

LANFRANCO FERRONI

*DIRITTO CIVILE, LEGALITÀ COSTITUZIONALE E COMUNITARIA,
SUPERAMENTO DELLA TECNICA DELLA SUSSUNZIONE
ED EVOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CAUSA
DEL CONTRATTO (*)*

SOMMARIO: 1. Il condivisibile approccio metodologico del convegno e le probabili ragioni della sua scelta. – 2. Le cause della scarsa sensibilità per la prospettiva costituzionale. – 3. La rilevanza (anche) sul piano sostanziale del controllo di legittimità costituzionale e le funzioni cui può assolvere: a) la prospettazione di interpretazioni abroganti; b) l'enucleazione di significati normativi che la lettera della disposizione non contempla; c) l'enucleazione di significati normativi contrastanti con la lettera della disposizione; d) l'enucleazione di interpretazioni selettive dei significati normativi della disposizione. – 4. La prospettiva costituzionale, le influenze culturali provenienti dal sistema comunitario e la circolazione dei modelli giuridici, quali cause delle radicali trasformazioni dei caratteri fondanti la tradizionale teoria generale del contratto, con significative ricadute sul piano dell'effettività della tutela: cenni esemplificativi alle evoluzioni giurisprudenziali in materia di anatocismo e di riducibilità ex officio della penale manifestamente eccessiva. – 5. Segue: le rielaborazioni dottrinali del concetto di causa del contratto, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. – 6. Segue: le recenti evoluzioni giurisprudenziali in tema di causa. – 7. Segue: e le ragioni che le hanno determinate e favorite.

La rilettura del diritto civile alla luce dei principi e valori costituzionali o, – per utilizzare un'espressione a me cara perché formulata dal mio Maestro, Prof. Pietro Perlingieri – collocare “*Il diritto civile nella legalità costituzionale*” significa ancorare l'attività pratica del civilista (sia esso giudice sia esso avvocato) ai principi ed ai valori di riferimento dell'ordinamento giuridico e, dunque, non già ad astratte e formalistiche categorie e concettualizzazioni elaborate dagli studiosi e dagli interpreti, bensì agli interessi che quei principi e quei valori si prefiggono di salvaguardare e tutelare; e la valorizzazione del profilo degli interessi conduce necessariamente, a sua volta, a condividere l'insegnamento secondo cui “*il diritto è una scienza pratica per la soluzione di problemi pratici*”; insegnamento che, condiviso da molti in astratto e, però, da pochi seguito in concreto, evoca la necessità del superamento della perdurante incomunicabilità fra cultura dell'Università e cultura del Foro; insegnamento che ha origini lontane e che individua nel fatto e nell'assetto di interessi ad esso sotteso l'oggetto dello studio e dell'indagine del giurista.

“Ex facto oritur ius – sottolineava P. Calamandrei – è una vecchia massima, cauta ed onesta, che impone a chi vuol ben giudicare di accertare prima di tutto, con fedeltà pedantesca, i fatti di cui si discute”. Proseguiva l’illustre giurista osservando che però “[...] certi avvocati [e si potrebbe aggiungere certi magistrati e certi studiosi del diritto] la intendono a rovescio: quando hanno escogitato una loro brillante teoria giuridica che si presta a virtuosismi del facile ingegno, i fatti se li aggiustano alla lesta, secondo le esigenze della teoria; e così ‘ex iure oritur factum’”.

La scelta metodologica privilegiata dagli organizzatori si fonda verosimilmente (almeno così si ha ragione di reputare) sulla constatazione che gli operatori del diritto (*a*) non sempre prestano la dovuta attenzione alla prospettiva costituzionale, restando saldamente ancorati alla (talora superata) sistematica del codice; (*b*) non sempre apprezzano o comunque non tengono nel dovuto conto le pronunce della Corte Costituzionale (in Italia, in particolare, quelle c.d. interpretative di accoglimento per omissione o additive, le quali, com’è noto, aggiungono alle disposizioni significati normativi ulteriori rispetto a quelli che la mera lettera potrebbe lasciar ipotizzare: si pensi, ad es., a Corte cost. 16 maggio 2008, n. 144, che, avendo dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c., nella parte in cui non prevedono la possibilità di proporre reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies* cod. proc. civ. nei confronti del provvedimento di rigetto dell’istanza per l’assunzione preventiva dei mezzi di prova *ex art. 692 e 696*, ha sostanzialmente introdotto la possibilità di proporre reclamo cautelare).

2) Le cause che determinano un atteggiamento di scarsa sensibilità nei confronti della prospettiva costituzionale (e anche comunitaria), in Italia sono da rinvenire in una persistente, pervicace e radicata concezione o convinzione secondo la quale l’impalcatura sistematica delineata dal codice civile del 1942, continuerebbe a rappresentare il diritto comune di riferimento nella regolamentazione dei rapporti fra privati, mentre la normativa comunitaria e/o di derivazione comunitaria, che pur si rivela coerente ai principi costituzionali avrebbe natura di diritto speciale, chiamato ad operare, così derogando alla disciplina codicistica, soltanto in presenza di specifiche ed espresse previsioni.

Concezione questa, che, tuttavia, non può essere condivisa, in quanto si rivela idonea a generare un sistema schizofrenico, in parte ispirato al vecchio principio di eguaglianza formale (al quale si conformava decisamente il codice civile del 1942), ed in parte ispirato a nuove logiche ed a nuovi principi, quali quelli di proporzionalità, di equilibrio delle posizioni contrattuali, di ragionevolezza, di tutela del contraente debole, che sono inve-

ce espressione del principio di uguaglianza sostanziale (*ex art. 3, comma 2, cost.*). Concezione cui si deve, poi, se nell'operatore pratico s'ingenera l'idea che del diritto comunitario ci si debba interessare e preoccupare soltanto in presenza di specifiche, espresse previsioni normative direttamente applicabili alla fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione.

Non ci si avvede, tuttavia, che una corretta visione sistematica ed unitaria dell'ordinamento e/o del sistema italo-comunitario delle fonti, dovrebbe indurre ad un ripensamento complessivo delle partizioni e classificazioni operate dalla tradizione, dacché inevitabilmente anche il diritto comunitario, unitamente alla prospettiva costituzionale, concorre a (ri)delineare ed a (ri)comporre il c.d. diritto comune dei contratti. Di ciò sembra (talora) maggiormente consapevole la migliore giurisprudenza alla quale si deve una significativa opera di adattamento e di rilettura o, se si vuole, di "*riconcettualizzazione*" degli istituti tradizionali.

S'intende far riferimento, ad es., alla recente rivisitazione della tradizionale costruzione interpretativa formatasi in tema di revoca della proposta e dell'accettazione, secondo cui – in base all'interpretazione della disposizione dell'art. 1328 cod. civ. – per la validità e l'efficacia della revoca della prima dovrebbe rilevare il momento della spedizione, mentre per l'efficacia della revoca della seconda dovrebbe valere il momento della ricezione.

Orbene, la S. Corte (Cass., 16 maggio 2000, n. 6323) ha invece assoggettato al medesimo criterio della ricezione sia la revoca della proposta sia quella dell'accettazione, valorizzando e facendo prevalere sulla disposizione dell'art. 1328 cod. civ., gli indici normativi ricavabili dagli artt. 1334 e 1335 cod. civ., in ciò influenzata (anche) dalle nuove prospettive comunitarie in materia di contratto. Si legge, infatti, in uno dei passaggi della motivazione della sentenza ora citata:

“Non può sottacersi che far discendere dallo stesso carattere recettizio della revoca, sia della proposta che dell'accettazione, la medesima disciplina quanto agli effetti dei rispettivi atti, risponde anche all'esigenza di pari trattamento dell'accettante e del proponente non essendo ravvisabile alcuna valida e convincente ragione sostanziale tale da giustificare una disciplina che privilegi il proponente (che nell'attuale realtà commerciale è sempre più spesso il contraente economicamente più forte) e penalizzi l'accettante” (grassetto mio).

Né si può ignorare la recente, ma già consolidata rivisitazione del concetto di causa del contratto, che non a caso – come si cercherà di chiarire più avanti – ha avuto modo di affermarsi anche sulla spinta delle influenze culturali del diritto comunitario.

Ma ciò che qui preme stigmatizzare con forza è l'uso (*rectius* l'abuso) che si continua a fare delle tradizionali costruzioni e partizioni (in particola-

re s'intende far riferimento a quella secondo cui il codice civile continuerebbe a svolgere il ruolo di diritto comune dei contratti, mentre la normativa comunitaria avrebbe il carattere della specialità), senza tuttavia verificarne la effettiva rispondenza e compatibilità con la attuale realtà normativa economica e sociale.

Norma speciale – si è sempre insegnato – è quella che si caratterizza per il ristretto grado di generalità e/o di astrattezza, nel senso che disciplina rapporti cui è interessata una ristretta serie di soggetti e/o che si riferisce ad una limitata serie di fatti.

Ora, sia la normativa di derivazione comunitaria (della quale, se è qui impossibile farne un'elencazione esaustiva, si può tuttavia affermare, senza tema di smentita, che detta la disciplina della stragrande maggioranza delle contrattazioni che il singolo si trova quotidianamente a compiere), sia la normativa che, pur non essendo di derivazione comunitaria (si pensi, ad es., alla legge n. 108 del 1996 in materia d'usura, o alla legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura), è chiaramente ispirata ai medesimi principi di questa (equilibrio delle posizioni contrattuali; proporzionalità; tutela del contraente debole), non sembra affatto che possano reputarsi caratterizzate per un ridotto grado di generalità e di astrattezza. A questa conclusione si perviene sulla base sia di considerazioni quantitative e/o statistiche, sia di valutazioni qualitative. Si che si può addirittura affermare che il rapporto tradizionalmente instaurato tra normativa codicistica e normativa extracodicistica deve essere decisamente invertito.

D'altro canto, se alla qualificazione di una normativa in termini di "regolarità" si perviene in ragione della (ed in rapporto alla) sua coerenza con i principi ordinanti e sovraordinati del sistema, allora si deve convenire che tutta la normativa che s'ispira al principio di tutela del contraente debole, è da reputarsi "regolare" (non già speciale e men che meno eccezionale), rivelandosi indubbiamente ed assolutamente coerente sia con i principi costituzionali e sovraordinati di solidarietà sociale (di cui correttezza e buona fede costituiscono concrete specificazioni) e di eguaglianza sostanziale (che ha la medesima matrice del più moderno principio comunitario di proporzionalità), sia col principio comunitario di tutela del consumatore (*rectius*, del contraente debole), che rappresenta elemento imprescindibile per il buon andamento e funzionamento del mercato.

Se questa prospettiva, pur delineata, in ragione del tempo a disposizione, in maniera un po' superficiale e grossolana, è comunque condivisibile, allora appaiono quali operazioni di "nostalgia giuridica" per un sistema che, ancorché più rassicurante e meno impegnativo per l'interprete, tuttavia più non esiste,

– sia il tentativo di chi, ad es., si affanna ancora a cercare spazi di operatività all'istituto della rescissione, nonostante questo si riveli incompatibile con le opzioni operate con la l. n. 108 del 1996, la quale, ancorché mutilata per via interpretativa da alcune pronunce della Corte Costituzionale, ha chiaramente recepito ed affermato la vigenza del principio di equilibrio economico e normativo delle posizioni contrattuali, non già soltanto nei contratti di finanziamento, bensì in tutti i contratti sinallagmatici o di scambio, facendolo così assurgere a principio generale;

– come pure la posizione assunta dalle Sezioni unite della Cassazione (il riferimento è alle due sentenze gemelle nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007) le quali, nell'affrontare la questione di grande rilevanza sociale della tutela degli investitori posta in maniera drammatica dai ben noti fenomeni distorsivi del mercato finanziario (dai *bonds* argentini sino ai *bonds* Lehman), anziché ispirarsi ai nuovi principi generali del sistema italo-comunitario delle fonti ed alle esigenze di effettività della tutela dei contraenti deboli lesi o danneggiati, hanno risolto il problema (o meglio non l'hanno risolto affatto), riaffermando (o meglio riesumando) la piena e generalizzata vigenza della distinzione concettuale fra “*regole di validità e regole di comportamento*” (secondo la quale soltanto la violazione delle prime genererebbe la nullità, mentre la violazione delle seconde determinerebbe sempre l'insorgere di una responsabilità precontrattuale o contrattuale) elaborata dalla dottrina esclusivamente sulla sistematica del codice civile.

Un ruolo del tutto marginale, nella motivazione della sentenza, è assegnato e riconosciuto alla legislazione di derivazione comunitaria, la quale, peraltro, si rivela assolutamente coerente col principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, cost.), del quale, in fondo, il principio di proporzionalità rappresenta una più moderna applicazione. Vi si legge, infatti, che: “*l'assunto [sostenuto nell'ordinanza di rimessione] secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per l'incidenza della normativa europea) la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile [...]. Il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione [piuttosto che sollecitare l'opera necessaria di sistemazione organica demandata all'interprete, secondo la Corte] impone [invece] molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali [Quali? Quelle relative alla tutela del consumatore? Possono tali norme essere qualificate settoriali?] l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore*

generale e per postularne l'applicabilità anche in settori e casi diversi [tale, cioè diverso, è singolarmente reputato il settore dell'intermediazione finanziaria rispetto a quello in cui all'acquisto dei medesimi prodotti finanziari si pervenga mediante strumenti informatici e telematici, per i quali – come è noto – la violazione dei doveri d'informazione è sanzionata con la nullità] da quelli contemplati da singole e ben determinate disposizioni [...]. Si tratta pur sempre [...] di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando [...] l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per se si pongono come speciali" [affermazione questa, sulla cui condivisibilità, alla luce delle considerazioni svolte *retro* in questo stesso §, si potrebbero sollevare molti dubbi].

E così, con buona pace delle finalità di tutela sia dell'investitore, sia dell'integrità del relativo mercato, solennemente enunciate dall'art. 21, comma 1, lett. a), del T.U. sull'intermediazione finanziaria, si riconsegna in maniera surrettizia e generalizzante il perseguimento di tali obiettivi ad una responsabilità precontrattuale tanto desueta quanto inefficace, specialmente dal punto di vista dell'effettività della tutela.

Generalizzante, invero, si rivela anche l'auspicato ricorso alla nullità virtuale (1418, comma 1, cod. civ.) per violazione di norma imperativa (che, nel caso di cui qui si discute, si risolve nell'imporre specifici doveri di informazione). Non appare, infatti, legittimo accomunare e parificare, così assoggettandoli alla medesima disciplina, l'avveduto investitore professionale, col modesto investitore occasionale. Con riguardo a quest'ultimo, non sarebbe stato affatto difficile ipotizzare e sostenere, anche in considerazione della complessità e della delicatezza del mercato finanziario, che, in caso di omissione delle informazioni necessarie da parte dell'intermediario, si potesse configurare, non già un vizio, bensì una mancanza totale della volontà, così fondando l'invocata nullità sul comma 2 dell'art. 1418 cod. civ. (mancanza di accordo, per l'assenza, nell'investitore, di un consenso adeguatamente informato).

Ed è assolutamente sorprendente che a non rendersi conto dell'inefficacia della soluzione ricavata dall'applicazione della distinzione concettuale fra regole di validità e regole di comportamento, sia proprio la giurisprudenza, quando invece sono gli stessi operatori economici a reclamare e sollecitare l'adozione di misure drastiche ed incisive per risanare il mercato finanziario, anche al fine di ridare fiducia ai risparmiatori-investitori. Non è un caso che proprio su "Il Sole 24 Ore" del 21 settembre 2008

fosse dato leggere: “I «*bad asset*» non stanno solo nelle casse delle banche e delle assicurazioni americane: stanno anche – e forse soprattutto – nel portafoglio di milioni di famiglie che hanno acquistato su raccomandazione degli intermediari bond e prodotti previdenziali che gli erano stati raccomandati come «investimenti sicuri». Ed al contrario di emittenti e intermediari, le famiglie non solo non possono permettersi le svalutazioni, ma non hanno neppure a disposizione un fondo salva-conti in stile americano. Morale: poiché si calcola che nel risparmio delle famiglie italiane ci siano non meno di un miliardo e mezzo di euro in bond Lehman che non valgono ora praticamente nulla, chi li ha piazzati con disinvoltura allo sportello, nei fondi o nelle polizze dovrebbe ora assumersi la responsabilità di rimborsare i danneggiati. Per ripagare la fiducia non bastano patti chiari, servono azioni concrete”.

Si possono qui richiamare le amare considerazioni svolte da Calamandrei a conclusione di una vicenda processuale nella quale aveva difeso, innanzi alla S. Corte, la posizione di due figli naturali di un ricchissimo latifondista che li aveva avuti da una giovinetta delle sue campagne “*sedotta per svago di maturità*” – puntualizzava Calamandrei –, a favore dei quali nulla aveva disposto nel suo testamento. Questi, riusciti ad ottenere in appello, dopo un lungo processo, un assegno vitalizio di 1.000.000 di lire annuo, somma calcolata in percentuale sul valore delle sostanze ereditarie, erano poi risultati sostanzialmente soccombenti innanzi alla S. corte, la quale, in applicazione della distinzione fra debiti di valuta e debiti di valore, aveva statuito che l’assegno vitalizio, quale debito di valuta, dovesse essere ragguagliato al valore nominalistico che le sostanze ereditarie avevano al momento dell’apertura della successione (verificatasi nel 1940, cioè ben 10 anni prima), con la conseguenza che l’assegno venne drasticamente ridotto per entrambi i figli naturali a 25.000 lire annue. “*Decisione perfettamente coerente alla logica giuridica; ma moralmente e socialmente una beffa o una bestemmia*”, puntualizzava Calamandrei, che poi aggiungeva: “*Nella discussione orale, cercai di sostenere che le esigenze logiche dovevano cedere qui alle esigenze morali del caso pietosissimo (e il procuratore generale mi appoggiò); ma la corte non mi seguì: «debito di valuta» «principio nominalistico», idoli inesorabili, ai quali, pur di rispettare la giurisprudenza consolidata, non era vietato sacrificare vittime umane*”.

Mutatis mutandis, si potrebbe qui affermare: regole di validità e regole di comportamento, idoli inesorabili, ai quali pur di rispettare la giurisprudenza formatasi sul sistema del codice del 1942, non è vietato sacrificare vittime umane.

3) È opportuno precisare che il controllo di legittimità costituzionale, oltre che in sede processuale, si rivela foriero di interessanti applicazioni anche in sede sostanziale laddove l'interprete (in particolare il giudice) deve individuare, dopo aver apprezzato compiutamente il fatto, la normativa di riferimento, il suo preciso significato ed il suo ambito di operatività.

Si preferisce procedere con esemplificazioni e riferimenti concreti, anche per restare fedeli alle premesse metodologiche in apertura esplicitate.

L'interpretazione costituzionalmente orientata,

a) oltre a giustificare e legittimare la disapplicazione (*id est*, l'interpretazione abrogante) di disposizioni contrastanti con i principi costituzionali (in tal senso, emblematica è la vicenda della presunzione muciana, che, pur in assenza di un'abrogazione espressa o di una pronuncia della Corte costituzionale, è stata reputata non più compatibile col principio costituzionale di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi attuato con la riforma del diritto di famiglia),

b) può consentire l'enucleazione di significati normativi che la mera lettera della disposizione non consentirebbe di enucleare (un esempio interessante può esser quello dell'art. 1052 cod. civ., il cui secondo comma – che consente al giudice di concedere una servitù di passaggio ancorché il fondo non sia intercluso, qualora, tuttavia, abbia un accesso alla via pubblica inadatto o insufficiente alle esigenze dell'agricoltura o dell'industria – è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo “*nella parte in cui non prevede che il passaggio coattivo di cui al primo comma possa essere concesso dall'autorità giudiziaria quando questa riconosca che la domanda risponde alle esigenze di accessibilità – di cui alla legislazione relativa ai portatori di handicap – degli edifici ad uso abitativo*”. Il richiamo alla gerarchia dei valori costituzionalmente delineata – in cui la persona umana è posta all'apice – ha così consentito un significativo ampliamento dell'ambito di operativa della disposizione in esame);

c) può consentire, inoltre, l'enucleazione di significati normativi addirittura contrastanti (*rectius*, in apparenza contrastanti) con la lettera della disposizione, com'è di recente avvenuto, ad es., a proposito all'interpretazione dell'art. 32 della l. n. 413 del 1991 sul condono fiscale, con riferimento al quale la S. Corte (Cass., 20 giugno 2007, n. 14376) ha affermato che – nonostante l'espressione letterale “*anteriamente al 30 novembre 1991*” parrebbe escludere dal beneficio legislativo coloro che nella situazione normativamente prevista si fossero trovati il 30 novembre 1991 – il diritto potestativo di chiedere il condono deve essere riconosciuto anche a tali soggetti, in applicazione dei principi costituzionali (e comunitari) di uguaglianza e *ragionevolezza*; ed è appena il caso di sottolineare come tale

pronuncia abbia anche in qualche misura stigmatizzato il più mendace dei principi interpretativi che la tradizione ci ha consegnato: il riferimento è a quello racchiuso nell'adagio "*in claris non fit interpretatio*";

d) può, infine, consentire interpretazioni selettive del significato normativo delle disposizioni legislative, nel senso che, senza modificarne il testo, ne circoscrive o subordina l'operatività (e/o la legittimità dell'applicazione) alla ricorrenza, in concreto, di determinati presupposti di fatto e/o alla presenza o all'assenza di interessi contrastanti. Emblematiche al riguardo risultano le prime applicazioni della riforma sull'affidamento condiviso. Con riguardo, in particolare, all'assegnazione della casa familiare, l'art. 155 *quater* cod. civ., dopo aver solennemente affermato (e ribadito) che "*il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli*", dispone poi che "*Il diritto di godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario [...] conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio*".

Questa seconda previsione sembra decisamente contrastare con quella di principio che la precede: non si vede, infatti, come la scelta (indubbiamente legittima) del coniuge, con il quale il minore conviva, di iniziare e/o di formalizzare una nuova

relazione, possa condizionare il diritto di quest'ultimo (che è sicuramente prioritario) a continuarvi ad abitare.

Orbene la giurisprudenza di merito (mi riferisco in particolare a Trib. Viterbo, 12 ottobre 2006, ma ve ne sono altre) ha saputo individuare, con una condivisibile interpretazione selettiva costituzionalmente orientata, l'ambito di operatività della seconda delle due disposizioni richiamate. Si è, infatti, affermato che "*Non è applicabile la causa di estinzione relativa alla convivenza 'more uxorio' del coniuge assegnatario della casa coniugale, quando il provvedimento (di assegnazione) sia stato emesso nel 'prioritario' interesse dei figli. La convivenza 'more uxorio' determina la revoca dell'assegnazione della casa coniugale in assenza di figli conviventi*".

Ora sulla disposizione in esame è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 30 cost., e la Corte Cost., con ordinanza del 5 dicembre 2007, n. 421, l'ha ritenuta manifestamente inammissibile, non già però nel merito, bensì in rito per l'omessa descrizione della fattispecie concreta che ha impedito alla Corte di vagliare l'effettiva applicabilità della norma denunciata al giudizio principale, così derivandone una carenza di motivazione sulla rilevanza.

Dalla motivazione dell'ordinanza d'inammissibilità sembra tuttavia emergere un'implicita, indiretta conferma dell'interpretazione selettiva operata dai giudici di merito. Vi si legge, infatti, che "*L'ordinanza di rimes-*

sione manca [...] di una compiuta descrizione della fattispecie, non facendosi neppure riferimento, in essa, alla presenza, nella specie, di figli ed alla minore o maggiore età degli stessi". Con ciò la Corte mostra di attribuire rilevanza, ai fini dell'applicabilità e dunque della legittimità della disposizione, alla ricorrenza o no di determinati presupposti di fatto (presenza o assenza di figli; maggiore o minore età degli stessi); da ciò emerge che il principio "*ex facto oritur ius*", può acquisire rilevanza anche nel giudizio di legittimità costituzionale.

In conclusione, come si può constatare, l'interpretazione costituzionalmente orientata consente già sul piano sostanziale di ampliare sensibilmente gli spazi di tutela delle situazioni soggettive, senza che sia necessario formalmente e previamente sollevare la questione di legittimità costituzionale. E consente, altresì, di evitare che il giurista possa operare quella comoda "deviazione in calcio d'angolo" in cui sostanzialmente si risolve l'adesione rinunciataria ed acritica al vecchio aforisma '*dura lex sed lex*', che si suole pigramente invocare quando ci si avvede che l'applicazione asettica e letterale di una disposizione conduce a soluzioni evidentemente inique.

4) È opportuno, ora, porre adeguatamente in risalto che la prospettiva costituzionale, unitamente alle evoluzioni del sistema comunitario complessivamente inteso, ha esercitato e sta tuttora esercitando un'influenza notevole sull'intero sistema civilistico italiano, al punto da sollecitare forti ripensamenti e giustificare anche una radicale rivisitazione della teoria generale del contratto e delle obbligazioni, sì come tramandateci dalla dottrina tradizionale formatasi sulla sistematica del codice civile del 1942. S'intende far riferimento non soltanto alle influenze, peraltro inevitabili, esercitate dal nuovo sistema italo-comunitario delle fonti normative e dai suoi principi ispiratori, bensì anche e soprattutto a quelle culturali che conseguono alla circolazione dei diversi modelli ordinamentali e, dunque, delle diverse culture giuridiche dei singoli Stati membri della Comunità.

Gli esempi da richiamare al riguardo potrebbero essere tratti:

– dalle vicende giurisprudenziali relative all'anatocismo, in cui il brusco e radicale mutamento d'avviso della S. Corte circa la qualificazione delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi a carico del cliente (ora, com'è noto, ricondotte, non più nell'alveo degli usi normativi, bensì in quello degli usi negoziali), è stato indubbiamente giustificato dall'affermazione e consolidazione, quali principi generali dell'ordinamento, dei principi di proporzionalità e di equilibrio delle posizioni contrattuali, i quali non consentivano più che potesse essere ancora tollerata la

significativa disparità di trattamento che si registrava nei rapporti fra istituti di credito e clienti;

– dalle evoluzioni interpretative che hanno interessato l'istituto della clausola penale, in cui l'affermazione giurisprudenziale della rilevanza *ex officio* della penale manifestamente eccessiva è stata giustificata, più che dalla adesione alla tesi che vi ravvisa (nella penale) l'esercizio da parte dei privati di un potere punitivo, anche ora dai principi di equilibrio delle posizioni contrattuali e di proporzionalità, i quali reclamano che il risarcimento del danno sia ragguagliato al pregiudizio effettivamente causato dall'indempimento (principi che, peraltro, hanno giustificato la negazione della possibilità di delibare in Italia sentenze statunitensi con le quali erano stati comminati e liquidati danni punitivi ed esemplari).

5) Tuttavia, ciò che in questa interessa porre maggiormente in risalto è la recente evoluzione giurisprudenziale sul concetto di causa del contratto, determinata,

– oltre che dalla poco sopra richiamata circolazione dei modelli giuridici (fra questi, in particolare, significativo è il modello anglosassone o di *common law* che com'è noto non conosce il concetto di causa, bensì quello di *consideration*),

– anche dall'affermarsi della prospettiva dell'interpretazione costituzionale degli istituti civilistici che, come precisato, ha, a sua volta, favorito

(a) l'acquisizione di maggior rilievo degli interessi concreti rispetto a quelli astrattamente delineati dalla previsione normativa;

(b) la tendenza a privilegiare le peculiarità della fattispecie concreta rispetto a quelle della fattispecie astratta;

(c) il tendenziale superamento della tecnica della sussunzione;

(d) infine, ma non da ultimo, l'affermarsi della categoria concettuale dell'abuso del diritto.

Com'è noto si sta ormai piuttosto univocamente trascorrendo da un concetto di causa astratta definita quale "funzione economico-sociale" ad un concetto di causa concreta intesa quale funzione "economico-individuale".

Mentre nel vigore del codice italiano del 1865 la dottrina aveva accolto un concetto soggettivo di causa, identificandola con lo scopo che induce i soggetti alla conclusione del contratto, sì che, in quest'ottica, essa finiva sostanzialmente per coincidere con il fine in vista del quale la parte si obbligava, la codificazione del 1942 accoglieva, invece, un concetto di causa in termini oggettivi.

Nella Relazione al codice (la n. 613) si legge, infatti, che "[...] sono ormai maturi i tempi per un superamento dell'esegesi che vede nella causa lo

scopo soggettivo perseguito dai contraenti nel caso concreto e, conseguentemente, per configurare tale elemento come la funzione appunto economico-sociale che il diritto riconosce come rilevante, e che giustifica la tutela apportata alla stipulazione intesa come atto esplicativo dell'autonomia privata".

In questa prospettiva il principale sostenitore della concezione della causa quale funzione economico-sociale (E. Betti) osservava che "[...] l'autonomia privata non è tutelata se non in quanto persegua funzioni utili socialmente e rispondenti all'economia nazionale e all'ordinamento pubblico, non essendo più sufficiente, come in regime liberale, il limite puramente negativo che la causa del negozio non sia illecita". La causa veniva in tal modo "[...] sottratta ad ogni legame con la volontà e sospinta nel dominio esclusivo dell'ordinamento" (l'osservazione è di M. Giorgianni), tanto che lo stesso concetto di autonomia privata era visto come lo strumento mediante il quale "[...] le parti provvedono a regolare i propri interessi nei rapporti fra loro o con i terzi, in vista di scopi pratici **di carattere tipico, socialmente valutabili per la loro costanza e normalità ricorrente nella vita di relazione**" (così ancora E. Betti; il grassetto è mio); mentre la causa era identificata con "[...] la funzione economico-sociale del negozio [...] 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" (sempre E. Betti).

Non v'è chi non veda come, così concepita, la causa finisse inevitabilmente per coincidere con il (o sovrapporsi al) concetto di tipo negoziale sì come astrattamente delineato e predisposto dal legislatore. Tanto che, secondo la medesima dottrina qui in esame, "[...] la funzione sociale dell'autonomia privata si rispecchia nel tipo di negozio giuridico".

E finisce per porsi sostanzialmente quale limite alle attività negoziali dei privati, dacché, sì "*Come i diritti soggettivi, anche i poteri di autonomia [...] non debbono essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui sono destinati: lo strumento dell'autonomia privata, posto nelle mani dei singoli, non deve essere sviato dalla sua destinazione*" (così, ancora E. Betti).

Concezione, questa, gradita e coerente all'ideologia fascista dell'epoca, in ossequio ed adesione alla quale la causa viene utilizzata come strumento di controllo pubblico sull'operato negoziale dei privati e sulla movimentazione della ricchezza, tanto nella sua fase statica (la proprietà), quanto in quella dinamica della sua produzione (l'impresa) e circolazione (mediante il contratto).

La causa, dunque, viene svincolata del tutto dalle finalità delle parti e si distingue dai motivi, dagli scopi particolari che ciascuna di esse tende a perseguire e che rimangono ad essa estranei (e comunque in larga parte irri-

levanti) proprio perché soggettivi, contingenti, variabili, molteplici, diversi e spesso contraddittori.

Con la caduta del fascismo e con l'avvento della Costituzione repubblicana le cose cambiano sensibilmente. All'apice dei valori del sistema non si colloca più il corporativismo, l'autarchia ed il produttivismo nazionale propri del fascismo, bensì la persona umana ed i suoi diritti inviolabili. La concezione della causa del negozio o del contratto dovrebbe sensibilmente mutare, dovendosi ora porre, semmai, come strumento di verifica della rispondenza (meritevolezza) dell'atto di autonomia con i nuovi valori posti all'apice dell'ordinamento giuridico.

Ciò nonostante e nonostante la Costituzione non riservi una tutela particolare all'autonomia privata (non potendosi ravvisare tale tutela nell'art. 41 ove si riconosce la libertà di iniziativa economica privata, non già di autonomia contrattuale), la nostra giurisprudenza ha continuato sino a poco più di un decennio fa ad utilizzare, della causa, la tradizionale accezione di funzione economico-sociale.

In dottrina, invece, (il riferimento è, in particolare, a G.B. Ferri) si era sin dagli anni '70 cominciato a prospettare una diversa visione delle problematiche connesse al concetto di causa. Il sensibile mutamento ideologico riscontrabile nella Costituzione repubblicana, che ha delineato uno stato sociale di diritto e che ha operato un sensibile temperamento fra le logiche proprie del liberismo puro e quelle sociali(ste), fa sì che la causa perda la funzione di controllo sull'agire dei privati, per divenire a sua volta, quale elemento del contratto, oggetto di controllo al fine di verificare se, in concreto, il singolo contratto sia o no conforme ai valori espressi dall'ordinamento.

La nuova accezione di causa che ne risulta, e, cioè, quella di funzione economico-individuale, tende a privilegiare l'impostazione soggettiva, ancorché non più come identificazione fra causa e scopo soggettivo perseguito dai singoli (sì come si era verificato col codice del 1865), in cui la causa si pone come elemento di coesione dei concreti interessi dei privati. L'atto di autonomia torna ad essere espressione di interessi (non più sociali, bensì) privati in quanto tali valutabili dall'ordinamento; ai fini di tale valutazione non sarà più sufficiente verificare se lo schema concreto utilizzato dalle parti sia o no compatibile con uno dei modelli o tipi contrattuali delineati dal legislatore, ma occorrerà, invece, indagare sul significato pratico dell'operazione. Dunque non più un'indagine astratta e statica sul tipo, bensì un'indagine concreta e dinamica volta ad accertare la rispondenza degli interessi perseguiti in concreto dalle parti con gli interessi reputati meritevoli di tutela dall'ordinamento

Ciò che comporta, come peraltro da tempo auspicato da autorevole dottrina (P. Perlingieri), il superamento della stessa tecnica della sussunzione. La quale, risolvendosi in un procedimento sillogistico e meccanicistico di riconduzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta prevista dalla norma, potrebbe condurre ad una non corretta o inappropriata qualificazione della prima in assenza della valutazione delle peculiarità che la contraddistinguono e degli interessi e dei valori che vi sono coinvolti. Si approderebbe così a risultati talora sconcertanti ed abnormi, in quanto verrebbero inevitabilmente ignorati o resi irrilevanti profili o aspetti estremamente importanti per la fattispecie concreta, ma non previsti o considerati in quella astratta. E, come già all'inizio posto in risalto, si finirebbe anche per invertire i termini del discorso giuridico: *ex iure oritur factum*, anziché *ex facto oritur ius*.

Si deve, invece, individuare ed applicare la normativa maggiormente compatibile con l'assetto di interessi diviso dalle parti, attribuendo il giusto rilievo a tutte le peculiarità che lo caratterizzano.

Ora, la sottolineata necessità di superare la tecnica della sussunzione al fine di valorizzare, mediante la valutazione degli interessi concreti versati nel singolo atto negoziale, le peculiarità che contraddistinguono ogni fatto o contratto, comporta che la causa non possa che essere intesa se non come un elemento che fotografa il contratto nella sua dimensione di valore e cioè di regolamento di interessi.

La causa, dunque, come funzione del singolo atto negoziale con cui i soggetti hanno voluto disciplinare i propri particolari interessi, che, conseguentemente, deve riferirsi agli intenti pratici che le parti si prefiggono di perseguire. Ciò che – è bene ribadirlo – non significa ritornare ad una concezione atomistico-soggettiva che ha riguardo alle singole obbligazioni che scaturiscono dal contratto. La nuova concezione di causa di cui qui si discute, infatti, non ha riguardo all'interesse del singolo contraente, bensì all'insieme degli interessi manifestati da entrambe le parti, che, nella loro sintesi palesano il senso della specifica operazione, cioè di quella ragione giustificativa che rileva sia per le parti sia per l'ordinamento. Causa, in conclusione, come espressione oggettiva delle finalità soggettive che gli autori del contratto intendono perseguire.

6) Questa nuova concezione della causa – come già sottolineato – è stata di recente accolta anche dalla giurisprudenza della S. corte.

Al fine di far meglio cogliere ed apprezzare, oltre che la condivisibilità delle premesse teoriche ora sinteticamente richiamate, anche la bontà dei risultati pratici cui conducono, si reputa opportuno esaminare la casistica

con riguardo alla quale la giurisprudenza ha fatto applicazione del concetto di causa in concreto, intesa, cioè, quale funzione pratico-individuale. I casi selezionati, fra i molteplici che potrebbero qui essere richiamati, sono i seguenti.

Caso A

Un soggetto, decisamente intenzionato a vendere un rustico in pessimo stato di manutenzione che ha da poco ereditato e che è situato nel suo paese d'origine, ne parla con un suo vecchio amico ivi ancora residente affinché gli indichi o lo metta in contatto con qualche soggetto interessato all'acquisto. Dopo qualche tempo l'amico, pur non avendo alcuna disponibilità economica, si propone tuttavia quale acquirente dell'immobile, confidando di rivenderlo immediatamente al titolare di un'impresa alberghiera che ha nel frattempo conosciuto e che sa essere molto interessato alla località ove sorge il rustico.

Si conclude così, fra i due amici, un contratto di compravendita ad un prezzo assolutamente conveniente per l'acquirente, il quale provvede al pagamento del prezzo mediante l'emissione di un assegno postdatato a tre mesi. Decorsi i quali, il venditore tenta di incassarlo, ma si vede opporre dalla banca non solo che l'assegno è scoperto, ma che è stato addirittura tratto su un conto corrente già da tempo definitivamente estinto.

Recatosi presso l'amico acquirente per avere spiegazioni, apprende che questi, nel frattempo, ha immediatamente rivenduto il rustico al titolare dell'impresa alberghiera ad un prezzo che risulta il triplo di quello con lui convenuto. Viene altresì a sapere che il titolare dell'impresa alberghiera ha già tempestivamente curato la trascrizione del suo acquisto.

Consapevole del fatto che giammai riuscirà ad ottenere il pagamento del prezzo dal suo amico, che non è titolare né di un patrimonio mobiliare né immobiliare, né ha redditi, in quanto da tempo disoccupato, si chiede se vi siano strumenti giuridici che gli consentano, in qualche modo, di recuperare la proprietà dell'immobile.

Astrattamente si sarebbero potute certamente promuovere sia l'azione di risoluzione per inadempimento (art. 1453 cod. civ.), sia l'azione di annullamento per dolo (omissivo) [art. 1439 cod. civ.]. Tuttavia, entrambe le azioni si sarebbero rivelate in pratica infruttuose, in quanto ai sensi dell'art. 2652, cod. civ., n. 1, da un lato, e n. 6, dall'altro, le sentenze che accolgono le domande di risoluzione come pure le domande volte a far pronunziare

l'annullamento non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale. E nel nostro caso è indubbio che la trascrizione della domanda giudiziale (sia di risoluzione, sia di annullamento) sarebbe avvenuta posteriormente alla trascrizione dell'acquisto già effettuata dal terzo [l'imprenditore alberghiero], al quale, dunque, non si sarebbe potuta opporre l'eventuale sentenza di accoglimento.

Eppure, con riguardo alla fattispecie ora esposta, la S. corte (cfr., Cass. n. 5917 del 1999, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 135 ss.), confermando l'impugnata sentenza della Corte d'Appello, ha offerto una soluzione in cui è riscontrabile il ricorso al concetto di causa in concreto, e, ancorché non in maniera esplicita, anche al divieto di abuso.

Si legge nella motivazione: "*La truffa dell'[acquirente], commessa in danno dell'[alienante] in relazione alla stipula del suddetto contratto, per aver versato un assegno di 40.000.000 postdatato e privo di copertura, espressione evidente del preordinato piano truffaldino concepito dall'[acquirente] e coronato dalla [ulteriore ed immediatamente successiva] vendita all'[imprenditore alberghiero], importa [...] un difetto di equivalenza delle prestazioni o della ragione giustificativa della prestazione prevista, con conseguente assoluta mancanza di causa del contratto e, per l'effetto, la nullità dello stesso. La consegna al [venditore], che aveva venduto l'immobile, di un assegno non soltanto non coperto, ma addirittura emesso su un conto corrente già definitivamente estinto e, quindi, dolosamente preordinato a rimanere insoluto [...] vale ad escludere che l'acquirente abbia avuto intenzione di acquistare il bene, ma solamente di acquisirlo mediante il raggio operato*".

Come si può notare, la S. Corte non si è soffermata né sull'inadempimento (dell'obbligazione di pagamento del prezzo) in sé preso (che avrebbe potuto comportare il ricorso all'azione di risoluzione), né sulla truffa perpetrata (che avrebbe legittimato il ricorso all'azione di annullamento per dolo), bensì ha soffermato la propria attenzione sulle finalità (illecite) che mediante l'utilizzazione dello schema contrattuale della vendita l'acquirente intendeva perseguire.

Sembra inoltre di poter cogliere nel ragionamento della S. corte, ancorché non vi faccia espresso riferimento, un implicito ricorso (anche) alla categoria concettuale dell'abuso. In particolare, sembra volersi censurare l'abuso della causa che nella fattispecie concreta era stato perpetrato e mediante il quale era stato possibile perseguire le finalità truffaldine dell'acquirente. E però, abuso della causa, non già in astratto (cioè, quale funzione economico-sociale), bensì in concreto (quale funzione pratico-individuale).

Le conseguenze sfavorevoli per l'originario proprietario-alienante non sarebbero state eliminate mediante il semplice ricorso alla (pur sicura) violazione dei principi di correttezza e buona fede; maggiore tutela viene, invece, riservata al venditore attraverso l'eliminazione dell'abuso, in concreto, dello schema contrattuale, ciò che si realizza, a ben vedere, con l'accoglimento di un diverso concetto di causa: causa in concreto, in ragione dell'adozione della quale soltanto è stato possibile asserire la carenza della funzione di scambio (e, si noti, la sentenza sopra citata va segnalata come una delle prime che ha inaugurato il nuovo corso giurisprudenziale in tema di causa; si vedano, poi, nello stesso senso, Cass., 8 maggio 2006, n. 10490; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958; più di recente App. Trieste, 5 novembre 2010).

Caso B

Tizio stipula con la società Beta un contratto di consulenza (avente ad oggetto valutazioni di progetti industriali e di acquisizione di azienda) riconducibile nella figura del contratto d'opera disciplinato nell'art. 2222 cod. civ., per l'esecuzione del quale viene pattuito e stabilito il relativo compenso.

Sulla base dei rapporti instaurati con la stipula di tale contratto di consulenza, Tizio viene anche inserito negli organi amministrativi di alcune società facenti capo o collegate a (ovvero controllate da) Beta. Per le attività svolte a favore delle società collegate a Beta (attività che coincidono esattamente con quelle disimpegnate sulla base del contratto di consulenza) viene autonomamente remunerato.

Quando, successivamente, chiede la liquidazione del compenso per l'espletamento delle attività consulenziali, si vede opporre un fermo rifiuto da Beta, la quale assume che le attività svolte in esecuzione di quel contratto in nulla divergevano da quelle connesse alle cariche ricoperte da Tizio nelle società collegate di Beta.

Tizio conviene allora in giudizio la società Beta chiedendone la condanna al pagamento del corrispettivo per la prestazione d'opera.

Anche in questa fattispecie la S. corte (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490), confermando le pronunzie di merito, ha rigettato la domanda avanzata da Tizio, in quanto, in applicazione del concetto di causa in concreto, ha reputato esser "[...] evidente come, nel caso che ci occupa, sia proprio il difetto di causa a viziare irrimediabilmente di nullità il contratto di consulenza, intesa per causa lo scambio di quella ben identificata attività consulenziale, già

simmetricamente e specularmente svolta in adempimento dei propri doveri di amministratore, con il compenso preteso” dal consulente Tizio.

È appena qui il caso di precisare che a questa conclusione non sarebbe stato assolutamente possibile pervenire se si fosse fatto ricorso al concetto astratto di causa come funzione economico-sociale, dacché il riferimento al *tipo* contrattuale di cui all'art. 2222 cod. civ. (ai sensi del quale si configura contratto d'opera “*Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente [...]*”), non avrebbe consentito di sostenere la carenza di causa, dacché nello schema astratto normativamente delineato essa è ben presente ed individuata.

Ciò che, tuttavia, qui preme richiamare e sottolineare è il ben riuscito tentativo della S. corte di rielaborare e riconcettualizzare l'elemento causale.

Si legge, infatti, nella citata sentenza n. 10490 del 2006: “*Si discorre da tempo di una fattispecie causale 'concreta', e si elabora una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale*”.

Caso C

Due coniugi prenotano con congruo anticipo un albergo per una vacanza in una nota località balneare, e pagano anticipatamente il prezzo convenuto.

Il giorno precedente la partenza per l'inizio della vacanza programmata, tuttavia, il marito improvvisamente muore, e la moglie ovviamente decide di non partire più.

Successivamente, riavutasi dal lutto, la vedova si rivolge all'albergatore chiedendogli la restituzione di quanto anticipatamente pagato per la vacanza prenotata ma poi non goduta.

L'albergatore si rifiuta di restituire la somma corrispostagli, assumendo che non è a lui imputabile la mancata fruizione della vacanza.

La vedova lo conviene allora in giudizio, chiedendone la condanna alla restituzione di quanto anticipatamente corrisposto.

La S. corte con sentenza del 20 dicembre 2007, n. 26958, ha accolto la richiesta della vedova, dopo aver

– precisato, circa la causa del contratto turistico (e richiamando, a tal fine, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315), “[...] *che il soggiorno o il servizio alberghiero ‘assumono, [...] rilievo non già singolarmente e separatamente considerati, bensì nella loro unitarietà funzionale, non potendo prescindere dalla considerazione dei medesimi alla stregua della finalità turistica che la prestazione complessa in cui si sostanziano quali elementi costitutivi è funzionalmente volta a soddisfare. Tale finalità non costituisce, pertanto, un irrilevante motivo del contratto de quo, e non si sostanzia in specifici interessi che rimangono nella sfera volitiva interna del creditore della prestazione alberghiera costituendo il semplice impulso psichico interiore che lo spinge alla stipulazione del contratto, ma viene (anche implicitamente) ad obbiettivarsi in tale tipo di contratto, divenendo interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, così connotandone la sua causa sul piano concreto’* (in argomento, adde Cass., n. 12235/07 oltre alla già citata Cass. n. 10490/06)”;

– affermato, conseguentemente, che “*Il concetto di causa concreta appare, così, funzionale, da un canto, a qualificare il ‘tipo’ contrattuale – determinando l’essenzialità di tutte le attività e servizi strumentali alla realizzazione della finalità turistica (e cioè il benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare) –; dall’altro, assume rilievo quale criterio di adeguamento del rapporto negoziale, considerato nel suo aspetto dinamico-effettuale. Di talché la causa (come non si è mancato di osservare da parte della più attenta dottrina) finisce per assumere rilievo non meno decisivo in ordine alla sorte della vicenda contrattuale (oltre che con riferimento alla fattispecie negoziale considerata nel suo aspetto genetico), in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo sviluppo del rapporto (inadempimento, impossibilità, aggravio della prestazione, ecc.), eventi negativamente incidenti sull’interesse creditorio (nella specie, turisti-*

co), obbiettivato in seno all'elemento causale del contratto" (i grassetto sono miei).

Si è così finito per attribuire alla disposizione dell'art. 1463 cod. civ. (ai sensi della quale "*Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito*") un significato normativo più ampio di quello della sua previsione letterale, essendo ora (cioè a seguito dell'interpretazione conseguente all'accoglimento del concetto di causa in concreto) possibile invocare la risoluzione, oltre che di fronte ad una materiale impossibilità sopravvenuta di esecuzione della prestazione, anche in presenza di una impossibilità sopravvenuta di "fruizione" di tale prestazione, conseguente al venir meno del corrispondente interesse.

Nella medesima pronuncia non si è poi mancato di precisare, onde evitare facili commistioni e confusioni col concetto di motivo (di per sé irrilevante),

"[...] come nella specie [...], il venir meno del predetto interesse si risolve in una sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del contratto stesso, assumendo conseguentemente rilievo quale autonoma causa della relativa estinzione. Il venir meno dell'interesse creditorio (e della causa del contratto che ne costituisce la fonte) può essere, dunque, legittimamente determinato anche dalla sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione, qualora essa si presenti come non imputabile al creditore, nonché oggettivamente incidente sull'interesse che risulta (anche implicitamente) obbiettivato nel contratto: una impossibilità tale da vanificare o rendere irrealizzabile la 'finalità turistica' (laddove irrilevanti rimangono viceversa le finalità ulteriori per le quali il turista si induce a stipulare il contratto, quali il desiderio di allontanarsi dalla famiglia o dalla cerchia degli amici; l'esigenza di un distacco dall'ambiente di lavoro; la necessità di riprendersi da un periodo di stress; la ricerca di avventure post-matrimoniali ecc.) in cui si sostanziano, viceversa, i motivi impulsivi sottesi alla stipula del contratto da parte del creditore della prestazione di soggiorno alberghiero".

Ora appare indubbio che, così opinando, la S. Corte ha ridonato al concetto di causa un ruolo ed una funzione centrale nell'analisi delle problematiche che si pongono in materia di contratto e di rapporto contrattuale.

In particolare, il collegamento necessario instaurato con l'interesse delle parti si rivela idoneo ad assegnare alla "causa" quel contenuto e quel rilievo concreto che la concezione oggettiva, di fatto, gli aveva impedito, appiattendolo sul (ovvero sovrapponendolo al) tipo.

E – si badi – quando si parla di "interesse" non si fa riferimento all'in-

teresse ulteriore e/o all'utilità mediata che ciascuna parte consegue o può conseguire a seguito dell'attuazione del rapporto contrattuale (che, in quanto tale, è destinato a restare totalmente inespresso), bensì all'interesse che risulta dal titolo, il quale perciò non è qualificabile come mero motivo, ma costituisce elemento funzionale del vincolo obbligatorio.

Si tratta, in altri termini, dell'interesse obbiettivato nel contratto, che palesandosi (e quindi rendendosi comune), anche in maniera implicita, ad entrambi i contraenti, cessa così di essere (confuso col) mero motivo individuale.

7) Si tratta, a questo punto, di comprendere cosa possa aver determinato questa significativa evoluzione giurisprudenziale, anche in considerazione del fatto che, peraltro, già dagli anni '70 la dottrina aveva iniziato a prospettare una concezione di causa quale funzione economico-individuale. Ci si deve chiedere, in altri termini, perché soltanto negli ultimi 15 anni la giurisprudenza abbia accolto tale concezione di causa.

Non appare azzardato sostenere che l'evoluzione ora segnalata possa essere stata sollecitata e giustificata, dapprima, dal progressivo affermarsi della prospettiva costituzionale che ha portato la dottrina ad effettuare una rilettura degli istituti del diritto civile alla luce dei nuovi principi accolti nella carta fondamentale, e successivamente dall'affermarsi dei principi, (anche) di derivazione comunitaria, quali quello dell'equilibrio economico e normativo delle posizioni contrattuali, quello di proporzionalità, quello di ragionevolezza, quello di tutela del contraente debole, i quali hanno, a loro volta, inevitabilmente favorito il riconoscimento di un rilievo più incisivo all'interesse o all'assetto degli interessi concreti oggetto del regolamento contrattuale.

D'altro canto – e qui riemerge l'influenza del diritto comunitario – quando si dice che le finalità contrattuali (rappresentate dagli interessi individuali delle parti) non s'identificano coi motivi, ma vanno (anche implicitamente) ad obbiettivarsi nel contratto adottato, come pure quando si afferma (lo si è visto in particolare nel **Caso C**) che “*la sopravvenuta impossibilità di utilizzazione della prestazione oggettivamente incidente sull'interesse che risulta (anche implicitamente) obbiettivato nel contratto*” vanifica la possibilità di realizzazione della finalità negoziali, non sembra che ci si discosti molto dal concetto di *frustration*, proprio dei sistemi di *common law*.

Ancora, quando con riferimento al **Caso A**, si pone a fondamento della nullità del contratto per mancanza di causa il “[...] *difetto di equivalenza delle prestazioni o della ragione giustificativa della prestazione* [traslativa] *prevista*”, ovvero la circostanza che l'acquirente in realtà non avesse avuto

l'intenzione di acquistare il bene, ma soltanto di frapporsi quale titolare formale dello stesso al fine di compiere lui la speculazione, in realtà si svolge un ragionamento analogo a quello che è sotteso alla *consideration*, la quale è, infatti, intesa come conferma, mediante la previsione di una controprestazione o di un sacrificio reciproco da parte dei paciscenti, della serietà degli impegni contrattuali assunti.

Questo sensibile avvicinamento a logiche e a concetti che un tempo erano estranei e sconosciuti all'ordinamento italiano, può senza dubbio essere attribuito (anche) alla circolazione dei modelli giuridici che le pronunce delle Corti di Giustizia hanno sempre più frequentemente favorito.

E non si può non prendere atto che tali nuove prospettive si rivelano idonee ad assicurare in maniera più incisiva l'effettività della tutela. È, infatti, ben più efficace il ricorso all'azione di nullità per mancanza genetica della causa (che d'ora in poi non si limiterà ad essere rappresentata soltanto dai casi di scuola del vitalizio costituito a favore di persona defunta, o dell'assicurazione senza rischio), che non all'azione di risoluzione (lo si è visto, in particolare, analizzando il **Caso A**).

Parimenti, amplia significativamente l'effettività della tutela (in una con l'ampliamento del significato normativo dell'art. 1463 cod. civ.), il riconoscimento della possibilità di risolvere il rapporto contrattuale in presenza di un vizio funzionale della causa che si risolva (non già e non solo nell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, bensì anche) nell'impossibilità sopravvenuta di **utilizzo della prestazione** e cioè nell'impossibilità di dare attuazione all'interesse e dunque di realizzare la causa concreta del contratto (fattispecie risolutiva, quest'ultima, che pur non risulta espressamente contemplata dalla norma).

Si tratta di una prospettiva intelligente e condivisibile che, rivalutando il ruolo dell'interesse concreto del creditore (sin qui destinato invece a svolgere una funzione meramente descrittiva nell'interpretazione che tradizionalmente si è offerta dell'art. 1174 cod. civ.), si rivela foriera di ulteriori interessanti applicazioni con significative ricadute anche sul piano dell'effettività della tutela.

A tale ultimo proposito sembra opportuno segnalare che la S. corte (cfr., Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975), valorizzando la previsione della disposizione da ultimo richiamata (ai sensi della quale "*La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, **anche non patrimoniale**, del creditore*"; grassetto mio), ha riconosciuto la risarcibilità dei danni non patrimoniale anche in sede di responsabilità contrattuale conseguente all'inadempimento.

Come si può dunque constatare, sollecitata dai principi costituzionali e dalla cultura giuridica degli Stati membri della comunità europea, oltre che dalle profonde evoluzioni in atto, si sta procedendo ad una profonda e “generale” rivisitazione dell’intera teoria generale del contratto che la tradizione ci aveva tramandato. Ad entrare in crisi è soprattutto ed innanzitutto la funzione ed il ruolo della figura del contratto c.d. di diritto comune, alla quale molti civilisti manifestano invece di restare anacronisticamente legati.

L’opera di revisione inaugurata di recente dalla giurisprudenza e sollecitata già da tempo dalla dottrina più sensibile, merita di essere decisamente condivisa e portata a compimento in maniera organica e sistematica. L’auspicio è necessario, dacché, come sopra segnalato, si registrano, talora, su singoli ma rilevanti settori, degli arresti (anche) nella giurisprudenza della S. Corte che si risolvono nella riesumazione di vecchi dogmi e vecchie classificazioni, che, se avevano un fondamento nella sistematica e nell’impianto del codice del 1942, non risultano affatto coerenti col sistema attuale quale si è venuto delineando a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione e dell’avvento del diritto comunitario.

E se non si ha il coraggio di abbandonare le desuete, ancorché rassicuranti, concettualizzazioni dogmatiche del passato, si rischia di costruire dei veri e propri mostri giuridici.

Se, infatti, ci si ispira in parte alle nuove logiche ed ai nuovi principi costituzionali e comunitari, in parte alle vecchie costruzioni dogmatiche elaborate sulla sistematica del codice civile del 1942, si rischia di coniugare elementi fra loro eterogenei ed incompatibili, così favorendo la costruzione di un sistema disorganico e schizofrenico, inidoneo a fornire risposte tempestive ed adeguate ai complessi problemi che il giurista è chiamato a risolvere nel tempo presente.