che sarebbe astrattamente lecito».

Tale precisazione consente di superare obiezioni del seguente tipo: «se il contratto ha causa già astrattamente determinata per ogni tipo di contratto, non è più spiegabile come, ad es., una vendita possa avere causa illecita», BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, III, Milano, 2000, 452; cfr. anche SACCO R., *La causa*, cit., 644-645: «l'appartenenza di un concreto contratto ad un tipo garantisce la presenza di una causa, e di una causa lecita. [...] l'appartenenza al tipo diviene una specie di polizza di assicurazione contro il sospetto di illiceità»; e ROPPO V., *Il contratto*, cit., 364. Per vincere, dunque, le difficoltà indotte dalla configurazione della causa come funzione tipica, gli Autori che sostengono la tesi bettiana sono costretti a distinguere causa astratta (la funzione tipica) e causa concreta (interesse obiettivo perseguito dai contraenti); cfr., al riguardo, SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, cit., 176 e ss.

²² In questo senso, del resto, anche FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 365, che, esclusa catego-

ricamente la strumentalità del negozio rispetto a finalità extraindividuali, della causa bettiana fa salvi l'aspetto funzionale ed il riferimento all'economia dell'affare.

²³ Cfr., ad esempio, TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*^{46a}, Padova, 2013; ZATTI P. – COLUSSI V., *Lineamenti di diritto privato*^{14a}, Padova, 2013, 423 ss.; ROPPO V., *Diritto privato*^{3a}, Torino, 2013, 412 ss.; ALPA G., *Manuale di diritto privato*^{8a}, Padova, 2013, 445-446. In quasi tutte le ultime edizioni delle citate opere manualistiche sono comunque presenti riferimenti agli sviluppi dottrinali della seconda metà del Secolo scorso e alla causa concreta.

²⁴ Si veda, ad esempio, Cass., 13.02.2009, n. 3646, in *Guida al dir.*, 2009, p. 72, nonché in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Contratto in genere*, n. 343, per la quale la causa del contratto «si identifica con la funzione economico sociale che il negozio obiettivamente persegue e che il diritto riconosce rilevante ai fini della tutela apprestata, rimanendo ontologicamente distinta rispetto allo scopo particolare che ciascuna delle parti si propone di realizzare».

²⁵ Ne dà atto anche GIORGIANNI M., *Causa*, cit., 562, il quale poi si concentra sul problema della giustificazione delle cosiddette prestazioni isolate.

²⁶ Cfr. per la formulazione di questo rilievo con copia di argomenti, tra gli altri, GIORGIANNI M., *Causa*, cit., 563-564; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 71 e ss., 123 e ss., 234 e ss., 402 e ss.; DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 59 e ss.; GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 54 e 103.

²⁷ BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 181 e 183. L'equivoco è piuttosto risalente: cfr. ARCANGELI A., *Il servizio bancario delle cassette forti di custodia*, in *Riv. dir. comm.*, 1905, 197 e ss., che dopo aver rilevato che «il problema della determinazione dei tipi è tra i più gravi e i più elevati della scienza del diritto», afferma che «è un determinato bisogno o interesse, che dà luogo nella pratica al sorgere di numerosi negozi di contenuto uguale, la cui importanza economica, dimostrata principalmente da tale frequenza, giustifica l'esistenza del tipo. [...] Questo bisogno, o interesse, è anche detto con parola molto espressiva *causa* del contratto».



Come noto, i tipi contrattuali legali (e sociali) rappresentano altrettanti modelli di unitarie operazioni economiche, costituendo schemi che sintetizzano quanto più sovente si riscontra nella realtà dei traffici e, dunque, la cristallizzazione di una funzione economica.²⁸

Tuttavia, se l'individuazione di una funzione tipica può essere strumento utile nel momento della qualificazione del negozio – che rappresenta il momento di comprensione da parte dell'ordinamento dell'operazione divisata dalle parti, in quanto consente di attribuire all'accordo una disciplina legale – essa si rivela elemento incolore in ordine alla valutazione degli interessi effettivamente in gioco.

3. La funzione economico-individuale.

Dalla seconda metà del secolo scorso la teoria della funzione economico-sociale del negozio è stata sottoposta a critica serrata. In particolare, se n'è correttamente predicato il difetto di pratica operatività e l'endemica inidoneità a svolgere un ruolo di tutela del contraente.²⁹

²⁸ Per l'analisi della rilevanza della nozione di tipo e della sua relazione con il concetto di causa è d'uopo il rinvio ai fondamentali contributi di SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 790, e DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, cit., senza potersi soffermare in questa sede, sull'esposizione del c.d. metodo tipologico, il quale costituisce l'apporto senz'altro più originale di quest'ultimo Autore allo studio dell'argomento.

Sulla dilagante tendenza alla tipizzazione mostrata dalla giurisprudenza nel processo di qualificazione dell'attività privata, si leggano i rilievi di DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, cit., 59 e ss.; ID., *Nuovi contratti*, Torino, 1994, 23 e ss., nonché di RESCIGNO P., *I contratti atipici*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fondata da Bigiavi, diretta da Alpa e Bessone, I, Torino, 1991, 7: "si ha l'impressione che, in fondo, la categoria dei contratti atipici, quale è delineata dal legislatore, non esista, se i giudici, di fronte ad ogni manifestazione di autonomia contrattuale riducibile direttamente al tipo, compiono ogni sforzo possibile [...] per ridurlo ad un figura tipica". Per dirla con le celebri parole di SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, cit., 785 e ss.: "Il contratto atipico, cui applicare le sole regole generali contenute negli artt. 1321-1469 del codice civile, non ha mai fatto apparizione in un ufficio giudiziario!"

²⁹ Cfr., per tutti, SACCO R., *La causa*, cit., 639-646, secondo il quale "la concezione della causa come funzione [economico-sociale] porta con sé quanto occorre per autodistruggersi", essa "non aiuta a risolvere nessun problema né logico, né pratico", così da essersi sviluppata "senza recare danni, ma senza rendere servizi alla pratica, e creando confusione sul piano teorico" (p. 641); "figlia di questa concezione della causa [è] l'idea per cui la donazione ha come causa il donare, l'alienazione ha come causa il trasferire, il patto di prelazione ha come causa il far nascere la prelazione, la procura ha come causa la costituzione del potere rappresentativo. Il giurista sembra qui procedere come l'ubriaco che vede doppio; si che vede il contenuto del negozio come causa di se stesso! [...] la concezione della causa come generica funzione appare incapace di applicazioni pratiche, poiché ogni dichiarazione di volontà sarà dotata di un con-

È andata affermandosi l'idea che, una volta entrata in vigore la Costituzione liberal-democratica e venute meno le premesse storico-politiche della funzionalizzazione del contratto rispetto alle finalità dello Stato, sia venuta meno anche l'esigenza che il negozio sia caratterizzato da un certo grado di tipicità, in cui è stata ritenuta risolversi la qualificazione della causa in termini di funzione economico-sociale.³⁰

Il nuovo assetto costituzionale ha infatti disegnato un ordinamento giuridico civile che avoca a sé una valutazione in concreto dell'attività negoziale a prescindere dalla circostanza che i contraenti abbiano o meno utilizzato la tassonomia negoziale proposta dal codice.

Nel momento in cui il negozio viene redento dal giogo dell'ideologia dirigistica e ritorna ad essere considerato mezzo di realizzazione degli interessi privati, anche la causa rientra nell'alveo dell'accordo, abbandonando la veste di strumento esterno di indirizzamento dell'agire dei privati, per assumere il ruolo di *oggetto* del controllo da parte dell'ordinamento.

Evidentemente, la preoccupazione di depurare la causa di ogni elemento psicologico era stata alla base del tralignamento della nozione e dell'oblio del problema che la sua creazione doveva risolvere: la valutazione degli interessi delle parti obiettivati nell'affare.

Essa quindi deve costituire il compendio assiologico dell'accordo privato e consentirne il confronto con i valori cui si informa l'ordinamento.

Nel panorama dottrinale postfascista, la teoria della causa come *funzione economico-individuale*

tenuto, e la «funzione» appare una ridondante ripetizione di questo contenuto" (p. 643); ne sarebbe prova inequivocabile l'assenza di pronunce che abbiano fondato la soluzione del caso posto alla loro attenzione sulla teoria della funzione economico-sociale (p. 788).

³⁰ Cfr. GIORGIANNI M., *Causa*, cit., 573: "il concetto di "causa", riferito al negozio giuridico, ha finito per essere spesso utilizzato per uno scopo estraneo a quello tradizionale, ovvero sia per indagare le ragioni ed i limiti dell'autonomia privata nella scelta dei "tipi" negoziali. A noi sembra che – anche ponendosi da un punto di vista di sottoposizione della volontà negoziale alla volontà della legge – alla "causa" del negozio può essere assegnato il compito non sappiamo se più modesto o più essenziale, di giustificare di fronte all'ordinamento i movimenti dei beni da un individuo all'altro". Critiche sistematiche alla teoria della funzione economico-sociale pervengono anche da GORLA G., *Il contratto*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, 199-227, il quale, rifiutando una concezione funzionalista di causa e propugnando una nozione di causa legata alla dimensione dell'obbligazione, sottolinea l'estraneità alla tradizione giuridica sia di *civil law* che di *common law* della necessità di un fine contrattuale socialmente utile.



rappresenta senza dubbio il più autorevole modello operativo prospettato.³¹

L'atto negoziale è, infatti, atto individuale, nel senso che si pone come medio necessario per la determinazione di regole individuali: esso viene valutato dall'ordinamento, per essere accolto o respinto, non sulla base della sua idoneità a realizzare interessi generali, ma prettamente individuali.³²

Intesa in questi termini, la causa, lungi dal rievocare istanze proprie delle teorie soggettive, appare «l'indice di come tale regola privata sia l'espressione oggettivata delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire»; essa è, dunque, «l'elemento che tecnicamente collega l'operazione economica, cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori»³³ e «la dimensione razionale e ragionevole [...] della specifica regola negoziale, attraverso cui le parti hanno disciplinato i loro specifici e concreti interessi».³⁴

La causa concreta, dunque, rappresenta quel filtro valutativo, scevro di riferimenti al parametro del perseguimento dell'utilità sociale, che impone il riscontro di una *giustificazione razionale* dell'operazione, nel senso che, per ambire legittimamente alla sanzione giuridica, l'assetto d'interessi avuto di mira dai contraenti e oggettivato nella programmazione del funzionamento del contratto, deve comunicare un livello minimo di razionalità.

In questa prospettiva – nella quale la causa assume un considerevole rilievo didascalico-sistematico –, si è osservato che la sua essenzialità si apprezza, da un lato, nel rigetto dell'atto astratto,

dall'altro, nell'accertamento della serietà del vincolo e della sua liceità, rivelandosi duttile strumento di protezione, nel momento genetico e in via sopravvenuta, dell'interesse delle parti alla realizzazione del programma diviso.³⁵

Si manifesta l'intima connessione esistente tra *contenuto* del contratto e causa intesa in termini di funzione concreta: la valutazione dell'interesse perseguito dipende specialmente dai caratteri individuali della specifica regola privata, quali *gli elementi accidentali, le clausole particolari, i motivi oggettivati*.³⁶

Si comprende, dunque, che la nuova enunciazione teorica abbia come corollario un ripensamento del declamato principio dell'irrelevanza dei motivi³⁷, questione che si risolve nell'accertamento della rilevanza, determinante o meno, che essi assumono nell'operazione negoziale considerata nel suo complesso. In questo senso, tutti gli interessi che affiorano dal testo contrattuale e ai quali è attribuibile il ruolo di elementi caratterizzanti la convenzione, sono giuridicamente rilevanti.³⁸

³⁵ Cfr. NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 1000-1001.

³⁶ Cfr. NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., 103.

³⁷ Si veda sul punto l'ottima di sintesi di CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 182 e ss. Per una critica della contrapposizione tra causa e motivi del negozio si vedano le pagine di BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., *passim*, specificamente p. 273 e ss.; nonché i saggi del citato Autore contenuti in ALPA G. – BESSONE M. – ROPPO V., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, cit., *passim*, specificamente p. 18: «la contrapposizione tra causa e motivi finisce per perdere quel rigore che le attribuisce la dogmatica tradizionale, essendo in tutti i casi chiaro che il riferimento normativo ai motivi non autorizza inconsistenti digressioni sulla psicologia o sulla inespressa intenzione dell'agente, dove occorrono invece oggettivi accertamenti degli interessi che il negozio si prefiggeva di tutelare».

In generale, sul motivo, cfr. DEJANA G.M., *Motivi nel diritto privato*, Torino, 1939; RICCA L., *Motivi (dir. priv.)*, voce di *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 261; FERRANDO G., *Motivi*, voce di *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; SCOGNAMIGLIO C., *Motivo (del negozio giuridico)*, voce del *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1994, 466.

³⁸ Beninteso, l'irrelevanza del movente psicologico del soggetto e delle rappresentazioni mentali inestrinsecate è un'esigenza tendenzialmente irrinunciabile dei sistemi giuridici moderni, per una questione di giustizia sostanziale e di salvaguardia dell'equilibrio degli interessi in gioco, sintetizzata nel principio di sopportazione del rischio dell'iniziativa economica. Peraltro, la funzione di tale principio è meramente quella di impedire che un determinato rischio possa essere addossato alla controparte senza corrispettivo e, dunque, esso non rappresenta un dogma, quanto piuttosto un criterio direttivo, insuscettibile di applicazione meccanica, da tenere presente nel risolvere il problema relativo all'individuazione del contraente cui vada, di volta in volta, accollato il rischio delle evenienze. In questi termini BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.,

³¹ Si allude ovviamente alla teoria di FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*, specificamente 345 e ss.; ID., *La causa nella teoria del contratto*, in *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997. Con la precisazione che, per quanto concerne il contratto, data la dimensione patrimonialistica che ne propone l'art. 1321 c.c., la causa rappresenterebbe la sua funzione economico-individuale, mentre, con riguardo ai negozi il cui oggetto è privo di patrimonialità, la causa si esprimerebbe meramente in termini di funzione individuale, così FERRI G.B., *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, cit., 143, nota n. 161.

³² Per dirla nei termini di SICCHIERO G., *Mancanza di causa, nullità e qualificazione del contratto*, in *Giur.it.*, 2011, 2044, se nella teoria di Betti della causa si aveva riguardo quale strumento sintetico di indicazione della modificazione macroeconomica ottenuta con un determinato tipo contrattuale, nella prospettiva di Ferri, essa diventa, si è detto, l'indicatore dell'effetto microeconomico dell'affare. Cfr. anche NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 105.

³³ FERRI G.B., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal codice civile 1865 al codice civile 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127.

³⁴ FERRI G.B., *La causa nella teoria del contratto*, cit., p. 99 e ss.; ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 372 e ss.; ID., *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, cit., 142.

Non coglie nel segno peraltro la critica per cui chi condividesse tale ricostruzione di causa, nell'accezione di ragione pratica dell'operazione che comprende anche i motivi che hanno spinto i contraenti, dovrebbe ammettere anche che dalla mancata attuazione di quegli interessi possa discendere l'impossibilità di realizzazione della causa in concreto e, dunque, la nullità del contratto³⁹: i vizi del sinallagma genetico (l'inidoneità originaria del contratto a realizzare gli interessi concretamente perseguiti dai contraenti), infatti, portano alla nullità, mentre quelli del sinallagma funzionale (l'inidoneità sopravvenuta del contratto ad offrire tutela a tali interessi), aprono la via alla risoluzione.⁴⁰

276 e ss. e ID., *Rischio contrattuale e autonomia privata*, cit., 19-20.

Sul versante giurisprudenziale, si vedano Cass., 24.10.1973, n. 2725, in www.italgiure.giustizia.it: "La causa del contratto, anche a volere temperare il rigore della teoria obiettiva – secondo la quale la causa si identifica con la funzione economico-sociale astrattamente ed immutabilmente stabilita dall'ordinamento rispetto a ciascun tipo negoziale ed in relazione all'interesse sociale generale – con l'ammettere una rispondenza concreta del singolo contratto a quella funzione e col richiedere un raffronto tra la funzione astrattamente considerata e funzione concreta, non può mai essere confusa con la rappresentazione soggettiva di particolari finalità non essenziali alla pattuizione e cioè con i motivi contrattuali, a meno che questi siano stati inseriti obbiettivamente nella struttura negoziale, in funzione di specifica condizione di efficacia del negozio e costituiscono elementi di presupposizione"; App. Milano, 03.07.1991, in *Giur. merito*, I, 1016: "Posto che i motivi sono gli interessi che la parte intende soddisfare con il contratto, essi sono sicuramente irrilevanti sulla disciplina negoziale se non emergono dalla sfera psichica del contraente; ma se, al contrario, sono stati obbiettivati, essi assurgono ad elementi del contratto qualora ne costituiscano la funzione pratica che le parti hanno in concreto assegnato al loro accordo (causa concreta)"; e, di recente, Cass., 20.03.2012, n. 4372, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1370: "la obbiettivizzazione [...] di un motivo di cui la controparte si sia resa espressamente partecipe è destinata ad integrare l'elemento causale della convenzione negoziale nella misura in cui esso risulta determinante nella formazione del consenso".

³⁹ Cfr. SICCHIERO G., *Il contratto con causa mista*, Milano, 1995, 203 e ss.

⁴⁰ Cfr. SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, cit., 176. Si veda, per un riferimento giurisprudenziale alla causa concreta congruando al vizio del sinallagma funzionale e all'esperibilità del rimedio risolutorio, Cass., 20.12.2007, n. 26959, in *Vita not.*, 2008, 236: "La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo

In sintesi, mentre, da una parte, l'invalidazione dell'atto privo di causa è rimedio posto a presidio di un interesse individuale, quello al funzionamento del contratto, che postula un'indagine intrinseca all'atto stesso; dall'altra, la nullità discendente dalla contrarietà della causa alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume è conseguenza della lesione di un interesse pubblico, che rappresenta un limite estrinseco dell'autonomia privata.

Nella sua prima veste la causa rappresenta il termometro dello scontro tra l'esigenza di tutela del contraente (e, quando una sola parte sostiene sacrifici giuridici, del promittente) e l'istanza di certezza dei traffici, conflitto che si compone, come detto, nel rigetto dell'atto irrazionale.

Senonché il concetto di razionalità – metagiuridico e relativo – necessita di essere parametrato a un riferimento social-tipico affinché possa elevarsi a termine di giudizio obiettivo. E pertanto l'atto privato potrà dirsi geneticamente inidoneo al soddisfacimento di alcun apprezzabile interesse del contraente quando *non conforme a un canone di normalità e regolarità comportamentale*.⁴¹

Nel secondo ruolo, la causa conserva la natura di essenziale crocevia delle problematiche inerenti il rapporto tra Stato e cittadino e, in generale, terreno di tensione tra autorità e libertà, conflitto la cui composizione si realizza nell'elastico ambito delle clausole generali.

La coerenza dell'esposta riflessione, dunque, accompagnata dall'imbarazzo per le frustranti aporie cui conduce l'accoglimento della formula di bettiana memoria, ha catalizzato la recente trasfigurazione giurisprudenziale della causa in termini di «funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereo-

interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione".

⁴¹ In questi termini SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, cit., 135, il quale mette acutamente in luce che il riferimento alla realtà dei traffici s'impone per sottrarsi a un'ottica puramente soggettiva di valutazione dell'affare, che in relazione al livello intellettuale, sociale e culturale del contraente può portare a ritenere plausibili affari obbiettivamente insensati, dando origine a un circolo argomentativo sterile per cui l'affare dovrebbe essere ritenuto razionale solo per il fatto che le parti l'hanno concluso. È agevole comprendere, peraltro, che così opinando il problema diventa quello di reperire fondamento e limiti del sindacato del giudice sulla giustizia del contratto. Una essenziale direttiva in proposito, a mio avviso, deve essere nel senso di escludere la legittimità di interventi volti a introdurre nell'accordo privato valori eteronomi, favorendo invece l'ingerenza del giudice nella sola misura in cui sia volta, per mezzo del canone ermeneutico della buona fede, a restituire all'assetto d'interessi un intimo equilibrio.



tipo astratto»⁴² ovvero «lo *scopo pratico* del negozio, la *sintesi*, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato».⁴³

Tale svolta, invero, era stata anticipata da quel filone pretorio che, alla ricerca di un salvacondotto nel nostro ordinamento per il *sale and lease-back*, aveva da lungo tempo invocato un controllo sulla funzione concreta dell'affare, basato su «dati sintomatici ed obiettivi», anche extratestuali⁴⁴, al fine di escludere lo scopo di garanzia del trasferimento.⁴⁵

Finalmente, pertanto, la giurisprudenza sembra aver preso atto che ogni riferimento alla funzione tipica del contratto al fine di predicarne aprioristicamente la liceità assume i contorni di un «perdurante equivoco che ancora oggi vede la dimensione causale del negozio prigioniera di una ormai obsoleta quanto astratta concezione di funzione economico-sociale da tempo desueta in seno alla stessa giurisprudenza di legittimità (quantomeno a far data dalla sentenza 10490/2006), che opportunamente discorre, di converso, di *causa concreta* della convenzione negoziale, intesa nel senso di *funzione economico-individuale* dello specifico negozio oggetto di esame in sede di giudizio».⁴⁶

⁴² Si tratta dell'ormai celebre Cass., 08.05.2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, nonché in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985; in *Giur. it.*, 2007, 2203; e in *Contratti*, 2007, 627. Si segnalano le annotazioni di ROLFI F., *La causa come "funzione economico-sociale": tramonto di un idolum tribus?*, in *Corr. giur.*, 2006, 1718; FOCESATO E., *Causa unitaria nell'ambito dell'operazione di leasing finanziario e tutela dell'utilizzatore: una svolta della Cassazione?*, in *Contratti*, 2007, 377; e IZZI B., *Causa del contratto come funzione economico-individuale*, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1988.

⁴³ Così Cass., 12.11.2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 448. Nella scia delle prime pronunce cfr. Trib. Arezzo, 04.10.2012, in *DeJure*; Cass., 28.10.2011, n. 22518, in *Dir. e giust. online*, 2011; Cass., 01.04.2011, n. 7557, in *Guida al diritto*, 2011, 23, 72 (s.m.); Cass., 18.03.2010, n. 6538, in *Guida al diritto*, 2010, 16, 56 (s.m.), nonché in *Giur. comm.*, 2011, 3, II, 561 (s.m.) e in *Riv. dir. comm.*, 2012, 2, II, 111 (s.m.).

⁴⁴ Cass., 14.03.2006, n. 5438, in *Riv. not.*, 2006, 1571, richiede: 1) la presenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l'impresa venditrice utilizzatrice, antecedente o contestuale alla vendita; 2) le difficoltà economiche dell'impresa venditrice, legittimanti il sospetto di un approfittamento delle sue condizioni di debolezza; 3) la sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente, che confermi la validità di tale sospetto.

⁴⁵ Cass., 26.01.2005, n. 1273, in *Giust. civ.*, 2006, I, I, 177; Cass., 21.07.2004, n. 13580, in *Studium Juris*, 2004, 1581, nonché in *Giust. civ.*, 2005, 3, I, 685; Cass., 19.09.1997, n. 6663, in *Contratti*, 1998, 395 e in *Rass. trib.*, 1998, 805; Cass., 10.10.1995, n. 10805, in *Vita not.*, 1997, 144, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 682 e in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, 159.

⁴⁶ Cass., 17.09.2013, n. 21255, *Resp. civ. e prev.*, 2014, 1, 143, coeva alla pronuncia annotata. Si riferiscono al requisito

4. La stagione della causa concreta: voli pindarici su questioni aperte.

Anche la pronuncia in commento, vertente in materia di causa illecita, rappresenta un omaggio al nuovo ciclo giurisprudenziale in tema di causa del contratto.

Può essere utile osservare al riguardo che la decisione, oltre a pronunciare la nullità del contratto di permuta per contrarietà a norma imperativa, enuncia altresì la nullità del contratto di garanzia, qualificato in termini di fideiussione da parte della Corte d'appello. Per la ricorrente, invece, che argomenta sulla base del tenore letterale della clausola c.d. «a prima richiesta», tale pattuizione è da qualificarsi come contratto autonomo di garanzia, nel tentativo di farne salva la validità nonostante la caducazione del contratto principale.

Ebbene, il Giudice nomofilattico rileva il difetto d'interesse della ricorrente a perorare una qualificazione del contratto di garanzia che comporti un'attenuazione del legame di accessorietà con l'accordo principale, giacché l'autonomia del *Garantievertrag* non può, comunque, nell'ottica unificante dell'operazione, renderlo insensibile all'illiceità della causa del contratto base: è «l'antigiuridicità obiettiva dell'operazione economica nella sua tensione allo *scopo concreto*» che determina la caducazione dei plurimi strumenti contrattuali orientati al perseguimento del risultato illecito.

Si apprezza dunque una prima conseguenza dell'accoglimento della nozione di causa concreta e cioè l'enfaticizzazione del contesto interpretativo dell'operazione.

Per una certa dottrina la nozione di operazione (economica) assumerebbe un valore qualificante, 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 autonomia privata».⁴⁷

causale specificamente in termini di *funzione economico-individuale* del negozio anche Cass., 18.02.2011, n. 3994, in *DeJure*; Cass., 20.03.2012, n. 4372, cit.; Cass., 14.03.2014, n. 5970, in *DeJure*. Antecedentemente alla citata sentenza, già avevano discorso di causa in tali termini: Cass., 05.08.2000, n. 10322, in *DeJure*; Pret. Salerno, 23.02.1993, in *Dir. e giur.*, 1995, 261; Cass. 26.01.1987, n. 718, in *DeJure*.

⁴⁷ GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 719; ID, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1047; *amplius*, ID., *I contratti*

In altri termini, «le situazioni, i rapporti, gli interessi che costituiscono la sostanza reale di ogni contratto si possono riassumere nell'idea di operazione economica», dal momento che «con il termine “contratto” non ci si riferisce tanto alle operazioni economiche concretamente realizzate nell'effettiva esperienza dei traffici, ma piuttosto a quella che potremmo chiamare la loro formalizzazione giuridica», per cui la disciplina dell'affare trova, nella struttura del contratto, il suo punto di diretta incidenza formale.⁴⁸

Contratto e operazione, dunque, non sembrano porsi in relazione antagonistica, poiché esprimono

in generale, in *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, I, 31; e, già precedentemente, Id., *Il pegno anomalo*, Padova, 1990, 131; D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; AZZARO A.M., *Pegno “rotativo” e operazione economica*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 255.

È oggi ricorrente, in generale, la constatazione che nel moderno diritto comune dei contratti si deve valutare ed interpretare la fattispecie “contratto” in una dimensione che consenta di apprezzare, in tutta la sua completezza e complessità, la molteplicità e il conflitto degli interessi sottostanti l'atto di autonomia privata, cfr. PERLINGERI P., *Nuovi profili del contratto*, cit., 227.

Tale categoria s'ispira asseritamente al concetto di operazione (giuridica) che venne prospettato sul finire degli anni Sessanta del secolo scorso, da autorevole dottrina che dedicò la propria riflessione alla considerazione dell'atto di autonomia, sia sul piano funzionale, sia su quello strutturale, nella sua globalità, indipendentemente dall'apprezzamento delle sue singole componenti. Cfr., per tutti, FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 251; nell'ambito dello studio dei negozi unilaterali soggetti a rifiuto cfr. BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 204; nel contesto dell'analisi della divergenza o incompatibilità tra tipo e interesse perseguito, si veda PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., 136 e ss., spec. 183; ID., *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, 2; ID., *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, 1972, III, 645 e ss.; NUZZO M., *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, ibidem, III, 574 e ss.

⁴⁸ ROPPO V., *Il contratto*, cit., 10. Si leggano in tema anche le efficaci considerazioni di PALERMO G., *Divergenza e incompatibilità fra il tipo negoziale e l'interesse perseguito*, cit., 645-646: “Ciò che si lamenta non è l'inidoneità del concetto generale, di ogni possibile concetto di negozio, a riassumere i vari e molteplici istituti che regolano, ciascuno nel proprio ambito, l'attività del privato in regime di autonomia; è piuttosto la forzata riconduzione del dato a schemi non consoni [...]”. Lo schema del contratto, in particolare, “se assicura tutela, attraverso il rilievo degli elementi che lo compongono, a taluni fondamentali interessi che il privato persegue sul piano dell'ordinamento, risulta inadeguato a esprimere, nei suoi molteplici profili, la unità formale dell'operazione. [...] Il compito dell'interprete, di fronte a problemi cui gli strumenti tradizionali non sono in grado di far fronte, è di assicurare il necessario ricambio di concetti”; in tal senso, soltanto “dopo aver superato la forza condizionante del dogma, attraverso l'analisi dei dati dell'operazione economica, è possibile, sul piano applicativo, delimitare, con maggior precisione, la rilevanza e la disciplina dell'atto di autonomia: segnate, appunto, da un criterio di intrinseca congruenza”.

entrambi la medesima realtà: l'atto di autonomia privata, seppure rappresentato da due differenti prospettive. Più semplice quella osservata dall'angolo visuale del contratto; più complessa ed articolata quella esaminata dal piano di rilevazione dell'operazione economica.⁴⁹

Ciò precisato, non si può fare a meno di interrogarsi se l'uso del concetto di operazione «consenta effettivamente un progresso conoscitivo o non si traduca, invece, nella mera descrizione, sia pure in termini raffinati e suggestivi, di un sostrato reale che trova già altrimenti una sua appagante sistemazione». ⁵⁰ In altri termini, «va verificato se, effettivamente, l'operazione economica rappresenti una nuova categoria logico-giuridica (e non soltanto una semplice descrizione del dato empirico)». ⁵¹

Da questo punto di vista, preso atto, da una parte, che alla base dell'elaborazione e dell'impiego del concetto di operazione vi è senz'altro il meritorio proposito di dottrina e giurisprudenza di dare un'immagine realistica dell'assetto d'interessi diviso dai contraenti, dall'altra, non può che concordarsi con chi osserva che il ruolo di tale strumento non possa essere sopravvalutato al punto di sovrapporre il dato economico alla indispensabile qualificazione giuridica.⁵²

In questo senso, credo che all'operazione non possa essere ascritto il ruolo di categoria propriamente qualificante, bensì che essa rappresenti, più

⁴⁹ Così GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 1, 95 e ss., nonché in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, 2008, pubblicato in www.judicium.it, 5. Cfr. anche D'ANGELO A., *Contratto e operazione economica*, cit., 106 e ss.

⁵⁰ SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 428 e ss.

⁵¹ LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999, 181 e ss. Cfr. ID., *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed “operazione giuridica”*, cit., 1161, nel senso che all'operazione non può farsi capo come ad una “sorta di *passe-partout*” dovendosi tale nozione scontrare con un limite intrinseco: “la sua indole descrittiva” e ciò “sembra minare il tentativo di costruire l'operazione come nuova categoria giuridica”.

⁵² “Se l'operazione economica è l'affare inteso nella sua complessità e nel variegato atteggiarsi delle sue componenti, non si può tralasciare la ricerca degli strumenti formali che consentano di trasporre l'operazione medesima sul piano dell'ordinamento giuridico e nei termini ad esso propri. In tale prospettiva, mi pare che un progresso decisivo possa realizzarsi riconducendo, appunto, il discorso sull'operazione a quello della individuazione della fisionomia del regolamento dei privati interessi. Infatti, l'operazione, intesa nel suo significato puramente economico, rischia di restare un dato affatto opaco e incolore” se non sia ricordata con la reale struttura che le parti hanno dato ai loro interessi. In questi termini, icasticamente, SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, cit., 178. Cfr. anche ID., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 428 e ss.; ID., *Unità dell'operazione, buona fede e rilevanza in sede ermeneutica del comportamento delle parti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, II, 133.



modestamente ed essenzialmente, l'espressione sintetica di un dato induttivo, l'unità funzionale dell'affare, che permette di individuare l'appropriata sinossi ermeneutica, specialmente nel contesto di una pluralità di negozi teleologicamente collegati.⁵³

Una seconda criticità suscitata dall'accoglimento della pervasiva nozione di causa concreta attiene alla distinzione delle vicende produttive dell'illiceità della causa da quelle determinanti l'illiceità dell'oggetto.

Ferma l'identità dei parametri valutativi – cioè la contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume –, a risultare controversa è la stessa nozione di *oggetto* del contratto, tradizionalmente identificato con la *prestazione* dedotta in contratto, ovvero con l'oggetto della prestazione caratteristica dedotta nel contratto medesimo, e cioè il *bene*, oppure, più recentemente individuato nel *contenuto* del negozio, inteso come insieme delle prestazioni, comprese le clausole accessorie.⁵⁴

Si già accennato al rapporto osmotico esistente tra contenuto del contratto e causa intesa in termini di funzione concreta, per cui la valutazione dell'interesse perseguito passa da una considerazione

globale dell'operazione, ivi compreso ogni risvolto del substrato oggettivo: le prestazioni principali, gli elementi accidentali, le clausole particolari, i motivi oggettivati.

La parabola descritta dalle nozioni di causa e oggetto, che sembra ricomporre i due requisiti contrattuali in rapporto di parziale sovrapposizione, ha dunque indotto la più accorta dottrina «a dubitare della possibilità e comunque della utilità del riferire analiticamente la illiceità all'uno o all'altro di tali requisiti contrattuali»⁵⁵, dal momento che appare «molto difficile che possa essere qualificato illecito un oggetto, nel senso della cosa o della prestazione, al di fuori della considerazione delle circostanze, degli scopi, della qualità delle persone e quindi in generale di quel quadro di dati da cui si ricava il senso della modificazione giuridica perseguita».⁵⁶

Da qui l'impressione che, onde evitare la proposizione di casistiche dal sapore accademico, l'interprete debba «ragionevolmente pervenire alla conclusione non soltanto di un unitario significato della illiceità», ma anche di «un unitario punto di riferimento» di essa, «ravvisabile nel contratto».⁵⁷

Alla luce di questo condivisibile orientamento, occorre concisamente verificare anche l'ampiezza dell'odierno raggio operativo delle disposizioni di cui agli artt. 1344 e 1345 c.c.

Quanto alla prima, può osservarsi che, posto che la frode alla legge presuppone, oltre all'intenzione fraudolenta delle parti, l'elemento oggettivo rappresentato dal perseguimento di un fine analogo a quello vietato⁵⁸, tale figura risulta oggi controversa, essenzialmente per aver subito la causa la metamorfosi sopra descritta.

È evidente, infatti, che l'ipotesi avuta presente dai Codificatori fosse quella del contratto avente in sé causa lecita ma che, per mezzo di artifici fraudo-

⁵³ In siffatto contesto, infatti, è dato rilievo al comportamento complessivo dei centri di interesse coinvolti nell'affare, strutturalmente plurinegoziale ma funzionalmente unitario, ed il collegamento tra negozi conclusi da parti diverse può essere accostato a quello concernente negozi conclusi fra le stesse parti: ivi scompare la posizione del "terzo" nell'accezione dell'art. 1372 c.c., risultando il contraente di uno solo dei negozi collegati, pur estraneo alla singola contrattazione, parte della complessiva operazione. Cfr., sul punto, LENER G., *Profili del collegamento negoziale*, cit., 188-189. Sul versante giurisprudenziale si veda Cass., 18.02.2011, n. 3994, cit., che per spiegare il fenomeno del collegamento ricorre al concetto di operazione e allo sdoppiamento del requisito causale, distinguendo indebitamente il profilo funzionale dei singoli contratti da quello "sovranegoziale" dell'operazione complessiva, come se questa fosse un'autonoma realtà normativa e qualificante: "Ciascuno dei singoli contratti mantiene inalterata la propria funzione economico-individuale, ma l'operazione negoziale complessivamente considerata trova, invece, la ragione concreta della sua realizzazione proprio in quell'interesse globale che ha costituito la spinta determinativa dell'operazione stessa. Se, dunque, la causa consiste nella ragione pratica dell'affare, accanto alle singole cause dei negozi che compongono a catena negoziale (c.d. cause parziali) viene individuata una causa posta a fondamento dell'intera attività negoziale (c.d. causa complessiva)"; negli stessi termini Cass., 08.02.2012, n. 1875, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 143.

⁵⁴ Cfr., per tutti, GITTI G., *Problemi dell'oggetto*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, II, *Regolamento*, 6 ss.

⁵⁵ PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, II, *Regolamento*, 471.

⁵⁶ GENTILI A., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno P., II, Torino, 1999, 1319.

⁵⁷ PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, cit., 472.

⁵⁸ Cfr. CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, 77; ID., *Frode alla legge*, in *Noviss. dig. it.*, VII, 1961, 647; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 172; MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 604; MORELLO U., *Frode alla legge*, Milano, 1969; ID., voce *Frode alla legge*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, 1992, 501. Si sono tradizionalmente distinte due principali teorie: una oggettiva, l'altra soggettiva, le quali assumono come elemento maggiormente rilevante ai fini dell'individuazione della frode alla legge, rispettivamente, l'elemento oggettivo e l'elemento soggettivo del contratto. Così, secondo i sostenitori della teoria oggettiva, il contratto in frode alla legge si distinguerebbe per violare una norma imperativa raggiungendone indirettamente il risultato che essa proibisce. Per contro, secondo l'opposto orientamento, perché ricorra la frode alla legge sarebbe necessario un intento delle parti di eludere la legge.

lenti, venisse in concreto utilizzato nel perseguimento di un risultato vietato dalla legge.

Oggi, peraltro, appare «incompatibile col sistema l'idea che un contratto possa aver causa lecita mentre la sua funzione risulta concretamente illecita. Quell'idea, se era coerente con la tradizionale accezione astratta del requisito causale e con la correlata supposta inammissibilità di un controllo di liceità sulla causa dei contratti tipici, diviene del tutto inconciliabile con la odierna accezione concreta di tale requisito. La causa concreta appare già idonea a riassumere il giudizio di liceità funzionale sull'operazione, con le sue clausole anomale, idonee a piegare il contratto al perseguimento del risultato vietato».⁵⁹

Alla luce della descritta evoluzione, pertanto, appare impossibile configurare ipotesi di frode alla legge realizzate per mezzo di un negozio isolato, dal momento che quest'ultimo, se diretto a realizzare finalità proibite dall'ordinamento, anziché posto in essere *in fraudem legis* sarà da considerare divisato direttamente *contra legem*.

L'operatività della norma dell'art. 1344 c.c., peraltro, ne esce ridimensionata ma non obliterata⁶⁰: «per quanto originariamente volta in modo elettivo, a regolare la deviazione illecita del contratto tipico rispetto alla sua funzione economico-sociale valutata in astratto dal legislatore, risulta ora principalmente utilizzabile nei casi di combinazione di atti, cioè di *collegamento negoziale*».⁶¹

⁵⁹ PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, cit., 480.

⁶⁰ In tal senso, peraltro, PUGLIESE A., *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 161 e ss.; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 804.

⁶¹ PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, cit., 481. Cfr. anche NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Milano, 2006, 55 e ss.: «il collegamento costituirebbe, se non l'esclusivo, quanto meno il più frequente mezzo mediante il quale porre in essere una frode alla legge. D'altronde, ciò sembrerebbe confermato dalla stessa dizione codicistica dell'art. 1344 [...]. Invero, un negozio isolato [...], valutato cioè secondo un giudizio di idoneità rispetto all'evento vietato, non può essere altrimenti che idoneo o no a realizzare tale evento. Si deve ritenere allora che la frode alla legge presuppone una pluralità di negozi composti in un'unità formale per la realizzazione di un interesse illecito trascendente i negozi stessi». La teoria secondo cui la frode alla legge si realizza mediante una combinazione negoziale volta a realizzare un risultato vietato era già stata sostenuta da PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, cit., 298; BIANCA C.M., *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, 254 e ss.; GIACOBBE G., *Frode alla legge*, voce di *Enc. dir.*, XVIII, 1969, 83; GRASSETTI G., *Negozio collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, cit., 154; PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., 110; MOSCATI E., *Il giuoco e la scommessa*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, XIII, Torino, 1982, 198; UBALDI A., *Frode alla legge*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, in *Giur. sist.*, III, Torino, 1991, 642; SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, cit., 447 e ss.; e, tra gli studiosi del collegamento negoziale, in particolare, da GIORGIANNI M., *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it.*

Si tratta allora di capire sotto quali profili il fenomeno della frode alla legge interferisca con la teoria del collegamento volontario e funzionale fra negozi, atteso che, in questa ipotesi, non sembra porsi un problema di comunicazione della patologia di un contratto agli altri ad esso collegati secondo il noto principio del *simul stabunt simul cadent*.

In tal senso sembra corretto sostenere che il singolo contratto, che sia frammento di un'operazione economica complessa che mira al raggiungimento di un risultato contrastante con una norma imperativa, non sia affetto da nullità in sé, ma essa rappresenta il riflesso dell'unità formale dell'operazione, derivandogli dall'essere collegato ad altri contratti in funzione di un interesse illecito.⁶²

Ciascun singolo contratto, in quanto strutturalmente autonomo, deve considerarsi lecito ove persegua in sé un fine non vietato: solo in forza del collegamento ad altri può reputarsi illecito.⁶³ In definitiva, in ossequio all'art. 1344 c.c., è al *mezzo* utilizzato per raggiungere il fine illecito che deve aversi riguardo per verificare se sussiste o no una frode alla legge.⁶⁴

sc. giur., 1937, 351; GASPERONI N., *Collegamento e connessione di negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 386; CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 330; VENDITTI A., *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 271; MESSINEO F., *Contratto collegato*, voce di *Enc. del diritto*, Milano, 1962, X, 53.

⁶² Cfr. NUZZO M., *Negozio illecito*, cit., 8: «il giudizio di liceità dovrà essere condotto non tanto con riferimento alla considerazione della meritevolezza dei singoli negozi, quanto con riferimento alla meritevolezza della operazione complessa risultante dal collegamento, nel cui ambito, si afferma, la rilevanza dei singoli negozi non sarà diversa da quella che hanno le singole clausole in cui un particolare negozio si articola. Con la conseguenza che da un lato l'illiceità di un singolo negozio potrà determinare la nullità di tutti i negozi collegati attraverso i quali si realizza l'operazione economica unitaria solo quando il negozio illecito possa ritenersi essenziale per la realizzazione del risultato finale; dall'altro, l'illiceità di tale risultato potrà determinare la nullità di tutti i singoli negozi tra loro collegati in vista della realizzazione di quel risultato, anche quando ciascuno di essi abbia in sé causa lecita».

⁶³ Cfr. PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, cit., 481: «In simili ipotesi, lo strumento della causa in concreto se risulta assorbente di ogni profilo di illiceità riguardo alla valutazione di ciascun atto separatamente considerato, è al contempo idoneo per un giudizio di liceità funzionale sull'operazione risultante dal complesso coordinarsi dei vari negozi». Nello stesso senso NARDI S., *Frode alla legge e collegamento negoziale*, cit., 155.

⁶⁴ Cfr. PALERMO G., *Funzione illecita e autonomia privata*, cit., 202: «Quando l'assetto di interessi contrario all'ordine giuridico si realizza attraverso un atto per sé idoneo a reagire sull'operazione, secondo la natura di quest'ultima, riconducendola, attraverso l'autoregolamento, a una funzione ulteriore che nella sintesi degli interessi sostantivi, ivi compresi quelli già realizzati, riassume l'unità del fatto, può sempre dirsi, anche se in senso affatto particolare, che il negozio è mezzo in relazione a un risultato, alla cui realizzazione, come strumento, si piega. Ond'è che l'illiceità della funzione, anche in questo caso, si riflette sull'atto, determinandone la nullità».



A tale impostazione, che condivido, ritengo possa aggiungersi che l'ulteriore finalità illecita, se è vero che non può che essere colta in via induttiva, avuto riguardo al contesto ermeneutico dell'operazione complessiva, colora direttamente la causa dei singoli contratti che compongono il complesso negoziale al punto da rappresentarne il nesso di collegamento stesso. Pertanto, in questi casi, la sanzione della nullità colpisce immediatamente il singolo negozio anche prima e prescindere dalla conclusione degli altri contratti previsti nell'ambito dell'operazione.

Per quanto attiene all'art. 1345 (e all'art. 788) c.c., invece, può osservarsi che l'interpretazione giurisprudenziale del requisito della comunanza del motivo tra le parti, secondo la quale non basta la mera conoscenza del motivo illecito da parte dell'altro contraente, bensì occorre che questi ne tragga altresì un apprezzabile e obiettivo vantaggio (tipico l'esempio dell'elevato corrispettivo), riconduce l'ipotesi negoziale nell'alveo della valutazione funzionale e della stessa dovrà correttamente predicarsi la diretta illiceità della causa.⁶⁵

Dunque, l'attitudine espansiva della causa concreta – che esige la considerazione dei caratteri individuali della specifica regola privata, inclusi i motivi oggettivati nell'insieme del reciproco accollo di rischi e obblighi – sembra aver ridotto l'operatività della norma dell'art. 1345 c.c. alla sanzione di quei motivi che restino confinati nella sfera dei *meri motivi psicologici* delle parti, in quanto non emergenti dal regolamento contrattuale, con le conseguenti asperità probatorie e l'imprescindibile esigenza di contemperamento con il principio di tutela dell'affidamento.⁶⁶

Insomma, ambiti tanto angusti e sfumati da apparire evanescenti, sì che la norma sembra destinata a passare da una scarsa considerazione a un vero e proprio oblio applicativo.

Infine, per concludere questo rapidissimo sguardo sulle conseguenze della ridefinizione della categoria della causa, non si può fare a meno di chiedersi quale ruolo possa attribuirsi, nella rinnovata fisionomia del sistema, al capoverso dell'art. 1322 c.c. che predica la *meritevolezza* dell'interesse che l'accordo atipico deve perseguire per ottenere la sanzione giuridica.

La disposizione in questione, al centro di un fervido dibattito sviluppatosi in tempi non recenti, è stata tacciata di aver rappresentato lo strumento di funzionalizzazione del contratto al perseguimento di interessi eteronomi e, pur non essendo stata travolta

dalla caduta dell'ordinamento corporativo, fatica odiernamente a ritagliarsi un ruolo operativo.

Segnalata infatti la mistificazione tra causa e tipo sottesa alla teoria della causa intesa in termini di funzione economico-sociale e accantonata quest'ultima dottrina, l'esigenza che il contratto sia dotato di una causa – nel senso di intrinseca idoneità a soddisfare gli interessi delle parti – è imposta, sia per gli accordi tipici che per quelli atipici, dall'art. 1325, n. 2, c.c., mentre al successivo giudizio di liceità presiede l'art. 1343 c.c. che, del pari, è applicabile a tutti i contratti.

Così, abbracciata l'idea che il negozio sia atto prettamente individuale e scartata *ab imis* l'ipotesi che il giudizio di meritevolezza possa alludere a una verifica degli interessi perseguiti alla stregua del canone dell'utilità sociale, vi è chi ha tentato di evitare un'interpretazione obliterante della norma suggerendo che ad essa possa ascrivere la funzione, pur minimale, di *giuridicizzare* l'accordo privato, imponendo una verifica della «*idoneità* in astratto dello schema» – intesa quale rispetto del procedimento giuridico di formazione dell'accordo – nonché della «effettiva intenzione dei contraenti di assoggettare il rapporto privato alla norma legale, nel senso di creare un vincolo personale coercibile secondo i principi giuridici», in modo che «risulti certa e sicura la volontà di vincolarsi secondo regole non esclusivamente morali e sociali».⁶⁷

In questo senso, si è sostenuto che la scelta di uno schema tipico farebbe presumere, salvo espresso intento contrario, la sussistenza di un'effettiva volontà dei contraenti di vincolarsi giuridicamente, mentre l'accordo atipico dovrebbe essere l'oggetto di uno scrutinio di serietà dell'impegno fondato su criteri necessariamente non normativi.⁶⁸

Più recentemente, si è tentato di sviluppare il discorso nel senso di individuare nell'art. 1322, comma secondo, c.c. «il riferimento normativo attraverso cui elaborare un moderno sistema di *vestimenta*: e cioè di segnali al ricorrere dei quali un patto privato è “vestito” di giuridicità».⁶⁹

L'elaborazione di un catalogo di indici di giuridicità dell'accordo atipico è effettuata sulla base di un ragionamento analogico che procede dalla *ratio* dei contratti tipici, schemi ai quali il legislatore «connette una presunzione di intento giuridico posi-

⁶⁷ GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 68-69.

⁶⁸ Cfr. GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 95 ss. L'esame dell'accordo privato alla luce di criteri normativi, infatti, non può che condurre a giudizi rappresentati dalla dicotomia lecito-illecito, dei quali ha già riguardo l'art. 1343 c.c.

⁶⁹ GAROFALO A.M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2012, 573.

⁶⁵ Cfr. PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, cit., 472 e ss.

⁶⁶ Cfr. PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, cit., 475.

tivo», e si esaurisce nella constatazione che la tutela dell'interesse del contraente è apprestata dall'ordinamento quando l'accordo riproduca una dinamica di *scambio* o sia espressione di un *intento liberale* ovvero, per quanto attiene all'area della *gratuità non liberale*, quando sia diretto a soddisfare un apprezzabile interesse del promittente.⁷⁰

Questa dottrina sostiene dunque che quando nell'accordo atipico sia rinvenibile uno dei predetti paradigmi, selezionati induttivamente dal materiale contrattuale tipizzato, il giudizio di meritevolezza sortirebbe esito positivo e precisa che tale valutazione investirebbe l'assetto d'interessi come delineato in astratto, ossia sulla base delle mere dichiarazioni delle parti, e che sarebbe da tenersi distinta dal giudizio di sussistenza di una causa in concreto, postulato dall'art. 1325, n. 2, c.c.⁷¹

A mio avviso simili impostazioni, pur muovendo dall'apprezzabile intento di evitare la sterilizzazione della norma, non possono essere condivise.

Il problema della serietà del vincolo e della rilevanza dell'intento delle parti di vincolarsi giuridicamente, infatti, mi sembra estraneo al tema della causa nella misura in cui la causa è requisito normativo del contratto e non dell'accordo che sia per intenzione comune dei paciscenti posto al di fuori dall'area del giuridicamente rilevante.

In altri termini, il problema del se le parti vogliono munire il loro accordo del carattere della coercibilità è un problema qualitativamente e logicamente distinto rispetto a quello della razionalità e della liceità dell'accordo del quale sia già accertata la positiva volontà di assoggettamento alle regole dell'ordinamento giuridico.⁷²

Del resto è la lettera stessa del capoverso dell'art. 1322 c.c. ad escludere che la disposizione voglia preoccuparsi della ricorrenza o meno di una volontà giuridicizzatrice, preoccupandosi piuttosto

di estendere ai contratti atipici i controlli postulati dagli artt. 1325, n. 2, e 1343 c.c. per i contratti tipici. Essa rappresenta il portato della confusione tra tipicità e causalità in cui è incorso il legislatore del 1942, il quale ha voluto introdurre una specifica disposizione e optare per un vocabolo più vago (la meritevolezza, anziché la causa) per indicare una verifica in concreto dell'interesse dei contraenti che non poteva legittimare sulla scorta delle predette disposizioni.⁷³

Per altro aspetto, non è dato comprendere in qual modo possa effettuarsi (e quale utilità abbia) un'indagine sulla razionalità in astratto dell'atto privato atipico svincolata dall'analisi in concreto del suo contenuto.

In realtà, mi sembra che gli "indici di giuridicità" altro non siano che indicatori di razionalità dell'operazione analizzata: il tipo di esame in cui il giudizio di meritevolezza si identificerebbe secondo le succitate impostazioni mi sembra infatti risolversi proprio in quel giudizio d'idoneità dell'accordo privato al soddisfacimento di un apprezzabile interesse, patrimoniale o liberale, del contraente in cui si sostanzia la valutazione causale svolta in concreto.

Tale indagine, come detto, si fonda sul criterio, non normativo, di obiettiva normalità e regolarità comportamentale che, da una parte, evita la sovrapposizione di tale giudizio con quello, logicamente "a valle", di liceità, condotto appunto sulla scorta di criteri squisitamente normativi⁷⁴; dell'altra, scongiura una valutazione dell'affare condotta secondo un'ottica puramente individuale, che escluderebbe la tutela di quel contraente che, in ragione del proprio livello intellettuale, sociale o culturale, si sia determinato a concludere affari non solo obiettivamente lesivi dei propri interessi, ma anche estranei a un canone di regolarità logica ed economica.⁷⁵

⁷⁰ Cfr. GAROFALO A.M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, cit., 588 ss.

⁷¹ Cfr. GAROFALO A.M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, cit., 597.

⁷² A meno che l'intento giuridico negativo non rappresenti uno strumento utilizzato da una parte per eludere la tutela giuridica apprestata dall'ordinamento in favore dell'altra, appartenente a una categoria di soggetti che sarebbero altrimenti pregiudicati dalle dinamiche di mercato, come i lavoratori subordinati o i consumatori. In tali casi, configurandosi la preventiva e imposta rinuncia alla tutela dei propri diritti di lavoratore o di consumatore come un abuso dell'autonomia contrattuale da parte del datore di lavoro o del professionista, l'accordo dovrà ritenersi integralmente sottoposto alla regolamentazione dell'ordinamento proprio per la mancanza di una genuina e bilaterale volontà di assegnargli esclusiva rilevanza extragiuridica. Cfr. estesamente sul punto SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, cit., 110 ss., il quale rileva che il tema non può dirsi del tutto estraneo al discorso sulla causa nel senso che l'intento giuridico negativo delle parti è comunque assoggettato al controllo di razionalità.

⁷³ Cfr. in questo senso proprio GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, cit., 103.

⁷⁴ Tali essendo le clausole generali, ancorché bisognose dell'opera di concretizzazione da parte dell'interprete.

⁷⁵ Ormai classico l'esempio del contratto concluso con un chiroante per ottenere una "protezione astrale", caso oggetto di Trib. Sanremo, 13.12.1993, in *Giust. civ.*, 1994, 1401, sul quale si leggano le considerazioni di SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, cit., 133 ss. Per menzionare ipotesi più frequenti può farsi riferimento al contratto di *interest rate swap* congegnato dall'istituto bancario in modo tale da escludere, verosimilmente, la produzione di differenziali attivi per il cliente-mutuuario, di talché il rischio assunto con il contratto derivato "di copertura" risulta essere maggiore rispetto a quello assunto con il contratto di mutuo a tasso variabile; sul punto si veda, di recente, Trib. Torino, 17.01.2014, consultabile su *al-talex.it*, che ha dichiarato nullo per "difetto di causa" il contratto di swap concluso dal cliente sfornito delle informazioni necessarie per comprendere la natura puramente speculativa dello strumento finanziario. Per fattispecie e conclusioni simili, cfr.



Insomma, l'art. 1322, secondo comma, c.c., avulso dall'originario contesto di rigida tipicità degli schemi contrattuali, appare una disposizione meramente reiterativa di un giudizio, quello di razionalità dell'operazione, che trova altrove idoneo fondamento normativo.

A questo scrutinio minimale, a mio avviso, deve altresì riferirsi il rinvio alla disposizione in parola operato dall'art. 2645 *ter* c.c., rinvio che lungi dall'aver condotto alla reviviscenza giurisprudenziale di quella, ha finito piuttosto per conclamare l'involuzione della tecnica legislativa contemporanea.

Senza voler neppure additare in questa sede i molteplici problemi – *in primis* quello della fisionomia strutturale dell'atto – che l'introduzione della norma ha suscitato, vorrei soltanto spendere qualche considerazione finale sul maggiore di essi, quello funzionale appunto.

Dell'atto di destinazione, infatti, la citata disposizione descrive, tipizzandolo, l'effetto, che consiste, come noto, nella segregazione patrimoniale di beni immobili o mobili registrati, aprendo, di converso, all'atipicità dello scopo, dal momento che la locuzione normativa, che incede seguendo un'*anticlimax*, esordisce con la menzione di interessi di sicura dignità costituzionale, quelli riferibili a persone con disabilità, prosegue con la menzione di non meglio delineati interessi relativi a pubbliche amministrazioni e sfocia nel dequalificante riferimento a "altri enti o persone fisiche". Di talché la lettura complessiva dell'enunciato sembrerebbe legittimare a sorreggere l'atto destinatorio un interesse di qualsiasi natura, patrimoniale o meno, di carattere individuale o collettivo, purché *meritevole di tutela*.

Sul punto, parte della dottrina, ponendo l'accento sull'incipit dell'elencazione e argomentando dalla necessità di non "svendere" la separazione patrimoniale a discapito degli interessi del ceto creditorio, identifica la meritevolezza con la pubblica utilità dello scopo⁷⁶ ovvero con la valenza sociale dell'interesse alla cui soddisfazione è rivolto, se e in quanto tutelato da altre norme dell'ordinamento giuridico.⁷⁷

Trib. Orvieto, 12.04.2012, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 700 (s.m.), nonché Trib. Bari, 15.07.2010, *ibidem*, 2012, II, 781 (s.m.).

⁷⁶ È l'opinione di GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 165.

⁷⁷ Cfr., per tutti, SPADA P., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 126; NUZZO M., *L'interesse meritevole di tutela tra liceità dell'atto di destinazione e opponibilità dell'effetto della separazione patrimoniale*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2010, XIII, 28, secondo il quale "il giudizio di

Di converso, secondo un altro orientamento, che trae abbrivio da quanto espresso nel parere della Commissione permanente di Giustizia sul disegno di legge che ha introdotto la disposizione in questione, il giudizio di meritevolezza «coincide sostanzialmente con l'accertamento di non contrarietà del negozio realizzato alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume e non implica, di conseguenza, alcuna valutazione circa l'utilità sociale dell'atto».⁷⁸ Per questa dottrina, dunque, il termine meritevolezza equivale meramente a non illiceità dello scopo, ogni altra interpretazione mettendo a repentaglio il delicato equilibrio istituzionale fra *iurisdictio* e *legislatio*.⁷⁹

Ciò premesso – pur risultando evidente che il riferimento alla meritevolezza sia espressione dell'anelito del legislatore di fornire fondamento causale a un atto atipico dai contorni tanto astratti quanto gravi ne sono gli effetti segregativi – a me pare che il giudizio di meritevolezza non possa identificarsi in un valutazione assiologica, con sfumature etico-sociali, dello scopo perseguito, esclusa dallo stesso argomento letterale.

Pur tuttavia, per quanto, al contrario, il riferimento dell'art. 2645 *ter* al capoverso dell'art. 1322

meritevolezza costituisce il risultato di una valutazione comparativa tra l'interesse sacrificato, che è quello dei creditori generali, e l'interesse realizzato con l'atto di destinazione"; e DE DONATO A., *Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte*, in AA.VV., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile*, a cura di Bianca M., Milano, 2007, 39 ss., che menziona a titolo esemplificativo i bisogni della famiglia (art. 170 c.c.); l'avviamento a una professione o a un'arte (699 c.c.); i fini di previdenza o assistenza in ambito lavorativo (2117 c.c.); l'attività d'impresa (art. 2447 bis c.c.); e soprattutto l'intera area dell'impresa sociale (D. Lgs. n. 155/2006), rivolta all'assistenza sociale, sanitaria e socio-sanitaria, all'educazione, l'istruzione e la formazione, alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, alla valorizzazione del patrimonio culturale, al turismo sociale, alla formazione universitaria e post-universitaria, alla ricerca e ai servizi culturali, alla formazione scolastica (art. 2); nonché, gli ambiti del volontariato (L. n. 266/1991) e delle cooperative sociali (L. n. 381/1991) che svolgono attività in favore di invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di ospedali psichiatrici, soggetti in trattamento psichiatrico, tossicodipendenti, alcolisti, minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, detenuti o internati negli istituti penitenziari (art. 4).

⁷⁸ Seduta del 28.06.2005, il cui verbale è consultabile all'indirizzo http://www.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/200506/0628/pdf/02.pdf

⁷⁹ In questi termini VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 775. Nello stesso senso, tra gli altri, GENTILI A., *Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*, in AA.VV., *Le nuove forme di organizzazione del patrimonio*, Atti del Convegno di Roma del 28 e 29 Settembre 2006; e BARTOLI S., *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 2011, 167 ss.



possa avvalorare un'interpretazione della norma nella direzione di un puro *laissez-faire*⁸⁰, ritengo che tale rinvio stia ad imporre proprio la necessità che l'atto destinatorio sia sottoposto a quel controllo di razionalità postulato dalla teoria della causa concreta del contratto.

240 Ferma restando infatti l'esigenza che l'atto esprima l'indicazione dello scopo perseguito (*expressio causae*)⁸¹, ritengo che il giudizio di meritevolezza investa la serietà e la consistenza di questo, ponendolo in relazione con la natura e l'entità del patrimonio destinato. In altri termini, la valutazione di meritevolezza si traduce in uno scrutinio di proporzionalità e adeguatezza del mezzo rispetto al fine perseguito e, quindi, in un giudizio di coerenza intrinseca dell'operazione negoziale.

Tale soluzione, che demanda l'indagine sull'eventuale intento di frode nei confronti del ceto creditorio al successivo vaglio di liceità del negozio⁸², permette di negare *ex ante* sanzione giuridica a quegli atti di destinazione funzionalmente inidonei poiché oggettivamente irrazionali.

E proprio in questo senso – mi pare – il giudizio di meritevolezza è stato inteso da parte di una corte di merito chiamata di recente a conoscere della validità del vincolo di destinazione apposto ad un immobile e finalizzato al «soddisfacimento delle esigenze abitative ed in genere ai bisogni del nucleo familiare», individuando il termine finale al mo-

mento del compimento del quarantesimo anno di età della figlia del «conferente»⁸³.

La Corte, pur argomentando in premessa nel senso della necessità di compiere una penetrante valutazione comparativa tra meritevolezza dell'interesse perseguito e interesse dei creditori, decide il caso sulla base di un'analisi tutta intrinseca della manifestazione negoziale, volta a cernerne la ragionevolezza.⁸⁴

Il giudice, infatti, rileva innanzitutto la genericità dell'*expressio causae* e la conseguente difficoltà di apprezzare la consistenza dello scopo e l'adeguatezza del mezzo utilizzato per raggiungerlo: «pur risultando il fine di fare fronte ai bisogni della famiglia astrattamente meritevole di tutela, la parte avrebbe dovuto chiaramente indicare, in concreto, le ragioni che l'hanno indotta ad optare per quella tipologia di vincolo, evidenziando i motivi per i quali la separazione patrimoniale costituisca l'ultimo, o comunque il migliore od il più indicato, strumento per garantire al nucleo familiare quel minimo di tutela che l'ordinamento le riconosce».

Da questo punto di vista la meritevolezza dello scopo emerge in chiave di onere per il conferente di calibrare l'atto destinatorio proporzionandolo allo scopo avuto di mira, per organizzare un congegno devolutivo che abbia un'intima efficienza.

Ecco che allora, nel caso concreto, «per un verso può ritenersi che la destinazione di un immobile abitativo a soddisfare le esigenze abitative della famiglia, costituisca una tautologia; per altro verso, l'ulteriore fine del soddisfacimento “in genere” dei bisogni della famiglia, si appalesa del tutto generico ed inidoneo a chiarire gli specifici bisogni tutelati e le ragioni per cui una simile necessità è sorta; da ultimo, il termine finale del compimento del quarantesimo anno di età della figlia appare oggettivamente irragionevole, e come tale lumeggiante un intento fraudolento nei confronti dei creditori, posto che l'autosufficienza di un figlio, e conseguentemente l'obbligo di mantenimento, è presumibilmente raggiungibile ben prima dei quarant'anni».

Nel tratteggiato contesto motivazionale emerge piuttosto nitidamente – se si esclude il riferimento all'intento fraudolento verso i creditori, che sembra rappresentare omaggio a un preambolo argomenta-

⁸⁰ Sotto questo profilo non è infondato attendersi la perpetuazione, anche in materia di atto di destinazione, dell'indirizzo giurisprudenziale che identifica *tout court* il controllo di meritevolezza con quello di non illiceità, cfr. in questo senso anche ANELLI F., *Simulazione e interposizioni*, in AA.VV., *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, Milano, 2006, 771.

⁸¹ Sul punto sono concordi VETTORI G., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter, cit., 777*, e GAZZONI F., *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c., cit., 173*.

⁸² L'esigenza di reprimere utilizzazioni fraudolente del nuovo strumento, infatti, attiene non tanto al profilo della meritevolezza dell'atto, quanto a quello della sua liceità alla luce della norma enunciata dall'art. 2740 c.c. Qualora, dunque, l'atto di destinazione – pur meritevole di tutela in quanto razionalmente congegnato – abbia come unico scopo l'artificiosa elusione del principio della responsabilità patrimoniale del debitore-disponente, di esso si dovrà predicare l'illiceità della causa concreta per contrasto con la norma imperativa dell'art. 2740 c.c. La compressione degli orizzonti espansivi del nuovo strumento di esplicazione dell'autonomia privata ad opera dell'inderogabile principio dell'art. 2740 c.c. impone anche il rifiuto dell'atto di destinazione c.d. auto dichiarato, al quale le corti di merito hanno sinora negato cittadinanza nel nostro ordinamento attraverso una lettura restrittiva dell'art. 2645 *ter* c.c. Cfr. al riguardo Trib. Reggio Emilia, 27.01.2014, in *DeJure*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 28.11.2013, *ibidem*; Trib. Reggio Emilia 22.6.2012, *ibidem*; Trib. Reggio Emilia, 07.06.2012, in *Guida al dir.*, 2012, 49-50 (s.m.).

⁸³ Si tratta di Trib. Reggio Emilia 12.05.2014, consultabile in *DeJure* e su *personaedanno.it*.

⁸⁴ Per la verità il Tribunale affronta formalmente l'intera questione della meritevolezza dello scopo perseguito a livello incidentale, dal momento che, al fine di predicare la nullità del negozio di destinazione, ritiene assorbente l'argomento dell'inammissibilità nel nostro ordinamento – per contrarietà al principio scaturente dall'art. 2740 c.c. – del negozio destinatorio “puro”, configurato cioè sulla falsariga del *trust* c.d. auto dichiarato, in cui le figure del disponente e del beneficiario dell'atto coincidono.



tivo poi disatteso – la *ratio decidendi*: essa è basata sul rilievo della deficienza funzionale dell'atto, indotta dalla sua oggettiva inutilità, in quanto clamorosamente debordante, anche nella previsione del termine di efficacia, rispetto allo scopo dichiaratamente perseguito.

A mio parere questa soluzione, che distingue il giudizio di meritevolezza da quello di liceità del negozio e che non priva certo il ceto creditorio della possibilità di esperire i rimedi disponibili contro qualsiasi atto dispositivo fraudolento del debitore, evita «l'effetto ridicolo di fare dei notai e dei conservatori dei registri immobiliari i nuovi censori»⁸⁵, in quanto a questi ultimi non demanda uno scottante giudizio assiologico, bensì l'essenziale poterdovere di sindacare l'oggettiva efficienza dell'atto di destinazione, rifiutando di rogare o trascrivere atti che *prima facie* appaiano carenti di funzionalità.

⁸⁵ Così GENTILI A., *Destinazioni patrimoniali, trust e tutela del disponente*, cit., il quale condivisibilmente critica l'idea che il giudizio di meritevolezza possa alludere a una valutazione di carattere socio-morale: “Non si vede neppure come gli stessi giudici farebbero una simile valutazione, se vogliono applicare, e non creare, il diritto. Saremmo in balia delle loro ideologie personali. Di questo nuovo paternalismo, di questo spezzone di Stato etico, non abbiamo alcun bisogno”.