

**ÉTUDES EN L'HONNEUR
DU PROFESSEUR IACYR DE AGUILAR VIEIRA**

Textes réunis par
Gustavo CERQUEIRA et Gustavo TEPEDINO

Volume 2



**SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE**

TABLE DES MATIÈRES

Tome 2

III. DROIT COMPARÉ ET DROIT DU COMMERCE INTERNATIONAL

Olivier CACHARD

La méthode comparatiste et l'hybridation des droits. L'exemple de la *lex schuman* lors du recouvrement de l'Alsace et de la Moselle..... 11

Andreia COSTA VIEIRA

Sustainable foreign direct investments for emerging and developing countries 31

Milena DONATO OLIVA, Pablo RENTERIA et Filipe MEDON

La protection des données personnelles au Brésil et en Europe 57

José Angelo ESTRELLA FARIA

Competition among legal systems: the influence of rankings in stimulating Commercial Law reform..... 83

Franco FERRARI et Friedrich ROSENFELD

Les limites à l'autonomie des parties en matière d'arbitrage international . 103

Ana GERDAU DE BORJA MERCEREAU

La responsabilité sociale des entreprises et l'arbitrage d'investissement.. 145

Anne GILSON-MAES

La famille et le contrat en droit français : analyse à la lumière du droit comparé..... 167

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

© Société de législation comparée, 28 rue Saint Guillaume 75007 Paris
2022 I.S.B.N. 978-2-36517-124-3

Carlos Nelson KONDER Tramonto o <i>revirement</i> della causa del contratto : influenze europee sul diritto brasiliano.....	189
Sabrina LANNI <i>Imprevisión</i> contrattuale : esperienze latinoamericane e armonizzazione del diritto.....	215
Andrea MARIGHETTO La clausola della buona fede nel commercio internazionale natura giuridica e profili comparatistici occidentali	233
José Antonio MORENO RODRÍGUEZ International Sales Law and Arbitration	271
Magalie NORD-WAGNER Le droit et la quête du bonheur	287
Francisco PIGNATTA La nouvelle loi de protection des données au Brésil : le RGPD comme référence et les difficultés de sa mise en œuvre.....	297
Marilda Rosado de SÁ RIBEIRO, Ely Caetano XAVIER JÚNIOR et Fernanda TORRES VOLPON Contrats internationaux complexes et la responsabilité civile précontractuelle dans une perspective comparative	309
Jan Peter SCHMIDT Forced heirship and family provision in Latin America	333
Claude WITZ Influences de la Convention de Vienne sur le législateur français	381

IV. DROIT ET LITTÉRATURE

Luiz Filipe ARAÚJO ALVES The lost <i>Pathos of Rhetoric</i> : human being, power and affections on law in friedrich nietzsche.....	403
--	-----

Arnaud COUTANT Aux origines du mouvement droit et littérature, le professeur John Henry Wigmore.....	417
--	-----

Thibault de RAVEL d'ESCLAPON Molière et le droit. À propos de Scapin, de ses fourberies et de la justice	439
---	-----

Emilien RHINN La littérature au service d'un idéal politique : nationalisme français et femmes alsaciennes-lorraines (1871-1918).....	455
---	-----

Nunziata Stefania VALENZA PAIVA Il diritto nei confronti delle favole : il contributo della letteratura nella costruzione della base morale, civica e giuridica dei bambini.....	467
--	-----

Liste des souscripteurs	497
-------------------------------	-----

TRAMONTO O REVIREMENT DELLA CAUSA DEL CONTRATTO: INFLUENZE EUROPEE SUL DIRITTO BRASILIANO

Carlos Nelson KONDER*

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Già si è affermato che il concetto di causa è « vago e misterioso », una « fatale malia », rigogliosa fonte di equivoci, che non riesce ad assumere ancora un netto contorno, nonostante gli architetti e la pregiatezza dei materiali¹. Autorevole dottrina sostiene che la causa è un tema sul quale il solo risultato positivo e certo che la dottrina è riuscita ad arrivare è che si usa nel comune linguaggio giuridico un termine di cui è difficile precisare il significato². Anche, si afferma che « la notion de cause... est célèbre par les obscurités qu'y a accumulées un siècle de commentaires aussi ingénieux que stériles »³.

* Professore di Diritto Civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università dello Stato di Rio de Janeiro e della Pontificia Università Cattolica di Rio de Janeiro.

¹ L. Biracchi, *Causa e categoria generale del contratto: un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, t. I « Il cinquecento », Torino, Giappichelli, 1997, p. 17 ss., rispettivamente, Ferrara, Bonfante, Pugliatti e Giorgianni *apud* G. B. Ferrì, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 67.

² S. Pugliatti, « Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici », in *Diritto Civile: Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 76. Afferma anche l'autore: « il tema della causa costituisce la più rigogliosa fonte di equivoci dell'intera teoria del negozio giuridico, e il punto di convergenza delle più numerose e disparate, ma non altrettanto fruttuose discussioni » (*Precisazione in Tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto Civile: Metodo - Teoria - Pratica*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 105).

³ A. Rouast, « À propos d'un livre sur la cause des obligations », *apud* H. Kotz, S. Patti, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 111.

Infatti, una prima analisi comparativa rivela la diversità di trattamento sulla causa dalla legge: fra i diversi ordinamenti, ci sono quelli che la definiscono, come il codice civile spagnolo (1889), quelli che solo la prevedono, come l'italiano (1942), e ancora quelli che non ne fanno riferimento, come il codice tedesco (1894). Ma anche nei primi, all'incirca della dottrina con l'esempio spagnolo, la definizione dalla legge è poco o se non ingombrante: la definizione codicistica non è considerata vincolante e si riproducono lì tutte le discussioni che hanno investito la causa nelle altre esperienze⁴.

La confusione è ampliata perché « pochi hanno resistito alla tentazione di esprimere una propria nozione di causa, il che ha indotto alla formazione di molte teorie, sottilmente sfumate, in cui la spiegazione (del significato: causa) s'intesseva con l'efficacia (del requisito della causa) »⁵. Infine, si è affermato che la scelta fra le teorie sembrerebbe una questione più di gusto che di logica, perché tutti gli autori hanno fornito soluzioni credibili da un lato, ma dall'altro hanno contribuito, sia pure involontariamente, per permettere una evasione in campo metagiuridico, a creare una zona d'ombra un alone imprecisato e sfumato che ha reso sempre più difficile la ricostruzione⁶.

Ambiguamente, si tratta di una delle nozioni più incerte del diritto civile e che porta una delle bibliografie più importanti⁷. Uno scenario dove la causa suscita al tempo stesso venerazione e sconcerto: « Venerazione, come tutti gli istituti che vantano una storia tanto risalente, sconcerto per l'impossibilità di ridurlo ad una soglia di intelligibilità, per la difficoltà di individuare un comune denominatore di significati, per l'ambiguità degli usi promossi da dottrina e giurisprudenza »⁸.

Il dibattito sulla causa, si è già riconosciuto, è riflesso di una controversia più profonda, sulla comprensione dell'autonomia negoziale e i suoi rapporti con l'ordinamento giuridico, i rapporti tra la libertà dei privati e l'autorità dell'ordinamento⁹. Nella sintesi della dottrina: « Indagare il problema della causa, quindi, significa indagare le ragioni e i limiti dell'autonomia privata

⁴ G. Alpa, « Lineamenti di diritto contrattuale », in *Diritto privato comparato: nuovi problemi*, Roma, Laterza, 2001, p. 195.

⁵ N. Corbo, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 42.

⁶ G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 68.

⁷ J. Flour, J.-L. Aubert, *Droit civil - Les obligations*, t. 1 « L'acte juridique », 5^e ed., Armand Colin, 1993, p. 199.

⁸ G. Alpa, art. cit., p. 192.

⁹ P. Perlingieri, A. Federico, *Manuale di diritto civile*, 5^a ed., Napoli, Edizione Scientifica Italiana, 2005, p. 372.

nel nostro ordinamento. Individuare quali negozi giuridici sono riconosciuti e tutelati dalla legge, a quali condizioni ed entro che limiti »¹⁰.

Il conflitto si pone fra orientamenti, da un lato, sui quali sarebbe sufficiente che l'atto di autonomia si limiti a non porsi in contrasto con l'ordinamento, attuando interessi leciti, oppure, dall'altro lato, l'atto debba altresì essere idoneo a realizzare finalità generali fissate dall'ordinamento: « La causa ha finito con l'esprimere il ruolo dell'atto di autonomia nel sistema »¹¹. Oppure si tratta dello sforzo di esprimere la convergenza tra le due prospettive, quella individuale, propria dell'atto, e quella generale, propria del ordinamento, dove si pone come momento decisivo perché la regola posta dal privato con un suo atto di volontà possa conseguire efficacia giuridica, quella stessa efficacia cioè che è propria delle norme dell'ordinamento¹².

I. IL TRAGITTO FRANCESE DELLA CAUSA: TRAMONTO ?

A. - La causa quale considerazione di una controprestazione

L'origine della causa francese è normalmente attribuita alla sistematizzazione delle Legge Civile del Domat, che ha avuto grande influenza sui giuristi francese susseguenti, in speciale il Pothier, che ha adottato espressamente le riflessioni di quello sull'esistenza di causa e sulla falsa causa¹³. Nonostante le costatazioni che questi autori sarebbero ancora distanti di presentare una vera sistematizzazione, chiara e completa, della nozione di causa, non avendo neanche presentato una definizione generale del concetto, loro rimangono riferiti come il marco dottrinario che ha condotto alla consacrazione della causa alla legislazione francese¹⁴.

Nei lavori preparatori del *Code Napoléon*, i dibattiti sulla causa sono stati reputati « molto brevi » e, sebbene il testo faccia riferimento anche alla « causa della convenzione » e preveda l'inefficacia anche per illiceità o

¹⁰ P. Franceschetti, « La causa del contratto » (www.aspirantiuditori.it/causa.html), accesso il 26 feb. 2005).

¹¹ P. Perlingieri, A. Federico, op. cit., p. 372.

¹² G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 74.

¹³ R.-J. Pothier, *Traité*, apud J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 21.

¹⁴ G. Chevrier, apud J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 19. Per approfondire all'opera di questi due giuristi sulla causa, v. A. Cernolacce, *Cause et validité du contrat*, PUAM, 2001; G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 82; G. Braggini, « Causa e contratto », in L. Vacca (cur.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 20 e 21.

immoralità della causa, si afferma che il legislatore abbia cristallizzato, senza grandi cambiamenti la posizione dei giuristi del XVII e XVIII: si è mantenuta soltanto l'esigenza della *causa astratta dell'obbligazione*¹⁵; i casi che separavano ciascun'obbligazione nata del contratto, distaccandosi dall'insieme dell'operazione contrattuale, e cercavano la ragione di essere di ciascun'obbligazione, quello che aveva condotto quello contrattante a obbligarsi¹⁶.

Da un lato, per vincolarsi a quello che muove ciascuno dei soggetti contrattanti separatamente, in modo individualizzato, la versione originale della causa è stata normalmente riferita per i comparatisti come soggettiva. È curioso osservare, tuttavia, che alla dottrina francese questa versione di causa – in opposizione alla c.d. versione moderna – è reputata oggettiva perché, nonostante tradurre quello che muove ciascun soggetto ad assumere la sua obbligazione, la causa francese classica è *astratta*, sempre la stessa alla stessa categoria di contratti¹⁷. In opposizione ai motivi, che sarebbero, invece, diversi per ciascuna persona che contratta, la causa rimarrebbe identica: è il tipo contrattuale in discorso: così i francesi mantenevano la distinzione antica tra *causa proxima* e *causa remota*, essendo soltanto la prima rilevante al diritto¹⁸.

Questa causa astratta dell'obbligazione era, quindi, determinata dal tipo di contratto che la produceva. Nei contratti *sinallagmatici*, l'obbligazione di ciascuno contrattante aveva come causa l'obbligazione assunta dall'altro contrattante: nella compravendita, ad esempio, la causa dell'obbligazione di dare la cosa era il pagamento del prezzo. Non rilevavano i motivi, le ragioni personali che li hanno condotti alla compravendita: le obbligazioni reciproche si servono mutuamente di causa¹⁹. Già nel caso dei contratti unilaterali reali, la causa dell'obbligazione sarebbe la prestazione o precedenza realizzata dall'altra parte, la consegna della cosa. Così, nel comodato e nel deposito, la causa dell'obbligazione di restituire la cosa era il fatto di questa esservi data.

In fine, nell'ambito dei contratti gratuiti, la causa sarebbe l'intenzione di liberalità, l'*animus donandi*, la propria volontà di fare un sacrificio senza ricevere contropartita. Così, alla versione consacrata, i motivi che hanno condotto il contrattante alla liberalità rimangono fuori della causa

¹⁵ H. e L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 « Obligations: théorie générale », 9^e ed., Montchrestien, 1998, p. 264 e 265.

¹⁶ *Ibid.*, p. 265.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ J. Flour, J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 201.

¹⁹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, p. 265.

dell'obbligazione²⁰. Si afferma che questo modello di causa – semplicemente riferito quale la *considerazione di una controprestazione* – porta un ruolo di protezione individuale, di protezione di un contrattante dinanzi all'altro, essenzialmente in riguardo alla formazione del contratto²¹. Serve a giustificare la subordinazione soltanto di una delle parti del contratto; anziché l'immagine di unione, la causa diventa strumento di confronto fra i contrattanti²².

Questa concezione originale è stata oggetto d'innomerevoli critiche, la più feroce affermava che la causa sarebbe una costruzione logicamente falsa, quando non inintelligibile, cioè, « creazione artificiosa e inutile »²³. Per il critico, da un lato la concezione è falsa poiché nei contratti *sinallagmatici* le obbligazioni nascono simultaneamente, quindi una non può essere la causa dell'altra, nei contratti reali la causa sarebbe soltanto il fatto generatore dell'obbligazione e nei contratti gratuiti la volontà non potrebbe essere distaccata dai motivi senza restare privata di qualsiasi significato. D'altro lato, la concezione classica sarebbe inutile, poiché nei contratti reali senza consegna del bene non c'è neppure contratto, quindi l'assenza di causa si confonderebbe con l'assenza di contratto, nei contratti gratuiti l'assenza dell'intenzione liberale sarebbe la propria assenza di consentimento e nei contratti *sinallagmatici* l'assenza di causa importerebbe l'assenza di oggetto, giacché la propria reciprocità tra le obbligazioni farebbe con che quello che si chiama assenza di causa di un'obbligazione significhi anche l'assenza di oggetto dell'obbligazione opposta²⁴.

B. – La causa quale fine perseguito dai contrattanti

Nonostante il fatto che diverse di queste critiche siano state reputate ingiustificate e di essere stato diffusamente riconosciuto il valore e l'importanza della concezione classica della causa, si è affermata la costruzione di un altro concetto della causa, riferito come moderno, in opposizione alla sua versione originale. Questa nuova concezione s'inserisce in una tendenza generale di « soggettivazione » della causa, in riguardo a consentire l'integrazione a questa di ragioni personale che sarebbero

²⁰ *Ibid.*, p. 266.

²¹ J. Flour, J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 206.

²² A.-S. Lucas-Page, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, LGDJ, 2005, p. 244.

²³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 1037 a 1039, apud P. B. de Campos Filho, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1978, p. 13 ss. e p. 71.

²⁴ Apud H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, p. 267.

all'origine dell'atto di volontà²⁵. Contrapposta al modello classico, ai quali elementi soggettivi non disturbano la causa per salvaguardare la stabilità dei contratti e il principio dell'autonomia della volontà in senso stretto, il modello moderno s'ispira sull'idea che l'autonomia della volontà viene tutelata come un fine in se stesso, ma soltanto in quanto persegue un fine legittimo e, così, la causa non realizza più un ruolo di protezione esclusivamente individuale e si dirige a realizzare un compito di protezione sociale²⁶. Si afferma che la scoperta degli imperativi di equilibrio contrattuale e giustizia commutativa conduce a cercare il volere concreto di ciascuna parte in riguardo alla finalità globale che loro perseguono attraverso il suo contratto²⁷.

Cercando di attribuire maggiore uniformità alla definizione di causa nelle diverse ipotesi di contratto, è costruita la definizione di causa che diviene conosciuta fra noi come la concezione moderna della dottrina francese: la causa sarà il fine perseguito dai contraenti. Partendo dal presupposto che tutte le persone che si obbligano hanno un fine, la considerazione di questo fine che conduce il debitore a obbligarsi è la causa del vincolo²⁸. Così, da un lato, la nozione perde l'oggettività che aveva nei contratti sinallagmatici perché diventa la *spettanza* di esecuzione della prestazione dell'altra parte, la volontà di ottenere l'adempimento della prestazione promessa in ritorno²⁹. D'altro lato, nei contratti gratuiti, la causa non sarebbe più l'*animus donandi* astratto, ma neppure il motivo determinante che non abbia entrato nel campo contrattuale, e si il fine necessariamente conosciuto dall'altro contraente - che è perseguito dal donatore (la creazione di un'opera, l'*animus donandi* in concreto, etc.)³⁰.

Lo sforzo di riuscire la « semplicità in un dominio dove è facile perdersi » ha condotto addirittura ad affermare l'esistenza di due cause diverse: da un lato, la causa dell'obbligazione, tradizionalmente astratta, oggettiva, immediata, « causa-contropartita », sommersa al controllo di esistenza; d'altro, la causa del contratto, soggettiva, concreta, mediata, motivi determinanti, sommersa al controllo di conformità all'ordine pubblico e al buon costume³¹.

Questa dualità è stata affermata dalla giurisprudenza francese, specialmente nel *arrêt Pirmamod*, quando la Corte ha affermato che la causa

²⁵ J. Flour, J.-L. Aubert, *op. cit.*, p. 207 e 208.

²⁶ *Ibid.*, p. 209.

²⁷ A.-S. Lucas-Puget, *op. cit.*, p. 18.

²⁸ H. Capitant, *De la cause des obligations*, 3^a ed., Dalloz, 1927, *apud* J. Ghestin, *op. cit.*, p. 55 e 56.

²⁹ *Ibid.*, p. 43 *apud* J. Ghestin, *op. cit.*, p. 60.

³⁰ *Ibid.*, p. 87 *apud* J. Ghestin, *op. cit.*, p. 57.

³¹ A.-S. Lucas-Puget, *op. cit.*, p. 241.

impulsiva e determinante del contratto era consentire l'esercizio dell'ufficio di indovinare, attività che costituisce contravvenzione prevista e punita dal codice penale e, quindi, rivela carattere illecito³². Questo movimento ha fatto, secondo qualche autori, che la causa traboccasse quello quadro classico « tranquillizzante », conquistando altri significati che la danno un carattere più « delicato », « incerto » e pure « inquietante », perché la causa assorbirebbe non soltanto i motivi separati delle parti, ma anche, a un livello superiore, i suoi oggettivi congiunti³³.

Ci sono decisioni illustrative dell'interpretazione applicativa di questa tendenza ad ampliare il controllo giudiziale dell'autonomia privata, ma generando un ambiente dogmatico ambiguo e confuso. La prima è l'*arrêt Club Vidéo*, quando la Corte ha valutato che la decisione che ha considerato il contratto privato di causa sarebbe corretta, dinanzi la mancanza di qualsiasi contropartita reale all'obbligazione di pagare il prezzo per la locazione delle videocassette³⁴. La decisione, considerata rappresentativa della rinnovazione

³² Civ. 1^{re}, 12 lug. 1989, n° 88-11443, *Bull. civ.* 1, n° 293, 1, p. 194: « Vente - Acheteur - Obligations - Cause - Distinction avec la cause du contrat. Si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé. Contrats et obligations - Cause - Distinction avec les motifs - Vente ».

Nel caso, due parapsicologi, il signor Pirmamod e la signora Guichard hanno celebrato un contratto di compravendita di materiale di occultismo contro il valore di 52875 franchi. Dinanzi all'inadempimento del prezzo, il venditore ha chiesto giudizialmente l'esecuzione del contratto, ma la sua domanda è stata negata dalla Corte di Appello di Parigi per considerare che il contratto avrebbe una causa illecita. In ricorso, il Pirmamod ha affermato prima che la causa non era la spettanza di utilizzazione delle cose vendute per il compratore, ma sì il trasferimento di queste cose e, secondo, in ordine a che l'utilizzo degli oggetti venduti diretti a illudere terzi fosse reputato motivo comune determinante illecito - come è stato dalla Corte di Appello - sarebbe necessario che fosse conosciuto dalle due parti. La Corte di Cassazione, tuttavia, ha rigettato il ricorso e affermato inizialmente che « se la causa dell'obbligazione del compratore risiede al trasferimento della proprietà e la consegna della cosa venduta, d'altro lato la causa del contratto di compravendita consiste nel suo mobile determinante, cioè, quello senza il quale il compratore non avrebbe contratto ». Partendo da questa distinzione. Al fine, dinanzi al fatto che il Pirmamod esercitava la stessa professione di parapsicologo che la Guichard, considerandola come discepolo, non potrebbe ignorare che la vendita del materiale di occultismo a quella era destinata a consentire l'esercizio del riferito ufficio e che, quindi, la conoscenza del motivo determinante per ambedue parti non occorreva essere provata, derivava dei propri fatti.

³³ A.-S. Lucas-Puget, *op. cit.*, p. 241.

³⁴ Civ. 1^{re}, 3 lug. 1996, n° 94-14800, *Bull. civ.* 1, n° 286, p. 200: « Contrats et obligations - Cause - Absence - Défaut de contrepartie réelle. S'agissant d'un contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce, la cour d'appel décide à bon droit que le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'elle retient que l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible, constatant ainsi le défaut de contrepartie réelle à l'obligation souscrite par le preneur. Contrats et obligations - Cause - Absence - Contrat de location de cassettes vidéo pour l'exploitation d'un commerce ».

II. IL TRAGITTO ITALIANO DELLA CAUSA: REVIREMENTI

A. — La causa quale funzione economico-sociale del contratto

Positivata al codice civile italiano del 1865, la causa soggettiva ha sofferto forte critiche: « causa del contratto è il motivo ultimo che ha indotto le parti a concluderlo »⁴². Alla concezione originale della causa soggettiva la sottile distinzione fra rilevanza e irrilevanza giuridica, oppure fra l'ultima e grande motivo e gli altri, sarebbe tutto quello che rimuoverebbe i motivi e gli impulsi psicologici che conducono un dato individuo a contrattare, dalla causa, il fine perseguito dalle parti che, sebbene soggettivo, è esteriorizzato e diventa parte del contenuto del negozio⁴³.

Con il vigore del codice civile del 1942, l'interpretazione della causa come requisito di validità del negozio giuridico si è spostata verso una concezione più oggettiva. La causa comincia ad essere vincolata non più all'obbligazione, ma al contratto intero, e concepita come la funzione oggettiva, la ragione giustificatrice o la finalità pratica che il contratto persegue. La concezione soggettiva è, quindi, rigettata, reputata un residuo della tendenza, in gran parte superata, a ricondurre i concetti giuridici alla volontà, trascurando la sola e vera fonte formale: la norma⁴⁴. In opposizione alla prospettiva tradizionale, dove il contratto è soggetto di discipline e l'ordinamento appare nella veste di dispensatore degli effetti e dei limiti giuridici qualche volta necessari, affinché le parti perseguano i propri scopi e soddisfino i propri bisogni, alla nova prospettiva, invece, il contratto è oggetto di disciplina e la fonte della produzione degli effetti giuridici riguarda all'ordinamento⁴⁵. Con l'adozione di questa nuova formula il problema non è più contenuto nei limiti di quella prospettiva, ma s'inserisce in una visione il cui punto iniziale è l'ordinamento giuridico⁴⁶.

In questa nova concezione, non è più la volontà dell'agente che dà valore alla causa, ma, invece, è la causa che costituisce il fondamento del negozio e, quindi, il sostegno giuridico della volontà⁴⁷. Se il contratto realizza una funzione e questa deve essere lecita perché il negozio sia giuridicamente protetto, l'autonomia privata non è più uno spazio assolutamente libero per

⁴² App. Venezia, 9 apr. 1946 — Urbani c. Pitteri apud E. Paolini, *La causa del contratto*, Padova, Cedam, 1999.

⁴³ L. R. F. da Silva, *A noção de sinalgoma nas relações contratuais e paracontratuais (sua análise à luz da teoria da causa)*, Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2001, p. 4 e 5 e p. 81.

⁴⁴ S. Pugliatti, « Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici », art. cit., p. 73.

⁴⁵ A. Pellicano, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 10.

⁴⁶ G. B. Terri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 112.

⁴⁷ S. Pugliatti, « Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici », art. cit., p. 73 e 80.

qualsiasi volontà individuale — « vuota e incolore espressione del capriccio individuale »⁴⁸ — ma si lo stabilimento di un regolamento d'interessi a essere valutato come meritevole o no di tutela. È superata, così, la visione unilaterale, atomistica e individualistica della causa quale causa dell'obbligazione che, per gli oggettivisti, distruggeva l'unità del negozio quando lo analizzava solo sul punto di vista di ciascuna delle parti: sarebbe un assurdo logico concepire un semplice elemento del tutto come la ragione giustificatrice di un altro elemento dello stesso tutto, senza riconoscere la subordinazione di entrambi alla totalità funzionale del tutto di che fanno parte⁴⁹.

La nuova dimensione funzionale che la causa finisce per assumere nel codice del 1942 è il risultato, come indicato dalla dottrina, delle mosse dalle scelte operate dal legislatore in materia di proprietà e impresa — scelte che trovano premesse nel dibattito politico e culturale che si svolse alla fine degli anni trenta ispirato dall'esperienza sovietica e di quella del New Deal — rispetto a cui prima ancora che alla causa veniva evocata la formula della funzione: « questa prospettiva funzionalizzatrice degli istituti fondamentali del diritto civile patrimoniale che si riverbera anche sul contratto e, in particolare, sulla causa »⁵⁰.

La prima e più importante concezione oggettiva della causa è quella che identifica la causa con la funzione economico-sociale del negozio, che sarebbe la sintesi dei suoi elementi essenziali, quale totalità e unità funzionale⁵¹. La causa, così, non sarebbe intesa più in senso fenomenologico, ma teleologico e deontologico, riferente « all'esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto »⁵². Si è affermato anche che la scelta precisa per la teoria della funzione economico-sociale non segna soltanto lo spostamento della valutazione del fenomeno contrattuale dal profilo soggettivo a quello oggettivo, ma anche da quello singolare a quello sociale⁵³.

Ad esempio, c'è la decisione della Cassazione che afferma che « Il contratto col quale taluni candidati alle elezioni politiche si obbligano, verso corrispettivo del conferimento di una somma di danaro destinata a finanziare la loro campagna elettorale, a far convergere i loro voti e quelle dei loro sostenitori sul finanziatore, candidato della stessa lista, ed a far rinunciare al

⁴⁸ E. Betti, « Causa del negozio giuridico », *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1957, p. 32.

⁴⁹ E. Betti, « Causa del negozio giuridico », art. cit. p. 33 e 34.

⁵⁰ G. B. Terri, « Il problema della causa del negozio giuridico nelle riflessioni di Rosario Nicolò », *Europa e diritto privato*, 2007, fasc. 3, pp. 673-677.

⁵¹ E. Betti, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. 1, Coimbra, Ed. Coimbra, 1969, p. 350.

⁵² E. Betti, « Causa del negozio giuridico », art. cit. p. 33.

⁵³ N. Carbo, op. cit., p. 42.

mandato parlamentare, in favore di quest'ultimo, i candidati eletti, è nullo per illiceità della causa»⁵⁴. Altro esempio è la decisione, che conclude che «non è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela giuridica e deve, pertanto, dichiararsi nullo il contratto con il quale il marito, durante un processo di annullamento del matrimonio da lui promosso dinanzi al tribunale ecclesiastico, prometteva alla moglie un assegno alimentare con effetto a decorrere dall'annullamento e, dal suo canto, la moglie prometteva in cambio di sottoporsi, ai fini di tale annullamento, ad ispezione corporali nella sua sfera sessuale»⁵⁵.

Nonostante la sua importanza, la causa bettiana ha ricevuto diverse critiche. Fra queste, una era la contaminazione di elementi giuridici in elementi non giuridici. Si afferma l'ambiguità - o anzi erroneità - della sua natura ibrida, poiché, sebbene la sua struttura sia integralmente nel dominio del diritto, la sua funzione si definisce con riferimento a categorie extragiuridiche⁵⁶. Per parte della dottrina, non basta il riferimento a una funzione generica, ma occorre esaminare il negozio di che si tratta nell'insieme dei suoi effetti concreti, sì che la causa non sia identificata in un

⁵⁴ Cass., 27 mag. 1971, n° 1574 *apud* G. Criscuolo, *Il contratto: itinerari normativi e casistiche giurisprudenziali*, 2° ed., Padova, Cedam, 2002, p. 325; E. Paolini, *La causa del contratto*, Padova, Cedam, 1999, p. 201. Nella decisione, si è considerato prima che, trattandosi di un negozio negoziale atipico, la finalità economico-sociale perseguita dovrebbe essere valutata anzitutto sotto il profilo della rispondenza dei comandi dell'autonomia privata, oltre che alle norme imperative ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico (ordine pubblico) e alle norme materiche suggerite dalla comune coscienza sociale (buon costume). Considerando che, nel caso, la contrattazione sarebbe un meccanismo ordinato al conseguimento di finalità contrassegnate da un indicio antitetico antisociale, non si potrebbe ritenersi la validità dell'accordo intervenuto fra le parti. Se in via astratta, potrebbe ritenersi legittimo l'accordo volto a finanziare una campagna elettorale e disciplinare lo svolgimento, la Cassazione ha considerato che un siffatto patto non può considerarsi valido, per illiceità della causa contraria ai principi fondamentali dell'ordine pubblico e della morale sociale, quando sia inteso a «ottenere, in via coercitiva, ed anche in contrasto con la volontà popolare, l'elezione del finanziatore attraverso l'esercizio del diritto di voto espresso in maniera predefinitamente predeterminata e la rinuncia, preventivamente concordata, da parte degli eletti».

⁵⁵ Cass., 6 lug. 1961, n° 1623 *apud* G. Criscuolo, *op. cit.*, p. 327. Nel caso, il signor L. B. avviò in corso un processo di annullamento del suo matrimonio con la signora M. dinanzi al Tribunale Ecclesiastico basato sull'impotenza sessuale della moglie, ma per accertare questa circostanza occorrevano accertamenti tecnici che avvilivano la riservatezza della moglie, che dipendeva dal suo consentimento. Giunse così un accordo scritto per cui il signor L. B. s'impegnava a corrispondere alla signora M. tre milioni non appena fosse pronunciato l'annullamento, mentre la signora M. richiedeva di sottoporsi alle ispezioni mediche. Tuttavia, quando si richiese al signor L. B. di rispettare il suo impegno lui opponeva la nullità del contratto per illiceità della causa, argomento ritenuto giustificato per la Cassazione, sull'affermazione che «ripugna alla comune coscienza ed è in contrasto con i fini del nostro ordinamento giuridico che comprensibile natura femminile ad ispezioni nella propria sfera sessuale possa costituire occasione e materia di mercanteggiamento».

⁵⁶ S. Pugliatti, «Precisioni in tema di causa del negozio giuridico», in *Diritto Civile - Aspetti Teorici - Pratici*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 109.

funzione economica o sociale, ma unicamente nella sua particolare ragione di essere giuridica, sostanzialmente e integralmente emergente dal precetto legislativo che la riconobbe⁵⁷. Tuttavia, benché sia grande difensore della giuridicità e oggettività della causa, questa visione critica non si dimentica dell'importanza dello scopo pratico perseguito dalle parti, verso l'identificazione del negozio concreto in esame, in comparazione alla tipicità astratta dell'ordinamento⁵⁸.

B. - La causa quale funzione economico-individuale del contratto

Se la teoria della funzione economico-sociale accentua gli aspetti collettivi del controllo, si afferma che essa scura l'aspetto privatistico: si controlla solo la conformità della causa all'interesse collettivo, senza indagare la sufficienza per realizzare lo scambio e così sfuggono del controllo gli interessi semplicemente privati⁵⁹. Conceputa astrattamente, la causa finisce per appiattirsi sul tipo e se lascia fuori dall'orizzonte della causa tutto ciò che eccede le linee standard del tipo e individualizza la specifica operazione perseguita: questo significa impoverire e irrigidire la considerazione del contratto⁶⁰.

Le modificazioni storiche sono espressive di questo cambiamento circa il concetto di causa. Si afferma che resta espressiva l'utilizzazione della teoria della funzione economico-sociale in epoca fascista, a significare una potenziale vocazione nella tutela d'interessi estranei alla volontà dei privati, che rischia di subordinare l'atto di autonomia a esigenze generali dell'ordinamento giuridico, chiaramente variabili riguardo al tipo di filosofia dominante nella fase politica, sociale ed economica del momento⁶¹. Su questa ispirazione, parte della dottrina rifiuta le «visione sociologicizzante del fenomeno giuridico»⁶².

Tuttavia, la critica al concetto di causa quale funzione economico-social non si riferisce soltanto all'esigenza di soddisfazione di interessi sociali nel negozio giuridico, ma specialmente alla confusione fra il concetto di causa e di tipo. Quando si afferma che la causa sia la funzione economico-social, si fa confusione fra l'oggetto e il criterio nella qualificazione, fra il fatto e il

⁵⁷ S. Pugliatti, «Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici», art. cit., p. 90.

⁵⁸ S. Pugliatti, «Precisioni in tema di causa del negozio giuridico», art. cit., p. 117.

⁵⁹ G. Alpa, *Corso di diritto contrattuale*, Padova, Cedam, 2006, p. 48.

⁶⁰ V. Roppo, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 364.

⁶¹ E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 209.

⁶² G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 101.

valore, fra quello che è valutato e quello che valuta⁶³. Quando alla causa elemento del negozio giuridico, si attribuisce la natura di funzione economico-sociale – cioè, la funzione si esprime in termini di socialità di ordinamento – si finirebbe per confondere insieme elementi del negozio: criteri di valutazione dell'ordinamento stesso⁶⁴.

Questa confusione fra la funzione del negozio concreto valutato e i criteri di valutazione dell'ordinamento condurrebbe alla non considerazione, nel giudizio di meritevolezza, di elementi importanti al negozio concreto ma non riputati essenziali nel modello astratto. Nel caso concreto, nel suo insieme di elementi essenziali e non essenziali, il negozio forma un blocco unitario e come tale, unitariamente, dovrà essere valutato dall'ordinamento giuridico: soltanto in questa maniera – afferma l'autore – si può cogliere il senso e la portata dell'operazione economica che il negozio giuridico esprime⁶⁵. L'interesse individuale, perseguito dalle parti attraverso il negozio concreto, si modifica non soltanto con una modificazione sostanziale della struttura, ma anche con l'inserimento, nella struttura, di determinazioni accessorie e persino di motivi psicologici connessi alle parti e considerati come determinanti della volontà negoziale. Così, prosegue la dottrina, un interesse che, senza quelle determinazioni accessorie, o in mancanza dell'inserimento di quei motivi psicologici, sarebbe meritevole, può non esserlo più quando tale inserimento si attui⁶⁶.

L'argomento conduce alla concettualizzazione della causa quale funzione economico-individuale, con l'obiettivo di chiarirne il ruolo, un ruolo unificatore dei vari elementi del negozio⁶⁷. La funzione economico-individuale, senza confondersi con lo scopo meramente soggettivo, mette in luce che essendo il negozio l'espressione di una regola privata, la sua causa è l'elemento che collega l'operazione economica oggettiva ai soggetti che ne sono autori ed è « l'indice di come il regolamento negoziale di interessi sia l'espressione oggettiva di talune finalità soggettive »⁶⁸.

⁶³ G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 155.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 364. In una spiegazione enfatica: « [...] nell'accettazione di funzione economico-sociale del negozio, la causa finisce per vedersi attribuita la dimensione, quasi ermafrodita, in cui restano confusi ed indistinti da un lato, il punto di vista dell'autore o degli autori del negozio e, dall'altro, lo scopo soggettivo da essi perseguito, così come risulta oggettivato nella regola negoziale (e che pur sempre, in una certa misura, continua a caratterizzarlo), dall'altro, il punto di vista dell'ordinamento statale, cui storicamente è stato attribuito il compito di controllare che i valori espressi e le finalità perseguite dal singolo negozio, siano (e in che misura) compatibili con i valori fondanti l'ordinamento giuridico dello Stato » (G. B. Ferri, « Il problema della causa del negozio giuridico », cit. cit., p. 680).

⁶⁵ G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 255 e 256.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 258.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 371.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 372.

Così si produce, anche nei contratti c.d. tipici, un distacco tra le prerogative del privato e le prerogative che l'ordinamento ha posto alla base di quello schema: il contenuto dell'operazione negoziale, se pure tipizzato dal legislatore, rimane condizionato dalla presenza d'istanze esclusivamente individuali, materializzabili, ad. es. negli elementi accessori⁶⁹. La rilevanza del motivo, d'altro lato, dipenderà dal ruolo che concretamente abbia assunto nel singolo negozio, dell'incidenza determinante che esso assume nell'operazione negoziale considerata nel suo complesso: « È quindi l'essenzialità, e non l'illiceità, che rende il motivo rilevante »⁷⁰.

Pertanto, questa concezione solverebbe il problema degli elementi non reputati essenziali o rilevante dall'ordinamento. In riguardo alla causa così intesa, gli elementi c.d. accidentali incidono, in modo più o meno rilevante, nella funzione economico-individuale e valgono a delimitare l'interesse concretamente perseguito: la condizione sarà essenziale se considerata, nella volontà delle parti, necessaria per la realizzazione della funzione economico-individuale assegnata al negozio, anche se tale non sia rispetto alla funzione economico-sociale del tipo corrispondente⁷¹.

Contro l'argomento della distinzione fra causa astratta e causa concreta, Giovanni Battista Ferri afferma che dire che la causa astratta è lecita, mentre quella concreta non lo è, ha tutta l'aria di essere poco più che un inutile gioco di parole. Per lui, in astratto e, dunque, nelle figure contrattuali tipiche (legali o sociali che siano), non esiste causa, soltanto un modello di organizzazione d'interessi, non già un'ipotesi di concreta regolamentazione di essi, suscettibile d'essere qualificata, prima e valutata, poi⁷².

Si fa la riserva, tuttavia, che la sostituzione dell'aggettivo sociale con quello individuale non deve intendersi come un enfatico ritorno a concezioni di esasperato (e immotivato) individualismo, ma soltanto rilevare come, nel sistema disegnato dalla Costituzione, l'atto di autonomia privata torna a essere espressione di privati interessi che, come tali, dovranno essere valutati dall'ordinamento giuridico. Secondo l'autore, in immagine significativa, l'individuo toltasi la divisa da funzionario del sistema corporativo, torna a essere considerato, anche sotto il profilo economico, persona, certamente non egoista o asociale ma autonomo protagonista, nella società, della propria esistenza⁷³.

⁶⁹ L. Burchiesi, « Meritevolezza degli interessi e causa in concreto nel contratto di cassetto di sicurezza », *Rassegna di diritto civile*, ano XIV, n° 2, 1989, p. 971.

⁷⁰ G. B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., p. 382.

⁷¹ *Ibid.*, p. 378.

⁷² G. B. Ferri, « La causa nella teoria del contratto », in L. Vacca (cur.), op. cit., p. 420.

⁷³ *Ibid.*, p. 419.

Il contro-argomento, però, non è stato sufficiente per ribattere tali critici, non tanto per la teoria originaria, ma per le sue conseguenze. Si critica la possibilità offerta dalle complesse sfumature della teoria originaria alla funzione economico-individuale di dare luogo a filoni di pensiero che finirebbero per un superamento del proprio ruolo della causa. Con l'orientamento che conduce il giudizio di meritevolezza, anziché all'ordinamento giuridico, alle regole del mercato, agli interessi d'impresa, alla celerità dei traffici, oppure, più velatamente, l'orientamento che sostituisce l'invalidità per difetto di causa per l'inefficacia⁷⁴.

C. - *La causa quale ragione in concreto del singolo contratto*

Dopo gli anni 1990, ci sono state alcune decisioni della Cassazione che hanno provocato l'affermazione che si verificherebbe un atteggiamento giurisprudenziale di cambiamento dalla valutazione della causa verso una valutazione in concreto della funzione del contratto. I primi riferimenti sono fatti a decisioni a riguardo del contratto di *leaseback* (vendita con *leasing* di ritorno) al quale la cosa a essere finanziata è già di proprietà del locatario: dinanzi al divieto di patto commissorio: la Corte ha inteso che « la società negoziale socialmente tipico del lease back presenta autonomia strutturale: funzionale, quale contratto d'impresa, e caratteri peculiari, di natura soggettiva ed oggettiva, che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura, e nel suo fisiologico operare, una fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi degli articoli 1344 e 2744 del Codice civile »⁷⁵. Dopo qualche altre decisioni⁷⁶, la Corte ha affermato espressamente che « causa del contratto è 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 »⁷⁷.

Per certi autori, la decisione della Corte è stata compresa come un cambiamento di rotta in tema di causa per accogliere la c.d. teoria della funzione economico-individuale⁷⁸, o dello scopo pratico, secondo la quale per

⁷⁴ E. Navarra, *op. cit.*, pp. 220-230.

⁷⁵ Cass. Civ. Sez. I, n° 10805 de 16 ott. 1995 (<http://dejure.giuffrè.it>, accesso il 10 dic. 2008).

⁷⁶ Cass. Civ. Sez. II, n° 7266, 26 mar. 1997 (<http://dejure.giuffrè.it>, accesso il 10 dic. 2008).

Cass. Civ. Sez. I, n° 5324, 4 apr. 2003 (<http://dejure.giuffrè.it>, accesso il 10 dic. 2008).

⁷⁷ Cass. Civ. sezione III, 8 magg. 2006, n° 10490 (<http://dejure.giuffrè.it>, accesso il 10 dic. 2008).

⁷⁸ In questo senso, F. Rimoldi, « La causa quale ragione in concreto del singolo contratto », *I contratti*, n° 7, 2007, p. 634; B. Izzi, « Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di causa del

individuare la causa del contratto bisogna tener conto degli scopi pratici per i quali il contratto è stato posto in essere⁷⁹. Ma si fa riserva che la sentenza non può essere vista come un ritorno alla concezione soggettiva, perché resta funzione, nonostante i suoi parametri di funzionalità sono riferiti a ciascun singolo contratto, di là della sua appartenenza ai tipi legali o sociali⁸⁰. Su questa riserva, d'altro lato, c'è chi difende che la teoria della causa in concreto non è sinonimo della c.d. funzione economico-individuale, perché non intende dar risalto al dato psicologico delle parti (segnando così un ritorno alle teorie soggettive). Più radicale, si afferma che per ragione concreta che giustifica il contratto non s'intende l'interesse personale di ciascuna delle parti, nell'ottica della soddisfazione del bisogno dell'individuo, mutevole da contratto a soggetto e da caso a caso, ma l'interesse sociale che il singolo contratto intende perseguire, un interesse quindi ancora economico-sociale, perseguito però non da un tipo contrattuale preconfezionato, ma valutato « nel particolare contesto di circostanze e finalità e interessi in cui quelle parti lo hanno programmato »⁸¹. Altri, ancora, hanno affermato che la pronuncia è innovativa nell'affermazione di principio, ma non, altrettanto, nella soluzione operativa offerta, perché questa sarebbe la stessa se la Corte avesse accolto la tradizionale concezione di causa quale funzione economico-sociale del contratto: la società aveva stipulato contratti per ottenere prestazioni che aveva già diritto di ricevere da lui in base al rapporto di amministrazione, caso che sarebbe identico a quello, scolastico di mancanza di causa, di chi compra un bene di cui è già proprietario⁸². Tutti precedenti dimostrano come la fedeltà della giurisprudenza alla concezione tradizionale di causa fosse ormai da tempo più formale che sostanziale⁸³.

In sintesi, la valorizzazione del concetto di causa in concreto attribuisce rilevanza, in chiave funzionale, al concreto assetto d'interessi diviso dai contraenti⁸⁴. Ci sarebbe una prospettiva metodologica sensibile alle esigenze di concretezza mai disgiunte dall'attenzione all'integrazione intrasistematica⁸⁵. Spiega Vincenzo Roppo: « La concezione concreta della causa non significa (e non deve implicare) un ritorno alla concezione soggettiva

contratto », *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni* 2007, fasc. 4-6, p. 479; R. Koffi, « Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta », *Contratto e impresa*, 2007, fasc. 2, pp. 450.

⁷⁹ F. Rimoldi, *art. cit.*, p. 634.

⁸⁰ B. Izzi, *art. cit.*, p. 493 e 494.

⁸¹ V. Roppo, *op. cit.*, p. 364.

⁸² F. Besozzi, « La causa in concreto: un vero *revirement*? », *I contratti*, n° 11, 2007, p. 1009.

⁸³ *Ibid.*, p. 1011.

⁸⁴ A. Catudella, *I contratti*, 2° ed., Torino, Giappichelli, 2000, p. 188.

⁸⁵ U. La Porta, « "Causa evendit" e "prestazione di garanzia", in una recente ricostruzione del contratto autonomo », *Rassegna di diritto civile*, ano XIV, 1993, pp. 326-327.

della causa [...] "Concreto" non si identifica con "soggettivo", la concretezza può (e qui deve) declinarsi in termini di oggettività⁸⁶, il criterio, secondo l'autore, non è se l'interesse della parte sia noto a controparte, e neppure se la parte che ne è portatrice l'abbia appositamente esternato all'altra - questo dato soggettivo, pur rilevante, non è decisivo - ma deve esservi qualcosa che dia dimensione oggettiva all'interesse invocato dalla parte e al rischio che esso ha per la posizione contrattuale della parte medesima: « se A dà fideiussione a B per il debito di X, e spiega che lo fa perché è in grande amicizia col debitore, questo resta un motivo irrilevante ancorché comunicato a controparte; la successiva rottura dell'amicizia con X certo frustra l'interesse contrattuale di X, ma frustra un motivo e non la causa del contratto »⁸⁷.

III. LE INFLUENZE SULL'ORDINAMENTO BRASILIANO

A. - L'anticausalismo nel codice civile brasiliano di 1916

In Brasile, la possibilità di includere la causa fra i requisiti di validità del negozio giuridico fu dibattuta in occasione del progetto del codice civile di 1916. Tuttavia, hanno prevalso le posizioni anticausaliste. L'influenza del codice civile francese, benché sia stata marcante, non ha preponderato in questo punto. La fragilità della concezione soggettiva della causa, all'epoca prevalente, ha fatto il legislatore rigettare la causa e, a questo punto, seguirlo il codice civile tedesco.

Speciale importanza ha avuto l'affermazione che la causa come requisito di validità delle convenzioni sarebbe frutto di un'interpretazione sbagliata dei principi del diritto romano e che la causa sarebbe una costruzione logicamente falsa, quando non inintelligibile, cioè, « creazione artificiosa e inutile »⁸⁸. Si vede anche riferimento alla difesa della semplicità della formula razionale che compone il contratto tra due o più persone capaci di contrattare, consenso rispettivo e oggetto, invece dell'aggiunzione di un quarto elemento - la causa - che sarebbe il « quarto lato del triangolo »⁸⁹.

Su queste influenze l'elaborazione del progetto del primo codice brasiliano (1916), ha rigettato la causa, con base nella nozione di causa s

⁸⁶ V. Roppo, *op. cit.*, p. 364.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 378.

⁸⁸ *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 1037-1039, *apud* P. B. de Campos Filho, *O problema da causa no Código Civil brasileiro*, São Paulo, Max Limonad, 1978, p. 13 ss., p. 71.

⁸⁹ *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. 2, 4° ed., p. 548 ss. *apud* P. B. de Campos Filho, *op. cit.*, p. 17 ss., p. 71.

origina di una sbagliata traduzione e affermando che « la nozione di causa è perfettamente inutile per la teoria degli atti giuridici »⁹⁰. Durante il procedimento legislativo del progetto nel parlamento, due emende furono proposte per includere la causa tra i requisiti di validità del negozio, che prevedevano l'inclusione di un articolo alla sezione dei difetti del negozio giuridico e di un comma nell'articolo che indicava i requisiti di validità, ma le due furono rigettate e il codice di 1916 è stato promulgato senza riferimento espresso alla causa⁹¹.

I difensori della causa hanno criticato l'omissione del legislatore, però, dinanzi all'espressivo silenzio della legge, in sua maggioranza si sono rassegnati⁹². Nonostante l'inclusione della causa fra i requisiti per validità del contratto sarebbe, per loro, un'idea lodabile, giacché il codice non l'aveva implementato, non potrebbe essere invocata dall'ordinamento brasiliano, eccetto che a titolo di *lege ferenda*. Per alcuni, si noterebbe nel diritto nazionale l'allargamento del concetto di oggetto, a proposito di riuscire a normalizzare l'ipotesi di che la dichiarazione di nullità del negozio succedrebbe normalmente attraverso il difetto della causa⁹³. Altri autori, a dispetto dell'assenza di fondamento legale, hanno continuato a difendere la rilevanza della causa⁹⁴. Parte della dottrina, ad esempio, ha affermato che l'estirpazione della causa del codice era inoperante, giacché tutto il suo sistema era fondato sulla causa: « Qualcosa come il grido del professore di ostetricia che si dirige alle pazienti: 'Tutti i neonati nascono senza gambe'. Ma non nascono ai milioni »⁹⁵.

Ci sono stati, quindi, giuristi brasiliani che, nonostante il silenzio della legge, la resistenza della maggioranza della dottrina e della giurisprudenza e l'insospetibilità del tema, si sono avventurati verso il campo della causa⁹⁶. Ad

⁹⁰ C. Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Bevilacqua*, vol. 1, Rio de Janeiro, Ed. Rio, pp. 338-340.

⁹¹ P. B. de Campos Filho, *op. cit.*, p. 27.

⁹² Ad esempio, il C. Santos, l'Espinola, il G. U. Canto, fra altri, secondo afferma P. B. de Campos Filho, *op. cit.*, p. 40 ss.

⁹³ P. B. de Campos Filho, *op. cit.*, p. 156-157.

⁹⁴ Ad esempio, T. Castro, L. M. Leme, entre outros, cf. P. B. de Campos Filho, *op. cit.*, p. 44 ss.

⁹⁵ F. C. P. de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 3, 2° ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 100.

⁹⁶ Ad esempio: A. J. de Azevedo, *Negócio jurídico e declaração negocial*, São Paulo, 1986, pp. 121-129; *Id.*, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, 3° ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 172; M. C. B. de Moraes, « O procedimento de qualificação dos contratos e a dupla configuração do nudo no direito civil brasileiro », *Revista Forense*, n° 309, Rio de Janeiro, Forense, Jan./Mar. 1990, pp. 33-61, e più recentemente « A causa dos contratos », *Revista Trimestral de Direito Civil*, n° 21, Rio de Janeiro, Padua, Jan./Mar. 2005, p. 95-119; J. Martins-Costa, « A teoria da causa em perspectiva comparativista: a causa no sistema francês e no sistema civil brasileiro », *Ajuris*, vol. 16, n° 45, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Mar. 1989, p. 227; F. S. de Andrade,

esempio, ha affermato la dottrina che, essendo la causa la funzione che l'ordinamento riconosce a determinato contratto, che lo pone nel reale giuridico e individua sua efficacia, « non si può negare che a tutto e qualsiasi istituto giuridico occorre avere una sua funzione propria perché si possa giustificare la sua esistenza nell'ordinamento giuridico, sia in modo tipico sia in modo atipico, cioè, implicitamente consentito dal sistema »⁹⁷.

B. – La funzione sociale del contratto nel codice civile brasiliano di 2002

Il codice civile di 2002, nel suo articolo 104, ha preso lo stesso corso dell'antecedente e mantenuto la causa fuori dai requisiti di validità del negozio giuridico. Tuttavia, l'articolo 421 del codice civile brasiliano di 2002, nella sua redazione originale, prevedeva che: « La libertà di contrattare sarà esercitata in ragione e nei limiti della funzione sociale del contratto ». L'individuazione degli effetti dell'articolo 421 è oggetto di dibattito, come nella dottrina e nella giurisprudenza, controversie che sono ispirate per lo sforzo di fornire densità al contenuto giuridico della funzione sociale del contratto, a proposito di non permettere che essa diventi mera affermazione di carattere ideologico - politico⁹⁸.

Ci sono tendenze interpretative che svuotano il dispositivo di qualsiasi significato rilevante – ad esempio, le affermazioni che l'articolo 421 serve soltanto per enfatizzare che il contratto, in modo generale, è un istituto giuridicamente importante perché promuove la « circolazione di ricchezze del mercato » –, oppure serve come fondamento per interventi che sono già previsti per altri istituti specifici, come la riduzione della clausola penale⁹⁹ e il divieto di clausole vessatorie¹⁰⁰ oppure teorie tradizionalmente collegate ad altri principi contrattuali, come l'adempimento sostanziale¹⁰¹. Per questo si fa la critica che l'attribuzione alla funzione sociale del contratto di questo tipo

⁹⁷ « Causa e considerantia », *Auris*, vol. 18, n° 53, Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Nov. 1991, p. 276-284; L. R. F. da Silva, *A noção de atipicidade nas relações contratuais e parcontratuais (uma análise à luz da teoria da causa)*, Tese de doutorado, São Paulo, USP, 2001; L. C. Penicado, *Doação com encargo e causa contratual*, Campinas, Millennium, 2004; L. C. Penicado, *Causa e Causa*, qualificação contratual, modelo jurídico e regime normativo sobre uma relação de homologação a partir de julgados brasileiros », *Revista de direito privado*, n° 23, São Paulo, Revista dos Tribunais, Out.-Dez. 2004, p. 235-265.

⁹⁸ M. C. B. de Moraes, « O procedimento de qualificação... », art. cit., p. 35.

⁹⁹ C. L. B. de Godoy, *Função social do contrato*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 1.

¹⁰⁰ TJRJ, 9ª C.C., Ap. Cível 2008.001.22789, Rel. Sérgio Jerônimo A. Silveira, julg. 5 ago. 2003.

¹⁰¹ TJPR, 15ª C.C., Ap. Cível 9481801-3, Rel. Des. Luiz Carlos Gabardo, julg. 16 lug. 2008.

¹⁰² TJDF, 2ª T.R.C., proc. 20070111238578, Rel. Alfeu Machado, julg. 15 lug. 2008, publ. 28 out. 2008.

¹⁰³ TJRJ, 18ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.29893, Rel. Celina Melgion Pessoa, julg. 1ª lug. 2008.

di effetti, giacché non sono esclusivi della funzione sociale, contribuisce alla confusione fra questa figura e altri principi e istituti; invece di contribuire all'individuazione dell'efficacia giuridica della funzione sociale del contratto, produce la sua invocazione generalizzata e senza contenuto, banalizzazione che priva le sue potenzialità¹⁰².

Altri concepiscono la funzione sociale del contratto come portatrice di efficacia c.d. esterna (*ultra partes*)¹⁰³ e come novo principio di diritto contrattuale, cui applicazione si contrappone al principio della relatività degli effetti del contratto. L'articolo 421 del codice civile brasiliano servirebbe, dunque, per garantire al terzo (vittima) azione diretta contro il contraente inadempiente ed anche – in punto più controverso – per responsabilizzare il terzo (offensore) che è intervenuto illecitamente, quindi il terzo sarà responsabile dinanzi il contraente vittima dell'atto illecito¹⁰⁴. Questa ultima concezione, tuttavia, è oggetto di critica dalla dottrina che afferma che, nei casi eccezionali nei quali si può imporre la responsabilità al terzo per la lesione al credito, il suo fondamento sarebbe la buona fede¹⁰⁵. In riguardo alla tutela dell'interesse del terzo vittima dell'inadempimento del contratto, la giurisprudenza del Superiore Tribunale di Giustizia ha affermato che questo è il fondamento: del dispositivo del codice civile che permette il frazionamento dell'ipoteca e che, quindi, avrebbe immediata applicabilità¹⁰⁶ dell'istituzione finanziaria non potere eseguire l'ipoteca dell'unità immobiliare che garantisce il finanziamento dato alla costruzione dell'immobile perché l'acquirente aveva già quietato l'obbligazione dinanzi

¹⁰² F. Renteria, « Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato », in M. C. B. de Moraes, *Princípios do direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 287-288. Per questo, diversi giuristi preferiscono riservare questi effetti ai principi della buona fede e dell'equilibrio economico, attribuendo alla funzione sociale soltanto la c.d. efficacia interna: H. Theodoro Júnior, *O contrato e sua função social*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 31; L. R. F. da Silva, « A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social », in L. W. Sarlet, *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2003, pp. 127-150; J. C. F. da Silva, « Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil », in Sarlet, W. Sarlet (Coord.), *O novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2003, p. 99-126.

¹⁰³ C. L. B. de Godoy, *op. cit.*; P. Nalin, « A função social do contrato no futuro Código Civil brasileiro », *Revista de Direito Privado*, n° 12, São Paulo, Revista dos Tribunais, out./Dez. 2002, p. 56.

¹⁰⁴ T. Negreiros, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 229 ss.

¹⁰⁵ G. Tepedino, « Notas sobre a função social dos contratos », in G. Tepedino, L. E. Fachin (Coord.), *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 298.

¹⁰⁶ STJ, 3ª T., REsp 691738, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 12 mag. 2005, publ. DJ 26 set. 2005. In commento alla decisione, v. E. Cortiano Junior, « A função social dos contratos e dos direitos reais e o art. 2035 do Código Civil brasileiro: Um acórdão do Superior Tribunal de Justiça », in G. Tepedino, L. E. Fachin (Coord.), *op. cit.*, pp. 359-368.

al costruttore che l'ha venduto¹⁰⁷; e della possibilità di « la vittima » incidente di veicoli, proporre l'azione d'indennizzo direttamente, e dinanzi l'assicuratore, irrilevante che il contratto riguardi, solo l'assicurato, che ha provocato l'incidente, e che si nega a l'azione l'assicurazione »¹⁰⁸.

Infine, il terzo tipo di effetti attribuiti alla funzione sociale del contratto rispetta la tutela di interessi della collettività. Trattasi della proibizione di contratti che ripercuotono negativamente sulla collettività e della conservazione o di trattamento speciale di contratti che ripercuotono positivamente sulla collettività. Questo secondo tipo di effetti produce due enfasi al carattere « sociale » della funzione che guida la normativizzazione del contratto. Il riferimento generico a interessi sociali o collettivi non prescrive – come già affermato – imporre ai contrattanti una direzione assistenziale nell'esecuzione del contratto guidata dal puro arbitrio del giudice. Non è l'interesse del gruppo che deve essere soddisfatto, ma quelli interessi posti dal diritto come meritevole di tutela. L'articolo 170 della Costituzione brasiliana, complementare ai principi fondamentali dell'ordinamento, fa una lista di questi interessi che condizionano l'attività economica, come la valorizzazione del lavoro umano, la libera iniziativa, la dignità umana, la giustizia sociale, la sovranità nazionale, la libera concorrenza, la difesa del consumatore, la protezione dell'ambiente, la protezione delle micro imprese, etc. Alla giurisprudenza è possibile individuare decisioni che invocano la funzione sociale del contratto per attribuire trattamento giuridico speciale ai c.d. « contratos de gaveta » nell'ambito del Sistema Finanziario Abilitatorio (SPF, in portoghese), a proposito di garantire l'accesso popolare alla casa¹⁰⁹ per ampliare l'interpretazione della portata del contratto del sicuro salute con

¹⁰⁷ STJ, 2ª Seção, REsp 187940, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. 22 set. 2004, publ. DJ 29 nov. 2004.

¹⁰⁸ STJ, 3ª T., REsp. 228840, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p. acórdão Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 26 jun. 2000, publ. DJ 4 set. 2000, p. 150. V. altresì STJ, 4ª T., REsp 40071, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 3 set. 2002, publ. DJ 24 mar. 2003, p. 228; STJ, 4ª T., REsp. 294057, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 28 jun. 2001, publ. DJ 12.11.2001 p. 151; LEXSTJ 149/196; e STJ, 4ª T., REsp. 97590, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 15 set. 1998, publ. DJ 18.11.1998 p. 44901 e RSTJ 93/320, e specialmente STJ, 3ª T., REsp 444716, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 11 mag 2004, publ. DJ 31 mag 2004.

¹⁰⁹ STJ, 3ª T., REsp 811670, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 16 nov. 2006, publ. DJ 24.6.2006; TJRS, 9ª C.C., Ap. Cível nº 70022284731, rel. Odono Sanguinê, julg. 15 apr. 2008; TJSP, 7ª C.D.P., Ag. Instr. 5245314900, Rel. Grava Brazil, julg. 25 set. 2007, publ. 17 ott. 2007. Nel caso particolare di attribuzione della legittimità al cessionario del finanziamento, STJ, 1ª T., REsp 627124, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 06 mar. 2007, publ. DJ 28 mag. 2007.

oggettivo di garantire il diritto alla salute¹¹⁰, per ordinare il frazionamento del debito dell'utente del servizio di fornitura di elettricità evitando, così, la sua interruzione per garantire la dignità umana¹¹¹, oppure, ancora, per condannare il garante a mantenersi garante della locazione in caso di proroga automatica del contratto, sull'affermazione che il suo ritiro, genericamente, « offende interessi sociali previsti dalla Costituzione »¹¹². Occorre notare che in questo tipo di effetti già si afferma la rilevanza della funzione specifica di quello contratto in esame per determinare la sua compatibilità con la funzione sociale che attribuisce a esso giuridicità¹¹³. Gli effetti attribuiti, sia in caso di privazione di efficacia per incompatibilità con interessi meta-individuali, sia riguardo al trattamento speciale per attendere a quegli interessi, sono determinati soltanto in virtù della comparazione della finalità di quello contratto individuato riguardo agli interessi collettivi.

In dottrina si è indicato il trattamento speciale dato dalla legge all'assunzione del debito ipotecario, con consentimento presunto in ragione della rilevanza sociale di questo tipo di debito¹¹⁴ e il diritto di preferenza nei contratti agrari¹¹⁵. Alla giurisprudenza, ad esempio, nell'analisi di meritevolezza della clausola penale di un contratto di locazione di servizi, il fondamento è diverso per trattarsi di servizi educativi e, in ragione di questa specificità, la « limitazione della clausola penale moratoria che incide sulle rette scolare determinata all'origine si fonda sulla funzione sociale del contratto »¹¹⁶. Anche, il recesso unilaterale di un contratto di assicurazione è considerata specialmente ingiustificata per trattarsi l'assicurato di persona anziana¹¹⁷.

¹¹⁰ TJRS, 5ª C.C., Ap. Cível nº 70026788521, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15 ott. 2008; TJRS, 5ª C.C., Ag. Instr. nº 70026516435, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto, julg. 15 ott. 2008; TJRJ, 15ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.42010, Rel. Helda Lima Meireles, julg. 1 lu. 2008; TJSP, 4ª T.C., Recurso Inominado 11449, Rel. Maria do Carmo Honorio, julg. 8 lug. 2008, publ. 23 ott. 2008; TJDF, 1ª T.C., Ag. Instr. 20080020101970, Rel. Natanael Caetano, julg. 24 set. 2008, publ. 29 set. 2008.

¹¹¹ TJRJ, 2ª C.C., Ap. Cível. 2008.001.47220, Rel. Carlos Eduardo Passos, julg. 10 set. 2008.

¹¹² STJ, 3ª S., EDcl nos REsp 791077, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julg. 25 apr. 2008, publ. DJ 21 ago. 2008.

¹¹³ Sul'importanza di considerare le distinzioni fra i contratti all'applicazione della funzione sociale, v. G. C. N. da Gama, « Direito contratual contemporâneo : a função social do contrato », in G. Tepedino, L. E. Fachin (dir.), op. cit., pp. 369-393.

¹¹⁴ S. C. Avaleri Filho, « O novo Código Civil e o Código do Consumidor : convergências ou antinômias », *Revista da EMERJ*, vol. 5, nº 20, Rio de Janeiro, EMERJ, 2002, p. 110.

¹¹⁵ G. M. F. N. Hironaka, « A função social do contrato », *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, nº 45, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, jul./set. 1988, p. 138.

¹¹⁶ STJ, 3ª T., REsp 476649, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20 Nov. 2003, publ. DJ 25 Fev. 2004.

¹¹⁷ TAPR, AC nº 263.725-6, Rel. Des. Wilde de Lima Pugliese, publ. 10 set. 2004.

C. – La Legge di libertà economica di 2019

Il timore quanto alle potenzialità del dispositivo, però, sussisteva anche riguardo l'espressione « in ragione di »: la libertà di contrattare dovrebbe essere esercitata *in ragione* della sua funzione sociale. L'espressione « in ragione di » era compresa come un *limite interno*¹¹⁸, cioè, un segno decisivo alla configurazione e identificazione del proprio istituto e, quindi, che la soddisfazione è necessaria per ottenere la tutela dall'ordinamento. In questo senso, si afferma che la libertà contrattuale non è assoluta fino al confine della funzione sociale, ma tutelata soltanto in quanto e perché in concorrenza con questa funzione sociale¹¹⁹. Quindi, l'apertura della clausola generale dell'articolo 421 non significava una formula vuota che pennette quasi un giudizio al puro arbitrio del giudice: saranno sempre le norme costituzionali che condurranno il giudizio di meritevolezza del contratto¹²⁰.

Tuttavia, alcuni autori affermavano che la funzione sociale sarebbe potrebbe servire come *limite*, ma non si potrebbe domandare che quella fosse la ragione della tutela del contratto. L'ispirazione del movimento può essere attribuita alla concezione classica che rappresenta dall'attività del legislatore e del giudiziario soltanto la possibilità di imporre certi limiti, esterni, negativi e sempre eccezionali, all'esercizio della libertà di contrattare¹²¹. Si afferma che « soltanto la difformità, l'assurdo e il teratologico esercizio del diritto di contrattare »¹²² sarebbero oggetto di intervento giudiziale.

In questo senso, il 30 aprile 2019, la misura provvisoria 881 fu subitamente cambiato diversi istituti di base del diritto civile brasiliano, come il mancato rispetto della personalità giuridica, il regime dei contratti di

¹¹⁸ P. L. N. Lôbo, « Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil », *Revista de direito do consumidor*, n° 42, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais Abr./Jun. 2002, p. 191.

¹¹⁹ J. Martins-Costa, « Notas sobre o princípio da função social do contrato », *Revista brasileira de direito*, n° 37, São Paulo, Ed. Jurídica Brasileira, Ago./Set. 2004, p. 19.

¹²⁰ G. Tepedino, « Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 », in G. Tepedino (dir.), *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva dos constitucionais*, 2° ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. XXXII.

¹²¹ La posizione del A. Alvim, che afferma: « Soltanto attraverso le eccezioni costituzionali si può dire che si dovrà alterare o disfare il contratto, alla stessa forma che il diritto di proprietà esiste solo per il titolare, che non può *de iure et simpliciter*, essere privato dalla sua titolarità » (A. Alvim, « A função social dos contratos no novo código civil », *Revista Forense*, n° 371, Rio de Janeiro, Forense, Jan./Fev. 2004, p. 53).

¹²² A. M. T. de Mello, « A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil Brasileiro », *Revista Forense*, n° 364, Rio de Janeiro, Forense, Nov./Dez. 2002, p. 9. Ma la giurisprudenza si può notare anche questo movimento: « Nonostante la relativizzazione del principio *pacta sunt servanda* per attendere alla funzione sociale del contratto e ai principi di proibit e di licet fidei, l'ingerenza del giudiziario sarà autorizzata soltanto in ipotesi eccezionali » (TJDFT, 1° T. C. Ap. Civil 20020111044353, Rel. Flávio Ruffino, Julg. 11 giu. 2008, publ. 14 lug. 2008).

adesione, gli oneri eccessivi, la regolamentazione dei fondi pensione, investimenti e, in speciale, la funzione sociale dei contratti. In opposizione al movimento finora rintracciato dalla legislazione civile brasiliana per funzionalizzare le libertà individuali agli interessi etici e sociali, la misura provvisoria ha una chiara tendenza liberalizzante, che può già essere percepita dal suo titolo – « dichiarazione dei diritti di libertà economica ».

L'edizione della misura provvisoria ha sorpreso la stragrande maggioranza della comunità accademica e degli operatori del diritto civile. Numerose dichiarazioni critiche sono state pubblicate dopo la sua edizione, evidenziando « l'inconveniente della frettolosa modifica degli istituti di diritto privato »¹²³, ritenendo che sono « emendamenti puntuali e, per la maggior parte, scarsamente formulati »¹²⁴, affermando che « presenta seri problemi tecnici nel trattare con le categorie civili »¹²⁵, chiamandolo, in breve, « atonico, confuso e ozioso »¹²⁶ e, più radicalmente, incostituzionale dal punto di vista formale e materiale¹²⁷. Numerosi suggerimenti furono fatti al Congresso per modificare il testo, dando inizio a un breve ma intenso dibattito sul progetto di legge sulla conversione 17/2019, che fu approvato – con varie modifiche – dalla Camera il 14 agosto, dal Senato il 22 Agosto e sanzionato dal presidente il 20 settembre 2019, diventando la Legge 13.874/2019.

Dopo questa legge, l'articolo 421 del Codice Civile brasiliano ha ricevuto questa redazione: « La libertà contrattuale sarà esercitata nei limiti della funzione sociale del contratto. Paragrafo unico. Nelle relazioni contrattuali private prevarrà il principio dell'intervento minimo e l'eccezionalità della la revisione contrattuale ».

¹²³ R. X. Leonardo, « Como tomar decisões empresariais com a MP da "liberdade econômica" » (www.conjur.com.br/2019-Jun-10/direito-civil-atual-tomar-decisoes-empresariais-mp-liberdade-economica, accesso il 27 ago. 2019).

¹²⁴ A. Schreiber, « Alterações da MP 881 ao Código Civil – Parte I » (<http://cataforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil--parte-i/18344>, accesso il 27 ago. 2019).

¹²⁵ E. Tarucco, « A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte » (<https://m.migalhas.com.br/depeso/301612/a-mp-881-19-liberdade-economica-e-as-alteracoes-do-codigo-civil>, accesso il 27 ago. 2019).

¹²⁶ G. Tepedino, « A MP da liberdade econômica e o direito civil » (<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/421>, accesso il 27 ago. 2019).

¹²⁷ P. Lôbo, « Inconstitucionalidades da MP da "liberdade econômica" e o Direito Civil » (www.conjur.com.br/2019-Jun-06/paulo-lobo-inconstitucionalidades-mp881-direito-civil, accesso il 27 ago. 2019).

APPUNTI CONCLUSIVE

Davanti a questo scenario, non si può non riconoscere l'influenza dei dibattiti sulla causa del contratto alla funzione sociale del contratto in Brasile. Causa del contratto e funzione sociale del contratto hanno avuto interpretazione applicativa in riguardo a protezione dell'equilibrio tra le parti, qualificazione del contratto nel senso dell'attribuzione di effetti compensativi, oppure l'inefficacia quando questi effetti sono irraggiungibili, garanzia di diritti meta-individuali, compatibilità con regole e principi del sistema e, anche, con valori generali, se giuridicamente positivati, ecc. Ci sono effetti diversi che si trovano basicamente in un ordinamento, come sarebbe l'esempio degli effetti riguardo l'opponibilità dinanzi terzi in Brasile: in questo non offusca la chiara similitudine funzionale¹²⁸.

Dietro ai due termini è possibile identificare la stessa controversia tra tendenze più o meno controllatrici della libertà contrattuale, a cercare il delicato equilibrio fra due pericolosi estremi: da un lato, l'assenza di controllo giuridico sul fondamento di una falsa libertà assoluta, individualista, patrimonialista e volontarista, caratteristica del liberalismo del XIX secolo; dall'altro lato un controllo assoluto, a domandare dei particolari la costante soddisfazione di esigenze indefinite che sarebbero sociali ma sono in fatto statale, modello caratteristico dei regimi totalitari del XX secolo.

Potrebbe la subita riforma del diritto civile brasiliano, su orientamento liberali, che ha cercato restringere le possibilità interpretative della funzione sociale del contratto, in fatti, abolire la possibilità di utilizzarla quale meccanismo di controllo della libertà contrattuale, simile alla causa? Oppure i controlli di meritevolezza resisterebbero nell'ordinamento brasiliano, come afferma il Alpa che « negli ordinamenti in cui il codice ignora la causa, essa, come la fenice che risorge dalle sue ceneri, viene creata dalla dottrina e dalla giurisprudenza; la dottrina ne parla apertamente, la giurisprudenza la fa nascere occultamente »¹²⁹?

¹²⁸ P. Rentería, op. cit., p. 304.

¹²⁹ G. Alpa, art. cit., p. 197.

IMPREVISIÓN CONTRATTUALE: ESPERIENZE LATINOAMERICANE E ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO*

Sabrina LANNI**

I. MUTAMENTO DELLE CIRCOSTANZE E RICODIFICAZIONE DEL DIRITTO CIVILE

Il mutamento delle circostanze dopo la stipula del contratto può determinare una pluralità di situazioni che possono causare, in modo del tutto imprevedibile, una variazione del contenuto della prestazione, rispetto a quanto convenuto in precedenza dalle parti, rendendo il suo adempimento molto più oneroso o facendolo sembrare inutile. Il tema gode di un certo qual riscontro nei codici attuali del sistema giuridico romanistico, dove variamente è disciplinato come eccessiva onerosità sopravvenuta, *imprevisión*, *bouleversement*, *omvörziene omstadigheden*, *Störung der Geschäftsgrundlage*¹.

Con la previsione di questo istituto in sede codificatoria i legislatori hanno solitamente voluto avere in debita considerazione che l'adempimento della prestazione oggetto dell'obbligazione contrattuale benché possibile possa divenire eccessivamente onerosa per il debitore. L'evento tipico è quello della svalutazione monetaria, che di per sé ha rappresentato la ragione fondamentale da cui è stata motivata dogmaticamente la necessità di proteggere a livello legislativo, e in via generale, i debitori dalle crisi finanziarie dei singoli Paesi.

* La stesura del presente lavoro è stata conclusa il 30 giugno 2019.

** Professore associato all'Università degli Studi di Milano Statale.

¹ Un'ampia panoramica delle regole adottate dagli ordinamenti europei per risolvere il problema connesso alle circostanze impreviste del contratto è offerta da E. Handius, H. C. Grigoleit, *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011.