

# La rivincita della meritevolezza: una fiaba giuridica della postmodernità

MARCO SABBIONETTI\*

SOMMARIO: 1. Il riscatto di Cenerentola: la (ri)comparsa del contratto lecito e immeritevole ovvero del trionfo di Meritevolezza. – 2. Un principe azzurro, naturalmente: Emilio Betti e la scoperta di Meritevolezza. – 3. La Bella Addormentata nel Bosco: da Gorla a Ferri ovvero del lungo sonno di Meritevolezza. – 4. Il gatto con gli stivali e il marchese di Carabas: Meritevolezza, la razionalità mercantile e la fine della modernità.

1. All'inizio del nuovo millennio, nell'era della tecno-economia<sup>1</sup>, la meritevolezza, la Cenerentola dei principi, si è trasformata in una splendida principessa.

Dinanzi a un'emancipazione così repentina, i giuristi, salvo qualche eccezione, non hanno celato il proprio disappunto. In questa vicenda, in effetti, la dimensione narrativa, il racconto, riveste una certa importanza, ed è per questo che il riferimento fiabesco non dovrebbe apparire troppo bizzarro. Può anzi essere utile interpretare la trasformazione di Cenerentola-Meritevolezza come il riflesso di un tratto caratteristico della contemporaneità, sul quale anche i giuristi hanno riflettuto a lungo: la tendenza a rimpiazzare le narrazioni fondazionali<sup>2</sup>, che paiono aver

\* Università degli Studi di Firenze (marco.sabbionetti@unifi.it).

<sup>1</sup> Dove il mercato, postulando la propria naturalità, si «fa giudice del diritto, approvandone la adeguatezza o riprovandone gli sviamenti», cfr. N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 1 ss. In questo orizzonte ricostruttivo, il diritto scade al rango di sottosistema, al pari di altri, subordinato all'unica istanza normativa rimasta, ovvero quella tecnologica, il cui tratto distintivo è rappresentato dalla «indefinita capacità di raggiungere scopi». Cfr. N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 82 s.

<sup>2</sup> Di nichilismo, come manifestazione tipica della cultura contemporanea, da intendersi come «espressa denegazione della possibilità, ovvero positiva asserzione della vacuità-vanità, di qualsiasi tentativo fondazionale», frutto della presa d'atto della natura artificiosa delle soluzioni proposte dalla metafisica dell'essere, parla P.G. MONA-

perso ogni *appeal*<sup>3</sup>, con quelli che Lyotard definì pragmatici racconti locali, ovvero con le vicende concrete (e le fiabe, com'è noto, sono sempre intrise di concretezza) portatrici di un messaggio edificante, funzionale alla soluzione di problemi di vita irripetibili nella loro singolarità. In una dimensione dominata dalla instabilità e dalla contingenza dei grandi discorsi universali<sup>4</sup>, la rilevanza del diritto e della scienza che pretende di studiarlo finiscono per misurarsi alla stregua di una logica strumentale, della presunta capacità di “funzionare” per massimizzare gli obiettivi e le aspirazioni umane<sup>5</sup>. Nell'orizzonte della «freedom

TERI, «Jumping on someone else's train». *Il diritto e la fine della modernità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 123 ss., qui p. 131 s.

<sup>3</sup> Com'è stato notato, i germi della delegittimazione del sapere erano già presenti nei grandi racconti scientifici del XIX secolo, in particolare nel congenito scetticismo nei confronti della conoscenza insito già nel racconto speculativo hegeliano, laddove emerge chiaramente come i presunti saperi si fondino in realtà su giochi linguistici speculativi, su uno sdoppiamento linguistico, un discorso di secondo livello, sul quale il sapere, citando i propri enunciati, fonda la propria illusoria scientificità. Cfr. F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, 1979, p. 63 ss. Si veda sul punto G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, trad. it., Bologna, 2001, p. 370 ss.

<sup>4</sup> Tali discorsi, o narrazioni fondazionali sono rappresentati, ai nostri fini, da nozioni-chiave, quali quelle di Stato, di legge, di giurisdizione, di circolo ermeneutico, di gerarchia delle fonti, da cui discende, a seguito del disintegrarsi dello schema gerarchico-piramidale, con cui nella modernità statualista, le fonti erano ordinate, una profonda alterazione del rapporto tra regole e principi, l'esaltazione dei valori a scapito delle fattispecie, e l'apparente aleatorietà dello *ius dicere*. Cfr. A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 119-136, qui p. 124.

<sup>5</sup> Che la capacità di funzionare rappresenti oggi il principale parametro alla cui stregua si misura la bontà delle soluzioni giuridiche è testimoniato, da un lato, dalla centralità assunta dalla dimensione rimediaria nella teoria del contratto per effetto della «armonizzazione senza codificazione» innescata dal diritto europeo, per cui, dinanzi a una sorta di abdicazione del legislatore a regolamentare dall'alto determinati settori di mercato, il rimedio diventa la «chiave di accensione dell'intero sistema»: cfr. S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 12-26, qui p. 18. Dall'altro, dal travolgente successo dell'analisi economica del diritto e della dottrina di *Law and Economics*, assurta a statuto epistemologico di riferimento della scienza giuridica non solo in ambito anglosassone. Cfr. C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 905 ss.; V. RICCIUTO, *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 1332 ss.; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 77 ss.; A. SUPLOT, *Calculer l'incalculable: la doctrine Law and Economics*, in *Id.*, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2020, p. 258 ss.

from theory-guilt»<sup>6</sup>, (dove a farla da padroni paiono essere l'ironia e il *pastiche*<sup>7</sup>), tutto ciò che si presenta con la vocazione alla stabilità, alla durata, alla profondità, corre il rischio di apparire *démodé*. Nell'ambito più circoscritto della scienza giuridica, ciò può condurre a una radicale dissacrazione del pensiero giuridico moderno, del *normative formalism*, con il suo corteo di categorie e nozioni generali; sino al punto estremo di vedere in esso un mero esercizio solipsistico che, mentre pretende di fornire risposte razionalmente fondate, finisce irrimediabilmente per svelare la propria intima natura: quella di una finzione moralmente ambivalente «by which bureaucratic institutional practices re-present, organize, and reproduce their own operations, their own performances as the choices of autonomous, rational agents»<sup>8</sup>. In tale contesto, il dilemma che affligge i cultori delle scienze sociali assume i connotati di un *vaste programme* di sconcertante complessità: ridefinire i confini della razionalità in un orizzonte antropologico nel quale ogni discorso che si pretende vero perché universalmente fondato appare illusorio<sup>9</sup>.

È qui che, per quel che ci interessa, assistiamo allo spettacolare trionfo di Cenerentola: il *revival* della meritevolezza, infatti, altro non è che il risultato del tentativo della scienza giuridica di razionalizzare, rendendola calcolabile, la dimensione della tecno-economia, con riferimento all'ambito, da intendersi *lato sensu*, della giustizia contrattuale; del tentativo, insomma, di definire il perimetro al cui interno le dinamiche del mercato e le condotte dei suoi attori possono ritenersi giuridicamente razionali. Si tratta però di una risposta (e qui sta in effetti il nocciolo del problema) dal sapore tipicamente postmoderno. Donde il disappunto di una folta e nobile schiera di giuristi.

Ma conviene procedere con ordine.

<sup>6</sup> Cfr. T.C. GREY, *Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory*, in *Southern Cal. L. Rev.*, LXII, 1990, p. 1569-1595, qui p. 1569.

<sup>7</sup> Espediente stilistico tipico di quella che Roberto Calasso ha definito l'«età dell'inconsistenza»: cfr. R. CALASSO, *L'innominabile attuale*, Milano, 2020, qui p. 14. Cfr. F. JAMESON, *Postmodernism or the Cultural Logic of Late Capitalism*, London, 1992, p. 16-25; J. FRUG, *Decentering Decentralization*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, LX, 1993, p. 253-338, qui p. 308.

<sup>8</sup> Cfr. P. SCHLAG, *Normative and Nowhere to Go*, in *Stanford L. Rev.*, XLIII, 1990, p. 167-191, qui p. 173 s. e p. 184.

<sup>9</sup> Un orizzonte in cui il formalismo giuridico si presenta alla stregua di una «technique of rhetorical manipulation» e il giurista, in ogni sua declinazione, è ridotto a un «bureaucratic vehicle for the proliferation of a mode of discourse that is coextensive with bureaucratic practice and institutional inertia», cfr. P. SCHLAG, *Normative and Nowhere to Go*, cit., p. 184 e 186.

La morte della causa<sup>10</sup> può considerarsi un sintomo evidente dell'ingresso del diritto nel tempo della postmodernità. Tale decesso non rappresenta soltanto una delle molteplici conseguenze innescate dal desiderio del diritto civile di tradizione continentale di "svecchiarsi", apparendo più «sexy»<sup>11</sup> sul palcoscenico giuridico della globaliz-

<sup>10</sup> Metafora che ha avuto un indubbio successo in dottrina: cfr. U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 241-266; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I, Milano, 2001, p. XIII ss.; R. DI RAIMO, *La causa: da epicentro dell'autonomia privata a caro estinto e ritorno*, in *Giustiziacivile.com*, 2014, p. 2-4; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contr. impr.*, 2003, p. 100 ss.; F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 5 s. Il trapasso della causa appare l'esito di due percorsi alternativi, innescati dalla medesima temperie culturale: l'eliminazione formale della causa dall'ambito del giuridicamente rilevante; l'"annegamento" della causa nell'analisi del contenuto contrattuale. In ogni caso, il venir meno della causa è il risultato di un contesto generale caratterizzato dalla «frantumazione dell'unità contrattuale, in cui la categoria del contratto perde il suo riferimento unitario», cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 166 ss.; M. INDOLFI, *Causa e autonomia privata nei contratti derivati*, in F. ALCARO (a cura di), *Causa del contratto. Evoluzioni interpretative e indagini applicative*, Milano, 2016, p. 193-229, qui p. 195. La riflessione intorno a un'Europa senza causa ha ormai alle spalle una storia ragguardevole ed è stimolata, come si dirà subito, dal processo di armonizzazione del diritto privato europeo: cfr. V. BASSANI und W. MINCKE, *Europa sine causa?*, in *ZEuP*, 1997, p. 599-614.

<sup>11</sup> Esito inevitabile della tendenza a considerare le leggi meri prodotti legislativi in competizione sul mercato mondiale delle norme, cfr. A. SUPLOT, *Calculer l'incalculable*, cit., p. 253 ss. Per una critica pungente dello spirito della riforma, il cui unico scopo sembra quello di rendere il diritto nazionale «plus attractif», in una smania di modernizzazione animata dalla mera legge del cambiamento, «le seul précepte bouddhiste qu'aient pleinement intégré nos gouvernants», cfr. G. CHANTEPIE et N. DISSAUX, *Rapport introductif*, in G. CHANTEPIE et N. DISSAUX (édité par), *Le nouveau discours contractuel*, in *Revue des contrats*, III, 2016, p. 572-580, qui p. 574. La vicenda francese risulta in effetti emblematica dal momento che nella patria del *Code civil* il trapasso della causa è stato formalmente certificato: si veda ad esempio L. AYNÈS, *Prestation, objet, but, mais plus de cause?*, in J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WHITTAKER (édité par), *La réécriture du code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Paris, 2018, p. 143-148. Ciò che è avvenuto in Francia, in realtà, non è altro che l'ultima manifestazione, in ordine di tempo, di una sorta di onda lunga anti-causalista, di cui sono una chiara espressione i *Principles* dell'Unidroit e il progetto della Commissione Lando, così come il nuovo codice civile olandese. Causa e *consideration*, in questa prospettiva, sono ritenuti una mera «zavorra storica, con cui tutti i diritti europei sono caricati». Un inutile intralcio, insomma, da abolire quanto prima onde favorire il dialogo giuridico in ambito europeo e la (post)modernizzazione del diritto privato. Cfr. D. HENRICH, *Il contratto in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 643-655, qui p. 652. Il principio in base al quale il contratto può ritenersi concluso in forza del *mere agreement of the parties*, senza la necessità di ulteriori requisiti, ha trovato autorevole condivisione anche in Ita-

zazione<sup>12</sup>, ma può, al contrario, e più in profondità, leggersi come uno degli effetti, sul versante della teoria del negozio giuridico, del nichilismo, o, se si vuole, del “debolismo”, inteso come esito storico della consunzione dei modi tradizionali di costruzione del pensiero giuridico e dei suoi presupposti metodici<sup>13</sup>. La causa non poteva sottrarsi a tale processo di decostruzione<sup>14</sup>, in quanto arma formidabile

lia. L'idea di fondo, al di là della asserita nebulosità del concetto di causa, è quella di impedire un sindacato sulla giuridicità o impegnatività dei vincoli assunti ulteriore rispetto a quello volto a verificare la mancata violazione dei principi di ordine pubblico e buon costume. Giacché, in tal caso, come si è sottolineato, il concetto di causa «può diventare un elemento pericoloso nelle mani dei giudici, come strumento di controllo della «meritevolezza» del contratto o delle singole pattuizioni in esso contenute», cfr. A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'UNIDROIT*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 287-299, qui p. 293.

<sup>12</sup> L'idea che un sistema giuridico, nel caso di specie il diritto dei contratti, debba intendersi come un prodotto normativo “appetibile”, a disposizione degli attori dell'ordine tecno-economico globale, traspare neanche troppo implicitamente nel rapporto al Presidente della Repubblica francese illustrativo dell'*Ordonnance*: «Dans une économie mondialisée où les droits eux-mêmes sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale», cfr. *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *JORF*, 11 février 2016. Il legislatore d'oltralpe, del resto, non ha fatto mistero di voler recepire le osservazioni critiche contenute nel *Report* pubblicato dalla Banca Mondiale nel 2004, col titolo *Doing Business in 2004. Understanding Regulation*. In esso il sistema giuridico francese figurava solo al quarantaquattresimo posto, per efficienza e capacità di favorire la crescita economica, intesa come idoneità di un dato ordinamento di riflettere, assecondandole, le leggi del mercato. La necessità della riforma è sembrata a taluni talmente ovvia che le resistenze sollevate da parte della dottrina francese sono state ritenute espressione di una sorta di sterile nazionalismo giuridico: cfr. A.-J. KERHUEL and B. FAUVARQUE-COSSON, *Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law*, in *Am. J. Comp. L.*, LVII, 2009, p. 811-830.

<sup>13</sup> P.G. MONATERI, «Jumping on someone else's train», cit., p. 133.

<sup>14</sup> Esito già preconizzato da parte della dottrina italiana, allorché si faceva presente come «la concezione della causa come funzione economico-sociale porta con sé quanto occorre per autodistruggersi». Si tratta di una teoria che «non aiuta a risolvere nessun problema né logico, né pratico», una teoria che si è sviluppata «senza recare danni, ma rendere servigi alla pratica, e creando confusione sul piano teorico»: cfr. R. SACCO, *La causa*, in *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 635 ss., cit., p. 641. In controtendenza rispetto alla narrativa dominante in tema di morte della causa è la tesi di M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015, p. 210 ss., secondo il quale non siamo in presenza di una morte della causa, bensì di una espansione progressiva del mercato, che individua cause dove prima non c'erano. È quindi semmai lo spazio della mancanza di causa a restringersi.

della modernità giuridica, chiave di volta del sistema contrattuale di un codice pensato in ogni sua parte come strumento di lotta per la modernizzazione borghese della società<sup>15</sup>. Per strano che possa sembrare, l'*homo iuridicus* rigenerato prodotto dalla rivoluzione borghese si aggrappa a un concetto non di rado descritto come misterioso e sfuggente<sup>16</sup> riconoscendone l'alto valore strategico; giacché, per fare solo un esempio, è grazie al regime causale del contratto o alla trasposizione (nel caso della donazione) dell'animo liberale dalla sfera della volontà a quella della causa, che diventa possibile per il giudice controllare gli spostamenti patrimoniali scongiurando il riemergere delle prassi e dei rapporti sociali d'antico regime. In questo senso, la causa, ben lungi dall'essere una nozione chimerica e inafferrabile, è espressione di un pensiero giuridico che si pretende forte, animato da una precisa volontà ordinante, modellato a partire da nozioni e istituti di cui si afferma senza imbarazzo la natura dogmatica. È il prodotto di un sistema giuridico, per l'appunto, moderno<sup>17</sup>, nel quale la fattispecie,

<sup>15</sup> Non a caso la pressione esercitata dalla postmodernità sui due poli essenziali, quali la regola e il metodo giuridico, si è tradotta, in ambito contrattuale, nel passaggio dal «potere di porre regole al dovere di equa negoziazione». Da qui, il rilievo dominante assunto nel nuovo diritto europeo dei contratti dalla dimensione rimediale e dalla nozione di *conformazione*, con l'obiettivo di realizzare una «autonomia di tipo nuovo, c.d. *efficiente*, in grado cioè non soltanto di adempiere a finalità solidaristiche ma soprattutto di dar vita a regole adeguate all'operazione contrattuale perseguita, nonché ispirate a principi di equità negli scambi», cfr. V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in Id., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano, 2012, p. 57-97, qui p. 73 s. Si vedano inoltre E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, p. 637-664; G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 89-95.

<sup>16</sup> Già a inizio Novecento si osservava come la causa «costituisce il problema più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto, il campo preferito delle elucubrazioni metafisiche e della psicologia giuridica», cfr. P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, VI, 1908, p. 115-125, qui p. 115.

<sup>17</sup> In risposta a una complessità senza eguali nelle altre fasi di transizione del diritto privato moderno, si è scelto di adottare, a livello europeo, la categoria problematica della «armonizzazione», che ha finito per soppiantare la nozione di sistema, non più spendibile perché in corso di rapida disgregazione. Ciò spiega la semplificazione estrema realizzata mediante la formalizzazione dell'equazione «contratto = accordo» e la conseguente scomparsa di requisiti quali la causa, l'oggetto e la forma: «Si tratta di una linea che si giustifica sia in base a una generale ispirazione anti-concettualistica e pragmatica (la quale, a sua volta, aspira a modellarsi sulle trasformazioni contemporanee e transfrontaliere del diritto contrattuale) sia in base alla generale diffidenza nei

in quanto strumento che assicura la razionalità e la calcolabilità giuridica, svolge un ruolo centrale. Per tale ragione, non appare fuori luogo interpretare come un segno dei tempi il fatto che al lento tramonto, se non addirittura in certi casi alla formale abrogazione<sup>18</sup>, della vecchia causa in astratto, si sia accompagnato, almeno nella vicenda italiana, l'inedito successo della causa in concreto. La fortuna di tale nozione è certamente ascrivibile a un processo in atto da anni, che è stato descritto come passaggio dall'età delle regole all'età dei principi<sup>19</sup>, le cui cause profonde sono da ricercare in un contesto antropologico

confronti di categorie giuridiche, di antica tradizione, a cui è imputata una oscurità irrisolta, poiché resta chiusa in quella rischiosa zona la quale ha per confini opposti l'inutilità ovvero la sovra-determinazione regolativa, soggetta, a sua volta, all'abuso ideologico e all'arbitrio del giudizio», cfr. U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in E. NAVARRETTA, *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 31-110, qui p. 82 s. Armonizzazione che può intendersi anche come uniformazione o tensione verso l'uniformità, essendo il diritto dell'uniformità il «diritto dell'impersonale e anonimo mercato», cfr. N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, cit., p. 3.

<sup>18</sup> Al di là delle effettive ricadute sulla disciplina generale del contratto, tutte da verificare alla luce della prassi interpretativa, è indubbio che l'eliminazione della causa da un codice-simbolo come quello francese rappresenti di per sé una «scelta dirompente»: cfr. C. TENELLA SILLANI, *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA e V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, 2018, p. 537 ss., cit., p. 540. Per cogliere il retroterra giurisprudenziale che ha fatto da premessa alla riforma francese, con riferimento in particolare alla nozione di *imprévision* e ai rimedi utilizzabili in caso di evidente squilibrio contrattuale, si veda L. MOSCATI, *La réforme du droit des contrats en France et l'imprévision*, in Liber amicorum. *Mélanges en l'honneur de J.-P. Coriat*, Paris, 2019, p. 665-677. L'alternativa, pur possibile, di salvare la causa incorporando nel codice riformato le acquisizioni giurisprudenziali in tema di *imprévision*, fu criticato dagli osservatori anglosassoni: cfr. R. SEFTON-GREEN, *La cause or the Length of the French Judiciary's Foot*, in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER and S. WHITTAKER (edited by), *Reforming the French Law of Obligations*, Oxford, 2009, p. 101 ss. Sul dibattito innescato in Italia dalla riforma francese, si vedano in particolare G. ALPA, *Réflexions sur le projet français de réforme du droit des contrats*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2015, p. 877-899; ID., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 177-201; P. SIRENA, *La réforme du droit français des contrats et des obligations: un regard italien*, in J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WHITTAKER (edited by), *La réécriture du code civil*, cit., p. 363-389, nonché i saggi pubblicati in *Giurisprudenza italiana* nel maggio 2018, tra i quali di notevole interesse ai nostri fini è il lavoro di L. PONTIROLI, *Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel code civil*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1238-1302.

<sup>19</sup> Cfr. A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giustiziacivile.com*, 4, 2014, p. 991-1060.



particolarmente entropico, nel quale, a fronte di un pensiero giuridico la cui pretesa razionalità è sovente ritenuta un mero pretesto per la perpetuazione auto-referenziale di prassi burocratiche e di sistemi di potere consolidati, a contare per davvero è solo la capacità di rendere immediata giustizia alla concreta realtà di un rapporto vitale<sup>20</sup>. Il successo della causa in concreto, su cui tanto si è scritto<sup>21</sup>, può essere considerato un segno evidente della crisi della calcolabilità del diritto e del razionalismo positivistico espressione della modernità giuridica nella misura in cui esso appare il risultato dello scivolamento dallo schema tipizzante della fattispecie astratta alla nozione di “situazione di vita”, la quale presuppone un giudizio secondo valori<sup>22</sup>; ovvero, una presa di posizione dinanzi a un “episodio di vita” che, per non restare meramente interlocutoria, non può prescindere dal superamento della nozione tradizionale di causa, intesa come funzione oggettiva e impersonale, a tutto vantaggio della valorizzazione della nozione di causa individuale. Solo così diventa possibile, per l’interprete, superare la dimensione puramente formale del negozio, cogliendo il merito dell’accordo, se del caso correggendone o integrandone il contenuto<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> «Al punto che il giudicare sembra affrancato dalla rigida soggezione alla legge e divenuto espressione di un potere dei giudici», cfr. A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge*, cit., p. 125. O come altri ha notato «sempre più spesso le valutazioni del giudice sembrano prive di briglie, libere di svolgersi secondo convinzioni personali, piuttosto che nell’alveo dei criteri fissati dal legislatore», cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva «quantistica»*, Milano, 2014, p. 7.

<sup>21</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 128 ss. Non di rado con toni molto critici, apparendo la causa concreta un calderone nel quale la giurisprudenza riversa ipotesi disperate. Cfr. V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

<sup>22</sup> Diversi dalla legge e non determinati in schemi normativi, mediante i quali l’incalcolabilità del diritto raggiunge il grado estremo. Cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 23 s.

<sup>23</sup> È uno dei risultati paradossali del processo di integrazione/armonizzazione del diritto europeo dei contratti. La causa è morta, in alcuni ordinamenti persino formalmente, ma a tale decesso non è seguita l’affermazione egemonica del contratto «rude» d’impronta anglosassone. Com’è stato criticamente osservato, l’uso smodato delle clausole generali e della stessa causa, elevata (o abbassata) essa stessa al rango di clausola generale, deriva da una visione distorta del contratto, inteso come «radura di cooperazione»; un contratto che è stato definito «rugiadoso», articolato per cause, tipi, blocchi, in relazione al quale la buona fede, gli obblighi d’informazione e di cooperazione, e la nozione di giustizia contrattuale assumono un rilievo centrale. Viceversa, laddove si ritenga il contratto non una forma di cooperazione, ma una «tre-



La storia recente ci consente di fare un po' di luce su una vicenda indubbiamente complessa, nella quale la riflessione sulla causa, sulla causa in concreto e sulla meritevolezza si intreccia col difficile processo di elaborazione di un diritto privato europeo, ed è resa ancora più urgente a fronte di un contesto in cui si confrontano «vecchie e nuove antinomie, quali la giustizia sociale e la giustizia contrattuale nel conflitto storico con le istanze di libertà dei mercati»<sup>24</sup>. Si tratta di un percorso relativamente breve, ma contraddistinto da un'avvincente intensità, di cui il complesso dibattito che investe nozioni-chiave della dogmatica civilistica offre una fedele testimonianza. L'inattesa fortuna di Cenerentola è uno dei tanti profili d'interesse di un travaglio scientifico nel quale molto, se non tutto, di un consolidato *acquis* dottrinario, è rimesso in discussione: dalla distinzione tra causa e tipo, alla sovrapposizione tra regole di condotta e regole di validità, passando sovente per una esaltazione delle clausole e dei principi generali (sino al punto di considerare la causa in concreto alla stregua di una clausola generale) e dall'impiego, in funzione di *passé-partout* di nozioni non nuove tornate però prepotentemente in auge<sup>25</sup>. Emerge

gua provvisoria» fra le parti, in un orizzonte segnato da un endemico antagonismo, diventa inevitabile accettarne l'inevitabile incompletezza. Con la conseguenza che «i buchi non sono una *failure*, ma parte integrante del processo antagonista, ed ogni loro riempimento *aliunde* non è che una violenza, che per essere attuate richiede una giustificazione ben più forte dell'usuale, giacché le viene meno la giustificazione cooperativa di fondo, che il giudice sia lì per aiutare le parti a meglio chiarire le loro idee; che il giudice possa fare per le parti quel contratto che le parti stesse avrebbero voluto, se si fossero immaginate l'occorrenza di quelle contingenze che non hanno previsto»: cfr. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 409-420, qui p. 412 s.

<sup>24</sup> Cfr. U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract*, Padova, 2008, p. 31-55, qui p. 52.

<sup>25</sup> Si veda, ad esempio, la nozione di *abuso del diritto*, divenuta centrale specie a seguito delle note pronunce della giurisprudenza di legittimità (Cass., 5 maggio 2006, n. 10353; Cass., 17 ottobre 2008, n. 25374). Cfr. sul punto N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Quest. Giust.*, 2016, p. 33 ss.; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010; V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012. Sul tema la dottrina si era ampiamente soffermata già prima dell'intervento della Cassazione: cfr. U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato 1997*, Padova, 1998, p. 5-87; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir., Appendice, II*, Milano, 1998, p. 1 ss. Non è un caso che l'abuso del diritto torni «di moda» nella crisi della modernità giuridica, affermandosi come «questione di giustizia», come richiesta di una rideterminazione del rapporto fra leg-

agli occhi dello storico un dato interessante. Dopo un lungo periodo di ostracismo, la meritevolezza riaffiora da prima *déguisée*, dietro al paravento della causa in concreto, la cui nozione è sovente utilizzata per fondare direttamente o indirettamente il giudizio di meritevolezza<sup>26</sup>, per poi finalmente prendere il largo con l'avvento del XXI secolo. La rinnovata vitalità della meritevolezza si registra su un duplice piano, legislativo e giurisprudenziale. La dottrina, al contrario, salvo eccezioni, resta sulla difensiva: «scava nicchie culturali». La giurisprudenza, però, «non abbocca». Giacché ciò che importa, in fin dei conti, è «l'applicazione del rimedio più adeguato»<sup>27</sup>. Sul versante legislativo, la novità formale di maggior momento è senz'altro rappresentata dal-

ge e diritto, fra legislatore e giurisprudenza»: cfr. G. CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 559-581, qui p. 563 s. Sulla riflessione in materia nell'ambito della dottrina italiana di metà Novecento, cfr. I. STOLZI, *L'abuso del diritto: Salvatore Romano e la necessaria struttura plurale dell'esperienza giuridica*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, p. 571-594.

<sup>26</sup> Cfr. C. TENELLA SILLANI, *La riforma*, cit., p. 545.

<sup>27</sup> Si tratta infatti di una riscoperta che deve molto, se non tutto, alla intraprendenza giurisprudenziale. Esito paradossale di una traiettoria scientifica, quella in cui si intrecciano la causa, in astratto e in concreto, e la meritevolezza, caratterizzata da una «sorte beffarda». Come ha sottolineato Raffaele Di Raimo in un editoriale di qualche anno fa, nel quale troviamo una lucidissima e vivace messa a fuoco delle tappe salienti della favola che stiamo raccontando: «Durante lunghi anni la dottrina – quella dei Maestri del secondo dopo guerra e dei loro allievi di allora – ha tentato di precisare i contorni di un concetto tanto centrale quanto complesso e per molti versi sfuggente. A fronte di una giurisprudenza refrattaria a sottigliezze e *caveat* e invece orientata a interpretazioni formalistiche e, diremmo, monolitiche che riducevano enormemente le potenzialità del controllo sull'esercizio concreto dell'autonomia privata, la dottrina insegnò a distinguere tra tipo e causa, tra funzione economico sociale e funzione pratica, rispondente all'interesse evidenziato dalle parti attraverso l'atto di autonomia... Insegnò infine qualcuno, sia pure isolato, che gli atti di autonomia oltre che leciti devono essere meritevoli: sempre e non soltanto qualora atipici, poiché la meritevolezza è carattere della causa e non del tipo e si apprezza perciò esclusivamente qualificando gli interessi. Che il ruolo centrale del giudizio di meritevolezza non è una opzione ideologica ma una necessità ermeneutica ineludibile nell'ottica della lettura costituzionale del diritto civile. Sorte beffarda... poiché del risultato di tanto sforzo, compiuto sul più infido dei terreni e confluito in opere mirabili, proprio dalla dottrina vengono celebrate le esequie, con tanto di processione per trasferire il caro estinto dall'attualità della pratica alle pagine impolverate della storia del pensiero. Ragione del decesso è che negli esercizi vari, a partite dai c.d. PECL fino al *Common Frame of Reference*, di codificazione europea del diritto delle obbligazioni e dei contratti la causa è assente, rimpiazzata dai procedimenti formativi. La giurisprudenza marcia all'opposto: riscopre la categoria concettuale e la rappresenta nel pieno della sua vitalità, come forse mai era stata prima. Lo fa al cospetto del problema terribilmente complesso della validità degli IRS, la tipologia dei derivati OTC più diffusa tra gli operatori non professionali»,

la introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie degli atti di destinazione patrimoniale; sul versante giurisprudenziale, invece, l'attivismo è assai più significativo: così, alla pronuncia sulle clausole *claims made*<sup>28</sup>, l'episodio forse più eclatante, si accompagnano una serie crescente di pronunce, non solo di merito, aventi ad oggetto gli strumenti finanziari nelle loro molteplici declinazioni, tema che più di ogni altro, come ben si comprende, interpella e manifesta lo *Zeitgeist* degli anni che stiamo vivendo. È in relazione a questo ambito, infatti, che il processo in esame si realizza con perfetta circolarità: la "morte"<sup>29</sup> della causa provoca la resurrezione della meritevolezza<sup>30</sup> e della causa in concreto, ovvero il riaffiorare di una causa elevata al rango "eversivo"<sup>31</sup> di clausola generale, come tentativo di risposta, genuinamente postmoderno, al vuoto generato dalla scomparsa di quella che nel modello giuridico della modernità liberal-borghese era considerata la chiave di volta del sistema contrattuale. Ecco allora (ri) comparire una figura che sembrava ormai espunta dall'orizzonte del giuridicamente rilevante: il contratto lecito e immeritevole<sup>32</sup>. Figura dogmaticamente fragile, quanto mai discussa, che però rappresenta un indizio significativo di come l'ordine giuridico si confronti e reagisca dinanzi a un capitalismo che non è più il capitalismo classico in relazione al quale Weber tematizzava il ruolo centrale del formalismo giuridico e della sua razionalità<sup>33</sup>. Ma è un capitalismo, anch'esso, per

cfr. R. DI RAIMO, *La causa: da epicentro dell'autonomia privata a caro estinto e ritorno*, in *Giustiziacivile.com*, editoriale del 25 marzo 2014, p. 2 ss.

<sup>28</sup> Cfr. R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1372-1389.

<sup>29</sup> Che infatti, per taluni, non è morta affatto, ma è rimasta ben presente, sia pure a livello invisibile: cfr. G.B. FERRI, *L'«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 901 ss.

<sup>30</sup> Cfr. M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co., 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ricerche giuridiche*, 5, 2016, p. 195-216.

<sup>31</sup> Nella misura in cui la causa concreta diventa un «grimaldello per superare... il principio della tendenziale insindacabilità del contratto, e per affermare in linea generale che un contratto con divario di valore fra prestazione e controprestazione può ritenersi nullo per mancanza di causa»: cfr. V. ROPPO, *Causa*, cit., p. 985.

<sup>32</sup> Cfr. F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in ID. (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 121-148.

<sup>33</sup> In realtà, com'è stato notato, il diritto razionale formale postulato da Weber non è incompatibile in un'economia di mercato con l'altro modello, evidenziato dallo stesso Weber, ovvero quello del diritto razionale materiale. In altre parole, la razionalità come misura del calcolo tecnicamente possibile e realmente applicabile può convivere

l'appunto, postmoderno, irrazionale, proclive a degenerare in «scorribande finanziarie e in pirateria mercantile». In questo senso, il ritorno in pompa magna della meritevolezza potrebbe leggersi alla stregua del tentativo di garantire la razionalità del mercato non più, come è stato notato, attraverso il *nomos*, ovvero attraverso la misura radicalmente storica nella quale la giustizia si determina in una determinata epoca della società, bensì attraverso la giustizia o soluzione giusta del caso concreto; ovvero attraverso un *modus procedendi* che, scavalcando la fattispecie, esaltando la funzione delle clausole generali<sup>34</sup>, nonché, prima ancora, ponendo in primo piano i valori – quanto mai versatili nella loro natura di norme senza fattispecie – svela non di meno la sua vera natura: quella di uno sforzo teso al recupero di un minimo di razionalità<sup>35</sup>, indispensabile per assicurare la tenuta dell'ordine funzionale del mercato, armonizzando la signoria della volontà individuale col principio utilitaristico che fonda la razionalità mercantile<sup>36</sup>. Chi osserva tale fenomeno e il dibattito che lo accompagna, specie se lo fa adottando una prospettiva diacronica, non può resistere alla tentazione di porsi la seguente domanda: in tempi di *postdiritto*, giudicare per valori rappresenta la reazione virtuosa, e più o meno consapevole, di

con la razionalità intesa come «grado in cui l'approvvigionamento di determinati gruppi umani... con determinati beni... viene a configurarsi dal punto di vista di determinati postulati valutativi». Del resto, nella ricostruzione weberiana, è ben presente la possibilità di una deformalizzazione del diritto e del prevalere di criteri materiali di razionalità. Il problema dei nostri tempi deriva semmai dal fatto che, oltre al diritto, «sono mutati soprattutto gli altri due termini che, insieme ad esso, ne favorivano la razionalità formale, vale a dire lo Stato moderno e l'economia capitalistica. Ed è pure mutato, come sappiamo, il rapporto reciproco tra questi. Cfr. P. Rossi, *Razionalismo occidentale e calcolabilità giuridica*, in *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 29-36, qui p. 30 s. e p. 34 s.

<sup>34</sup> La cui prospettiva, per l'appunto, «apre il sistema al dinamismo accelerato della postmodernità», accelerazione nella quale si confondono i ruoli tra gli attori dell'ordinamento e vengono meno gli abituali punti di riferimento: cfr. S. FORTUNATO, *Sull'abuso del diritto e sull'«abuso dell'abuso»*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 321-344, qui p. 33.

<sup>35</sup> Razionalità economica che, come ha precisato la Corte costituzionale (Corte Cost., 25 maggio 1990, n. 260) può fare ingresso nell'ordinamento proprio mediante un giudizio fondato sulla ragionevolezza, e cioè sui valori. Senonché, proprio un giudizio di tale natura è ritenuto suscettibile di far deragliare l'interprete dai binari dell'ordinamento, facendolo approdare nel territorio dell'irrazionale e del soggettivo. Cfr. C. DE FIORES, *Interpretazione per valori e principio di ragionevolezza*, in G. PERLINGIERI e A. FACHECHI (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, qui p. 302.

<sup>36</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in *Jus civile*, 2016, p. 359-368, qui p. 365.

un giurista che non accetta di essere ridotto alla stregua di «amministratore dell'esistente», di mera «bocca delle leggi economiche»<sup>37</sup>? O si tratta invece dell'ulteriore sintomo di un inarrestabile processo di dissolvimento degli ultimi elementi "solidi" ancora rimasti in ambito giuridico, della rinuncia alla calcolabilità, e quindi alla possibilità di "fidarsi" del giudice e dell'ordinamento nel suo insieme, se è vero che «un diritto calcolabile è un diritto su cui fare affidamento»<sup>38</sup>? In altre parole, nella misura in cui la resistenza al risveglio della meritevolezza riflette l'esigenza che possa esservi ancora un diritto calcolabile, e dunque eminentemente moderno, e una decisione giudiziale che sia il risultato dell'applicazione di un metodo e non l'effetto di una presa di posizione frutto di una mera esperienza vitale<sup>39</sup>, non pare fuori luogo scorgere in tale resistenza il tentativo di erigere un argine contro l'irruzione della postmodernità in ambito giuridico. Se l'apparente evaporazione delle già ricordate narrazioni fondazionali, ovvero di nozioni da sempre ritenute riferimenti *incontournables* del pensiero giuridico (Stato, gerarchia delle fonti, fattispecie), può interpretarsi come una sorta di rottura liberatoria come un ritorno al diritto, a una concezione del diritto e del contratto<sup>40</sup> profondamente diversa da

<sup>37</sup> Cfr. A. SOMMA, *Ragionevolezza e razionalità economica all'epoca del postdiritto*, in A. FACHECHI (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, 2019, p. 211- 233, qui p. 216.

<sup>38</sup> Il che presuppone l'applicazione rigorosa della legge e quindi l'ancoraggio stabile alla fattispecie: cfr. N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità*, cit., p. 23.

<sup>39</sup> Non a caso Ferri, criticando da par suo la sentenza Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, la ritenne «negativamente esemplare» in quanto «rivelatrice di un atteggiamento mentale, che, se non è diffuso, è certamente non del tutto estraneo alla cultura di taluni magistrati». Un atteggiamento che rischia di snaturare il ruolo del giudice, ponendolo «a metà strada tra quello del direttore spirituale e quello dell'insindacabile amministratore degli interessi privati». Notevole, ai nostri fini, anche la precisazione inserita in nota: «Senza nulla togliere all'imprescindibile magistero, al *mistero*, del giudizio, questo compito», ovvero quello di ricavare dal caso concreto conseguenze di carattere più generale, «appare istituzionalmente forse più consono all'opera... soprattutto della dottrina, che distaccata (cioè più libera) dalle singole, contingenti e concrete situazioni, ha uno spazio più ampio ed agevole per trarre, come dire?, dalla *favola* la morale di questa». Cfr. G. B. FERRI, *La formula «funzione sociale dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942»*, in *Riv. dir. priv.*, 4, 2003, p. 673-693, qui p. 676 s.

<sup>40</sup> Quella che Guido Alpa propone è una teoria «critica» del contratto la quale, a partire dall'abbandono della concezione liberista classica, «trasforma il contratto in rapporto», relativizzandone la sacralità. Cfr. G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, Milano, 2014, p. 215. La storiografia giuridica ha parlato, a ragion veduta, di un «contratto degli interpreti»: cfr. G. CHIODI, *Ogni contratto la sua storia*

quella per l'appunto moderna, centrata sull'onnipotenza dello Stato, sul monopolio statale della produzione del diritto e sulla legge<sup>41</sup>, ciò che non pare accettabile è che tale ritorno comporti inesorabilmente l'abbandono di qualsiasi ancoraggio alla forma<sup>42</sup>, a un diritto *formale* costruito per fattispecie<sup>43</sup>, e quindi alla necessaria prevedibilità degli esiti del procedimento interpretativo<sup>44</sup>. Resta però irrisolto il dilemma di fondo, ovvero il dubbio circa l'effettiva "spendibilità" dell'armamentario classico, tipicamente moderno, come strumento idoneo a far fronte alle sfide emergenti da un orizzonte globale che di moderno non ha più molto, nel quale manca una cornice di riferimento, nel quale, anzi, tutte le cornici precedenti sembrano essere saltate, perché non adatte ai nostri tempi, senza peraltro essere state sostituite<sup>45</sup>. E

(*dialogando con Guido Alpa*), in G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA e V. ZENO ZENCovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa*, cit., p. 77-92, qui p. 84.

<sup>41</sup> Sulla lettura di tale fenomeno come una sorta di ritorno al diritto si vedano U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in Id., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritto*, Torino, 2013, p. 47 ss.; N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti del diritto nel quadro del diritto europeo*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 143 ss. Si deve in particolare a Paolo Grossi il merito di aver approfondito il tema nell'ottica del passaggio dal moderno al postmoderno: cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 66 ss.

<sup>42</sup> Al punto che si è parlato di eclissi del diritto privato: cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015. Di tale lettura come di un «enorme passo indietro» parla P. GROSSI, *Itinerari – malgrado tutto – monistici (l'«Eclissi del diritto civile» di Carlo Castronovo)*, in Id., *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno. Dal monismo al pluralismo giuridico*, Milano, 2021, p. 153-156, qui p. 156.

<sup>43</sup> Chiarissimo in tal senso A. CATAUDELLA, *Nota «breve» sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 245 ss.

<sup>44</sup> Altrimenti, il rischio insito in una prassi giurisprudenziale che parte dai valori e che si fonda su episodi di vita è quello di far rovinare lo Stato sociale su se stesso, dal momento che le aspettative nei confronti di esso, fondate sui valori personali tutelati dalla Costituzione, non possono essere soddisfatte ignorando del tutto il profilo della loro «fattibilità economica»: cfr. L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in C. CASTRONOVO (a cura di), *Metodo e teoria giuridica*, I, Milano, 2011, p. 99; F. BENATTI, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, p. 699-706.

<sup>45</sup> Da qui lo stile tipico della contemporaneità, caratterizzato dal "procedere a vista", stile proprio di chi «dopo aver buttato alle ortiche le cornici e le teorie di ieri o forse dopo averle sistemate sullo scaffale delle cose non più in uso, ma con cura, perché in fondo ci sono care, e ci sono state utili», si sforza in modo «artigianale» d'inventare la soluzione migliore possibile per i problemi nuovi che si presentano per la prima volta: cfr. V. DI CATALDO, *Esiste uno stile giuridico neo-liberale? Uno studio per Francesco Denozza*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, 2020, p. 9-22, qui p. 14.

dove, nel venir meno dei già ricordati racconti fondazionali, si corre il rischio di credere alle favole o, peggio, di cedere alle lusinghe d'improbabili geni della lampada.

2. Nella *Relazione sulla amministrazione della giustizia* tenuta nel 2015, Giovanni Canzio si domandava in che modo fosse possibile «evitare la deriva della giurisdizione verso l'instabilità del diritto "liquido"», individuando le condizioni di un «giusto equilibrio tra la dimensione creativa e plurale del diritto giurisprudenziale e i principi di uniformità e di prevedibilità della decisione». Questione capitale, di cui il trionfo di Cenerentola ripropone con urgenza tutta l'attualità<sup>46</sup> e che spiega le vivaci reazioni della dottrina contemporanea nei confronti di un attivismo giurisprudenziale che ha fatto ampio uso di tale principio. La storia colloca l'ingresso formale della meritevolezza nell'orizzonte del giuridicamente rilevante verso la metà del secolo scorso, in occasione della promulgazione del nuovo codice civile italiano. Tale consacrazione è il frutto di una temperie culturale caratterizzata dal successo e dall'ampia diffusione di ideologie e dottrine politiche postulanti il superamento del modello politico-giuridico tipico del liberalismo democratico, centrato sul binomio Stato-individuo, a favore di un modello costruito a partire dal rapporto dialettico Stato-società<sup>47</sup>, di cui ci offrono una testimonianza esemplare gli *Studi sui principi dell'ordinamento giuridico fascista*. L'inedito interventismo statuale e l'irrompere del pubblico in sfere sino ad allora ritenute appannaggio esclusivo dell'autonomia privata, oltre a rappresentare un ovvio riflesso della dottrina fascista, della volontà di istituire un legame necessario tra Stato e società<sup>48</sup>, è favorito dalla presa d'atto della

<sup>46</sup> Messa in luce con esemplare lucidità da Ferri: «Tale problema pur puntualizzandosi sullo specifico argomento della funzione del giudice e dei correlativi poteri necessari a svolgere tale funzione, evidentemente implica e presuppone prospettive più generali, della scienza del diritto e della politica, che coinvolgono, a loro volta, i grandi temi del ruolo e della funzione dello stato, le scelte ideologiche che ne ispirano le finalità, i rapporti tra individuo, società e stato non meno che quelli tra morale, diritto, interesse e tutte le ulteriori conseguenti implicazioni», cfr. G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81-97, qui p. 89 s.

<sup>47</sup> Sulla corporazione come soluzione non compromissoria (a differenza del socialismo di Stato) per realizzare il superamento del dualismo Stato/individuo si sofferma a lungo U. SPIRITO, *La crisi del capitalismo e il sistema corporativo*, in *La crisi del capitalismo*, Firenze, 1932, p. 140.

<sup>48</sup> Cfr. I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007, p. 97 ss.



crisi del modello capitalistico classico<sup>49</sup>, la cui attualità è certificata dalla fine traumatica della travolgente euforia dei «roaring Twenties»<sup>50</sup>. Nella Relazione al codice, com'è noto, si tematizza espressamente la saldatura tra la nozione di ordine pubblico e la nozione di ordine corporativo allo scopo, per ciò che qui interessa, di ricavare dall'assetto politico, economico e sociale del nuovo regime un criterio di valutazione della liceità e quindi della meritevolezza degli interessi privati. Così facendo, l'ordine corporativo, attraverso la nozione di ordine pubblico, finisce per costituire la vera unità di misura cui rapportare la valutazione della meritevolezza degli interessi privati: «un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione di causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto»<sup>51</sup>. È a questo punto che il lettore della nostra favola fa la conoscenza di uno dei personaggi-chiave dell'intera vicenda. Se, nella favola di cui è protagonista, Meritevolezza è destinata a incontrare un principe azzurro, questi ha senz'altro le sembianze di Emilio Betti. Non è esagerato affermare infatti che sia stato proprio il giurista di Camerino a trasformare la piccola sguattera in una principessa<sup>52</sup>. Gli argomenti utilizzati nella *Relazione ministeriale al Codice* per illustrare la *ratio* ispiratrice dell'art. 1322, comma 2, riproducono pressoché alla lettera le tesi del secondo Betti, del Betti

<sup>49</sup> Ne sono testimonianza, in Italia, i volumi collettanei curati dall'*Osservatorio economico* annesso alla Scuola di Scienze corporative dell'Università di Pisa, dedicati appunto alla crisi del capitalismo (*La crisi del capitalismo*, Firenze, 1932). Contribuisce a tale presa di coscienza la consapevolezza di essere in presenza di una tendenza di portata sovra-nazionale, di cui è espressione il crescente interesse per il fenomeno dell'economia programmata, tradottosi oltreoceano nel poderoso *National Industrial Recovery Act* di Roosevelt. Bottai osserverà del resto che «quasi dappertutto si scorgono i segni di una politica economica intesa a raccogliere le fila e a dare un principio unitario alla molteplicità delle imprese e delle iniziative». Aggiungendo che sola la tendenza, tutta italiana, a confondere «piano economico» e «bolscevismo» ha reso esitanti gli addetti ai lavori, facendoli dubitare della bontà del modello corporativo. Cfr. G. BOTTAI, *Prefazione* al volume *L'economia programmata*, Firenze, 1933, p. V-VI.

<sup>50</sup> Cfr. R. L. PEARSON, *Gatsby: False Prophet of the American Dream*, in *The English Journal*, LIX, 1970, p. 638-645.

<sup>51</sup> Relazione al codice, cit., n. 613.

<sup>52</sup> Per il quale l'art. 1322 svolge una funzione strategica: quella di temperare la rigidità di un sistema che recepisce senza riserve il principio di tipicità legale dei negozi, riconoscendo diritto di cittadinanza ad accordi qualificati da un certo grado di tipicità sociale, ricavata a sua volta dal rinvio a valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale: cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, cit., p. 192 s.

dirigista e statalista<sup>53</sup>. Centrale, nel ragionamento del legislatore, è il nesso esistente tra causa, intesa come funzione economico-sociale, e autonomia privata<sup>54</sup>, nella misura in cui l'adozione di una prospettiva funzionalizzatrice fa sì che le manifestazioni di tale autonomia, per essere giuridicamente rilevanti, debbano soddisfare l'ulteriore requisito dell'apprezzabilità sociale del contratto<sup>55</sup>. Ne deriva l'insignificanza

<sup>53</sup> «Non è possibile», precisa Betti, «che all'autonomia privata nella sua attività relativa ai negozi giuridici possa essere riconosciuta una illimitata libertà di scelta degli scopi da perseguire. Nessun ordine giuridico si può prestare a procacciare ai singoli, a loro richiesta, la protezione giuridica per la realizzazione di ogni e qualsiasi scopo negoziale... Ciò perché la protezione giuridica deve essere concessa non al capriccio dei privati, ma solo a quegli scopi economici che per la loro rilevanza sociale appaiono adatti ad essere organizzati sotto l'egida del diritto», cfr. E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in *Ann. Univ. Macerata*, VII, 1966, p. 19 s.

<sup>54</sup> Autonomia che «è data ai privati perché attraverso il suo esercizio implementino funzioni e ruoli che le esigenze della riproduzione sociale vengono via via prospettando già sul piano pregiudiziale delle prassi collettive, sicché all'ordinamento spetta di riconoscere e tutelare solo quegli atti... i quali corrispondono a modelli standardizzati dell'agire sociale», cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 172, il quale inoltre sottolinea le ambiguità e la insostenibilità sul piano teorico di tale dispositivo, il cui contenuto operativo dipende dalla antropologia su cui si immagina che la società si sia istituita. Secondo l'Autore, l'ordine pregiudiziale postulato da Betti era auto-organizzato nel senso di una weberiana associazione di mercato, ovvero «in termini non diversi da quelli che, poi, polemicamente, gli contrapporrà G.B. Ferri ascrivendo alla causa una *funzione economico-individuale*». Sull'affermarsi del «dogma» della causa come funzione economico-sociale, si veda G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1997, p. 415-425; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 45 ss.

<sup>55</sup> Nella *Relazione ministeriale al Codice* si precisa infatti che «un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione di causa senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto». Ne deriva che il ruolo affidato dall'ordinamento alla causa non è più quello di rappresentare «scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto», bensì quello di configurare «la funzione economico-sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata». Tale funzione, si aggiunge subito, deve essere conforme non soltanto «ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole di tutela giuridica». I «riflessi diffusi dell'art. 1322» sono descritti dallo stesso legislatore, allorché, riconoscendo all'autonomia privata la libertà di «spaziare in una più vasta orbita» rispetto a quella dei tipi contrattuali formalmente previsti si premura però di precisare che «l'ordine giuridico non appresta protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni che abbiano una rilevanza sociale, e, come tali,

sul piano giuridico di ogni manifestazione dell'autonomia privata totalmente priva di «rilevanza sociale», tale cioè da apparire espressione di un «mero capriccio individuale»<sup>56</sup> cui non sia ricollegabile alcuna funzione socialmente utile<sup>57</sup>. Nella ricostruzione bettiana, inoltre, il giudizio di meritevolezza dovrebbe estendersi anche agli schemi organizzativi destinati a realizzare interessi tipici, ritenuti dall'ordinamento idonei e meritevoli; ciò perché non può escludersi in linea teorica che mediante l'impiego di un tipo negoziale "canonico" sia possibile realizzare interessi concreti che, divergendo dall'ipotesi astratta, risultino non meritevoli. La questione, però, non si risolve affatto con la caduta dell'ordine corporativo. A dimostrazione del fatto che il

meritino di essere tutelate dal diritto; il che rappresenta ancora un vincolo alla volontà privata. Si pensi, per esempio, ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte», cfr. *Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile «Delle Obbligazioni»*, Torino, 1941, n. 8, VI-VII.

<sup>56</sup> Sul percorso che, a partire dal dibattito sulla *causa idonea*, condusse all'introduzione nel codice dell'art. 1322, esempio classico dell'anti-individualismo bettiano, si vedano M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 561 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 799-814; G.B. FERRI, *La formula «funzione sociale» dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 673-693; M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013, p. 159 ss.; F. MAIOLO, *La causa come significato del contratto. Assenza e illiceità della causa: considerazioni sulla dottrina di Emilio Betti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 569-599; M.N. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane di una formula*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 9-17. È merito di Irti aver sottolineato come la polemica contro il dogma della volontà sia la conseguenza della «scelta di un nuovo angolo d'indagine», caratterizzato dal «processo per cui il diritto dello Stato entra in rapporto con gli atti di autonomia privata»: cfr. N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in AA.VV., *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, Milano, 1978, p. 395-420, p. 415 s., adesso anche in N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 1-39.

<sup>57</sup> Con la conseguenza che, nell'ambito della concezione oggettivistica e dichiarativistica del negozio giuridico adottata da Betti, fondata sulla nozione di causa intesa come funzione dell'interesse sociale dell'autonomia privata, la causa diventa un elemento di distinzione tra i vari tipi contrattuali, giacché essa esprime «propriamente la funzione economico-sociale che caratterizza il tipo di negozio quale fatto dell'autonomia privata e ne determina il contenuto minimo necessario», cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 35.

contesto ideologico, pur non irrilevante, è tutt'altro che centrale<sup>58</sup> in una vicenda che interpella questioni fondamentali dal punto di vista teorico-dogmatico<sup>59</sup>. Il recupero dei valori di democrazia e libertà sollecita una rilettura della nozione di autonomia privata, ormai definitivamente affrancata dall'ipoteca funzionalizzatrice, e favorisce l'emersione di un concetto di causa al contempo più modesto e più efficace, rendendo solo in apparenza inattuale il dibattito sul fondamento del giudizio di meritevolezza. Nel contesto istituzionale inaugurato dalla costituzione repubblicana, infatti, in ragione delle profonde istanze solidaristiche che la connotano e della sua intrinseca vocazione progettuale, la dialettica pubblico-privato muta volto e declinazione, ma non scompare affatto dal palcoscenico del diritto<sup>60</sup>. Il nuovo regime, semmai, eredita e fa propria tale dialettica; la quale, peraltro, non può intendersi alla stregua di un mero lascito testamentario fascista<sup>61</sup>, se è vero che la prospettiva *funzionalizzatrice* degli istituti fondamentali del diritto civile patrimoniale è piuttosto il frutto di un'onda lunga<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Senza nulla togliere agli sforzi messi in atto dalla nostra civilistica per mantenersi neutrale, resistendo per quanto possibile all'invadenza del regime, di cui sono espressione i «festoni di pessimo gusto» di cui è costellato il codice, esso è non di meno il prodotto di una «sapiente intelaiatura tecnica che non teme la transizione di regime politico», cfr. P. GROSSI, *Il disagio di un «legislatore» (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, qui p. 312.

<sup>59</sup> Il che spiega il carattere apparentemente «sovradimensionato» dell'indagine cui ha dato vita tale tema: cfr. M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55-73, cit., qui p. 56.

<sup>60</sup> Ciò che diventa particolarmente evidente allorché, tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, il diritto privato viene coinvolto nella riflessione in tema di programmazione economica. Si veda ad esempio A. CATAUDELLA, *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica, Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, I, Milano, 1971, p. 173-181.

<sup>61</sup> Senza dimenticare, tra l'altro, che la stessa dottrina organica al regime invitava a non sopravvalutare l'importanza della nozione di funzione sociale: cfr. S. PANUNZIO, *Il problema dei codici e i limiti della codificazione*, in *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milano, 1943, p. 33.

<sup>62</sup> Il congedo in atto dalla lunga stagione individualistica di cui il *Code Napoléon* è stato l'epitome è colto già da Duguit nelle lezioni tenute a Buenos Aires nel 1911, dove la nozione di «fonction sociale» è elevata al rango di categoria centrale del diritto civile, al posto della tradizionale nozione di autonomia privata. Cfr. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1920, p. 15 ss.

di natura culturale, tesa al «superamento di quella lunga stagione individualistica del diritto civile, che si era consolidata nel corso dei secoli e che aveva ottenuto la sua consacrazione nel *code Napoléon*»<sup>63</sup>. Se tali e tanto rilevanti sono le questioni che si agitano sullo sfondo, va però riconosciuto alla scienza giuridica il merito di essersi sempre sforzata di impostare i termini del problema con esemplare linearità. Agli occhi della dottrina, infatti, tutto dipende dalla risposta, cruciale, che l'interprete intende offrire alla domanda seguente: l'adozione dell'ordine pubblico, come parametro cui rapportare la meritevolezza degli interessi esaurisce il contenuto di tale giudizio? Detto altrimenti: il concetto di meritevolezza deve intendersi coincidente con quello di liceità, oppure, al contrario, il fondamento del giudizio di meritevolezza si identifica con qualcosa di diverso e ulteriore, in particolare con la nozione di utilità e rilevanza sociale? La risposta a tale interrogativo non è affatto indolore, giacché impone all'interprete una presa di posizione dinanzi a questioni capitali: dalla nozione di negozio giuridico a quella, preliminare, di autonomia privata, dalla nozione di causa alla distinzione tra causa e tipo negoziale.

3. Se volessimo raccontare in chiave storica le vicende della meritevolezza restando fedeli alla falsariga fiabesca, dovremmo pensare, però, che per gran parte del XX secolo non è con Cenerentola che abbiamo a che fare, ma con la Bella Addormentata nel Bosco. Meritevolezza, una fanciulla bella, intelligente e di nobili origini, non ancora adolescente, cade infatti in un sonno profondissimo, un sonno che verso gli anni Settanta del secolo scorso ben pochi sarebbero riusciti a distinguere dalla morte. Le “fate cattive”, cui si deve la maledizione e il sonno di morte di Meritevolezza, sono almeno quattro: Giuseppe Stolfi, Gino Gorla, Giovanni Battista Ferri e Attilio Guarneri<sup>64</sup>. Gli argomenti da cui origina l'*interpretatio abrogans* e il lungo sonno di Meritevolezza si sviluppano seguendo tre fondamentali linee di forza. In primo luogo, l'attacco a tale nozione si inserisce nel più ampio dibattito sulla natura del negozio giuridico testimoniata dalla celebre polemica tra Emilio Betti e Giuseppe Stolfi. Va da sé che nel quadro della concezione robinsoniana del negozio giuridico come puro

<sup>63</sup> Cfr. FERRI, *La formula «funzione sociale»*, cit., p. 677.

<sup>64</sup> La cui voce *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1995, p. 323-332, ha tutta l'aria di un definitivo commiato della giusciviltistica da tale “sfortunata” clausola generale.

atto di volontà propria di Stolfi<sup>65</sup>, la meritevolezza appare un ospite ingombrante e molesto. Le sorti della meritevolezza, in altre parole, appaiono inestricabilmente legate all'idea di contratto da cui muove l'interprete. In un orizzonte dottrinale che assegna al contratto il ruolo di strumento per eccellenza di autoregolamentazione di interessi particolari, è sufficiente, affinché il privato soddisfi interessi di carattere generale, che nell'esercizio della sua autonomia non superi i limiti entro i quali il sistema pubblicistico lo circoscrive. Nella prospettiva opposta, al contrario, un mero esercizio dell'autonomia privata rispettoso dei limiti ordinamentali previsti non può ritenersi di per sé sufficiente a dar vita a rapporti giuridici meritevoli di riconoscimento e di tutela<sup>66</sup>. Il che, come si vede, equivale a interrogarsi su una questione capitale, sulla quale il pensiero giuridico non ha cessato di arrovellarsi dai tempi di Aristotele; ovvero se il contratto possa, o meno, assurgere al livello di strumento politico di attuazione di una giustizia di natura distributiva, o se ad esso debba essere riservato l'ambito più circoscritto, l'unico che gli è davvero congeniale, della giustizia commutativa<sup>67</sup>. È qui che interviene la critica di Gorla alla nozione di utilità sociale, ovvero al fondamento stesso del principio di meritevolezza. Si evidenzia infatti come l'idea che sia possibile attuare un «welfare through contract», ovvero che l'esercizio dell'autonomia privata in ambito contrattuale debba essere funzionale al conseguimento di un

<sup>65</sup> La posizione di Stolfi in merito alla necessità di garantire l'autonomia privata si trova in G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. VII-XXVII, oltre che, ovviamente, nella nota polemica che lo contrappose a Betti: cfr. ID., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, p. 41-59.

<sup>66</sup> Non a caso, nella prospettiva bettiana, la tutelabilità dell'interesse privato non dipende dal semplice rispetto dell'interesse pubblico, rappresentando quest'ultimo non soltanto un limite da non valicare, ma una meta da raggiungere: cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria generale del contratto*, Milano, 1970, p. 210 s.

<sup>67</sup> L'idea diffusa che il diritto dei contratti si fondi su un principio di giustizia correttiva, da realizzare mediante *Inhaltskontrolle* disseminati tra diritto sociale dei contratti, contratti dei consumatori, tutela della concorrenza, disciplina della integrazione verticale tra imprese, allo scopo di reprimere la lesione della parità contrattuale, ha dato vita a una polemica tra fautori di quello che è stato, non simpateticamente, definito contratto «rugiadoso», e fautori di un contratto «macho», «che si giustifica un po' da sé, come il Barone di Münchhausen si libra nell'aria tirandosi per il codino»: cfr. V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2015, p. 447-477, qui p. 458; ID., *Mercati finanziari, modelli operativi della clausola generale di buona fede e dicotomie della giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 233-244.

livello accettabile di «benessere sociale», tragga origine da un equivoco di fondo: la tendenza, propria dell'«economismo» a utilizzare come modello esclusivo di riferimento il «contratto a interessi economici», ritenuto il contratto per eccellenza: col risultato che qualsiasi manifestazione dell'autonomia privata che esuli dall'ambito della produzione e della distribuzione della ricchezza finisce per risultare socialmente non rilevante. Senonché, considerare contratti degni di questo nome solo i negozi giuridici mediante i quali si realizza un trasferimento di natura patrimoniale equivale a distruggere l'idea stessa di contratto, se è vero che esso, per sua essenza, a prescindere dall'orizzonte ideologico di riferimento, resta pur sempre un «mezzo di sviluppo della personalità nelle sue molteplici manifestazioni»<sup>68</sup>. Infine, l'assimilazione della meritevolezza alla liceità degli interessi si inserisce nel quadro del processo di profonda revisione<sup>69</sup> della nozione di causa al cui esito essa si presenta trasfigurata: non più meccanismo di controllo, e quindi potenziale strumento di manomissione dell'autonomia privata,

<sup>68</sup> Critica preceduta dal rifiuto della nozione di funzione economico-sociale, di cui l'art. 1322 rappresenta la traduzione legislativa. Gorla è chiarissimo nel sostenere che il concetto di contratto illecito dovesse ritenersi più che sufficiente: «Noi non riteniamo che il requisito della funzione economico-sociale, così inteso, sussista nella *civil law* moderna e tanto meno in altri sistemi giuridici. Non riteniamo, comunque... che quel requisito... sia suscettibile di applicazioni pratiche che lo distinguano dalla illiceità del contratto o dalla possibilità di eliminare questa illiceità in *certi casi speciali*, o da altri casi che si possono e si devono spiegare senza bisogno di ricorrere a quella teoria. La teoria della causa del contratto come funzione economico-sociale è il prodotto più squisito di un certo metodo (insensibile alla storia e al diritto comparato) di nebulose astrazioni e di equivoche generalizzazioni, croce e delizia di una parte notevole dei nostri scienziati del diritto, quelli che, nella storia del *civil law*, si chiamavano i *savants*», cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955, p. 199 ss., qui p. 203.

<sup>69</sup> Tale processo prende le mosse dalla constatazione dell'equivoco di fondo su cui si basa la teoria della funzione economico-sociale, ovvero l'identificazione tra causa e tipo contrattuale. Si precisa infatti come la causa non sia l'unico elemento tipizzante, ma come invece il tipo sia la risultante di una serie di elementi: la qualità delle parti, la natura del bene oggetto del contratto, la natura della prestazione, la dimensione temporale, il modo di perfezionamento. Elementi che convergono in un processo di aggregazione funzionale da cui emergono tipologie di schemi contrattuali corrispondenti a modelli di operazione economica messi dall'ordinamento a disposizione delle parti: cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, cit., p. 357 s.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 59 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, qui p. 54 e 103.



ma oggetto di controllo<sup>70</sup>; causa, cioè, intesa non come strumento di etero-determinazione delle manifestazioni della libertà negoziale di cittadini resi “funzionari”, ma causa come funzione economico-individuale, ovvero come «espressione oggettivata delle finalità soggettive che gli autori del negozio intendono perseguire». Col risultato che ad essa, pur senza disconoscerne l'originaria natura funzionale, si finisce per attribuire un compito ben diverso: quello di riassumere in termini giuridicamente plausibili la razionalità e la ragionevolezza della specifica regola negoziale attraverso cui le parti hanno disciplinato i loro specifici e concreti interessi<sup>71</sup>. Ferri, cui si deve in larga misura questo salto di paradigma<sup>72</sup>, si guarda bene tuttavia dal concedere al nostro principio il margine di libertà che la rinnovata concezione causale avrebbe potuto suggerire<sup>73</sup>. La ritrovata chiarezza d'idee in tema

<sup>70</sup> Cfr. N. STEFANELLI, *La parabola della causa*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 225-241, qui p. 230.

<sup>71</sup> Causa quindi intesa come giustificazione razionale dell'operazione, nel senso che «l'assetto di interessi avuto di mira dai contraenti e oggettivato nella programmazione del funzionamento del contratto deve comunicare un livello minimo di razionalità», cfr. N. STEFANELLI, *La parabola*, cit., p. 231.

<sup>72</sup> Presupposto di esso è la sottolineatura della incompatibilità tra causa, come elemento essenziale del contratto e nozione di funzione economico-sociale, espressione di un ordine di valutazione che discende dall'ordinamento, come tale estranea al programma delle parti. Una causa-funzione, che è anche elemento essenziale del contratto ed espressione del programma negoziale, non può che intendersi in senso economico-individuale. Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 249 ss.; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 14. Si tratta, com'è stato notato, del «più autorevole modello operativo» prospettato nel panorama della dottrina postfascista, cfr. N. STEFANELLI, *La parabola*, cit., p. 230 s. Tale tesi è stata poi precisata dalla dottrina successiva. Da un lato, portando alle estreme conseguenze l'impostazione ferriana, si è identificata la causa con l'interesse del promittente, facendola coincidere con l'interesse di colui che assume su di sé un sacrificio, da cui discende l'assenza di causa in senso oggettivo nei contratti non interessati. Dall'altro, si è distinto l'oggetto del giudizio causale, inteso in senso economico-individuale, dal *parametro* alla cui stregua tale oggetto deve essere valutato, nel senso che l'adozione di una nozione economico-individuale di causa non implica necessariamente che l'ordinamento debba valutarla mediante una misura esclusivamente individualistica. Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, I, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, p. 777 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 452 s.; M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 125 ss.

<sup>73</sup> A cominciare dall'affrancamento del giudizio di meritevolezza che sarebbe potuto discendere dalla netta distinzione tra causa e tipo. Storicamente, infatti, l'identificazione tra causa e tipo è all'origine di due conseguenze, sottoposte entrambe a critica, sia pure in diversa misura, da parte della dottrina: in primo luogo, ha escluso il controllo di liceità sui contratti tipici, sul presupposto che questo vaglio sia stato già

di causa e di tipo, e l'affiorare di una concezione più modesta, ma più efficace, di causa, intesa come «strumento di giustificazione di fonte all'ordinamento dei movimenti dei beni da un individuo all'altro»<sup>74</sup>, non valgono a liberare la meritevolezza dalle ipoteche del passato. Nell'opera di Ferri alla meritevolezza sono dedicate poche pagine dal sapore liquidatorio: è una nozione pleonastica, un puro residuo bellico, un infelice sinonimo della nozione di liceità<sup>75</sup>. Ad agire da freno è, soprattutto, il timore che il «via libera» alla meritevolezza, il suo impiego a discapito di «altre tradizionali e più sperimentate clausole generali», provochi l'evaporazione della certezza del diritto, finendo per attribuire al giudice un potere discrezionale indebito. Il timore, insomma, di innescare una deriva verso fenomeni patologici di «governo giudiziario del contratto» e quindi verso una sorta di espropriazione del principale strumento di manifestazione della autonomia privata. Eppure, non a caso, è proprio nel momento in cui Meritevolezza pare uscire definitivamente di scena, abbandonandosi a un sonno di morte, che la vediamo ricomparire, più vivace e intraprendente che mai, in un processo che stupisce nella sua perfetta circolarità: la enucleazione della nozione di causa come funzione economico-individuale (e la relativa distinzione tra causa e tipo), offrendo le premesse per il successo della nozione di causa in concreto<sup>76</sup>, finisce per veicolare il

operato dal legislatore; in secondo luogo, ha favorito la confusione/identificazione tra il giudizio di meritevolezza e il giudizio di liceità, accreditando l'idea che il controllo *ex art. 1322* debba svolgersi in senso esclusivamente negativo, per verificare che il contratto non violi norme imperative di legge o non sia illecito. Come vedremo, invece, con l'inizio del nuovo millennio, la giurisprudenza ha imboccato la strada opposta, ritenendo che la meritevolezza debba essere intesa come una valutazione in positivo, ovvero come una valutazione della finalità perseguita come finalità apprezzabile da parte dell'ordinamento giuridico.

<sup>74</sup> Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Causa*, cit., p. 564.

<sup>75</sup> Tesi alla quale l'autore resta saldamente fedele: cfr. G.B. FERRI, *Tradizione e novità*, cit., p. 137 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, cit., p. 109 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1979, p. 8 ss.

<sup>76</sup> L'idea della causa concreta discende infatti dalla nozione della causa come funzione economico-individuale, intesa come indice del «valore» e della «portata che all'operazione economica nella sua globalità le parti stesse hanno dato»: cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 371. L'esigenza di una declinazione concreta del profilo causale è favorita anche da un nuovo modo di intendere i motivi, la cui irrilevanza non pare più sostenibile allorché siano obiettivizzati nel regolamento contrattuale: cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 207 ss.; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, p. 182 ss. In realtà, la nozione di causa in concreto non era estranea al

ritorno della meritevolezza. Essa, da principio, si muove con relativa discrezione, nascosta nell'ampio ventre di balena della causa in concreto<sup>77</sup>. Per poi riemergere, manifestandosi con un effetto sorpresa d'indubbia efficacia. Qui le fiabe si intrecciano e il nostro racconto si avvia al suo epilogo: dismessi i panni della Bella Addormentata, Meritevolezza assume quelli di Geppetto "ritrovato", per calarsi infine nel ruolo del Gatto con gli stivali. Con il protagonista della favola di Perrault condivide l'intraprendenza, la sfacciataggine e lo spirito

legislatore fascista, il quale, infatti, nella Relazione al codice (n. 614), vi faceva espresso riferimento, concependo però l'indagine attorno a tale profilo come verifica della realizzazione della funzione astratta alla luce delle circostanze concrete. Successivamente, il congedo dalla nozione di causa come funzione economico-sociale, ritenuta incapace di «dare rilevanza agli specifici elementi che concorrono a formare la ragione giustificativa di ciascun particolare contratto», favorisce l'adozione di una nozione di causa intesa come «pratica ragion d'essere della operazione valutata nella sua individualità o singolarità»: cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 364; U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, cit., p. 66. Diventa quindi fondamentale la valutazione dell'interesse perseguito effettuata alla luce dei caratteri individuali della specifica regola privata: cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 103; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa*, cit., p. 1000 s. Si è passati così dalla pressoché totale assenza della causa nelle pronunce giurisprudenziali a un ricorso diffuso alla nozione di causa concreta, intesa come l'interesse che l'operazione è concretamente diretta a realizzare. Cfr. C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto*, cit., p. 256.

<sup>77</sup> Mediante la formale consacrazione giurisprudenziale di tale nozione (Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985), si è compiuto il passo definitivo dalla causa come elemento del contratto alla causa come giudizio sul contratto: cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 143 ss.; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 416-455. Dopo la pronuncia del 2006, che aveva ad oggetto un contratto per prestazioni di consulenza concluso da una società con uno dei propri amministratori, la giurisprudenza ha fatto ricorso alla nozione di causa in concreto per valutare la natura delle polizze *unit-linked* e delle polizze assicurative contro gli infortuni non mortali. Si vedano Cass., 18 aprile 2012, n. 6061, in *Corr. giur.*, 2013, p. 767 ss., nonché Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 1160 ss. Gli stessi giudici, d'altra parte, prima della pronuncia sulla causa in concreto, avevano parlato di «governo giudiziario del contratto» (Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Contr. impr.*, 2005, p. 501. In pratica, ai «dieci anni che sconvolsero il contratto», di cui parlava Roppo in riferimento all'ultimo decennio del XX secolo in relazione all'impiego spregiudicato della buona fede come strumento di governo giudiziario del contratto, ne sono seguiti altri in cui tale sconvolgimento è stato ripreso e approfondito. Stavolta mediante l'impiego della causa, elevata quasi al rango di clausola generale. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 1083 ss.; M. BARALDI, *Il governo del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 501-538; M. PENNASILICO, «Ménage à trois»: la correzione giudiziale dei contratti, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 179 ss.

d'iniziativa. Soprattutto, alla stessa stregua del gatto con gli stivali, Meritevolezza sembra funzionare. Funziona perché (apparentemente) risolve problemi. E li risolve facendo appello anch'essa al proprio marchese di Carabas, il quale, nel nostro caso, coincide con l'esigenza della salvaguardia della razionalità mercantile.

4. Il crollo delle narrazioni fondazionali espone l'uomo contemporaneo al rischio espresso nel celebre aforisma che Emile Cammaerts attribuisce a Chesterton: «When men stop believing in God, they don't believe in nothing; they believe in everything». In tal caso, la tentazione di considerare reali le chimere escogitate dalla fantasia d'un pazzo è dietro l'angolo. Qualcosa di simile è avvenuto nel corso del primo decennio del XXI secolo, allorché il moltiplicarsi incontrollato di strumenti di finanza derivata, che parevano non di rado il frutto della immaginazione di «madmen»<sup>78</sup>, ha innescato una crisi economica globale di dimensioni epiche<sup>79</sup>. Dinanzi a uno scenario caotico, popolato da ibridi economico-giuridici difficilmente comprensibili anche per i presunti addetti ai lavori, i giuristi, e in primo luogo i giudici, hanno rotto gli indugi. Per domare l'Idra di Lerna occorrevano soluzioni rapide ed efficaci, pensate da giuristi “versatili e scaltri”,

<sup>78</sup> È quanto scrive l'“oracolo di Omaha” nell'ormai celeberrima lettera agli azionisti del 2002, pubblicata il 21 febbraio del 2003, nella quale i rischi della cosiddetta finanza creativa sono descritti con notevole lucidità. Al punto di definire, senza mezzi termini, talune forme di contratti derivati alla stregua di vere e proprie armi di distruzione di massa: «Charlie and I believe Berkshire should be a fortress of financial strength – for the sake of our owners, creditors, policyholders and employees. We try to be alert to any sort of megacatastrophe risk, and that posture may make us unduly apprehensive about the burgeoning quantities of long-term derivatives contracts and the massive amount of uncollateralized receivables that are growing alongside. In our view, however, derivatives are financial weapons of mass destruction, carrying dangers that, while now latent, are potentially lethal». Di questo si può leggere ampiamente in A. SCHROEDER, *The Snowball. Warren Buffett and the Business of Life*, New York, 2009, p. 603 ss. Buffett, a ben vedere, stigmatizzava l'abitudine, presente in finanza, di «chiamare mercato anche ciò che mercato non è, come accade per il mercato dei derivati finanziari speculativi», da cui discende il « nichilismo finanziario inteso come nientificazione dell'economia reale e negazione dell'essenzialità delle attività produttive»: cfr. M. ROSSI, *I contratti derivati e il letto di Procruste della speculazione: tra dike giuridica e hybris di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, p. 749-793, cit., p. 786 s.

<sup>79</sup> Le cause e la dinamica di tale crisi sono descritte magistralmente da R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism. The crisis of '08 and the descent into depression*, Cambridge (MA), 2009.

alla maniera di Odisseo. Il secondo decennio del secolo in corso ci si presenta, non a caso, come la “sagra” del salto della fattispecie e del ragionar per principi. Un fenomeno globale, non esclusivamente peninsulare. Ma che in Italia acquista un significato peculiare, giacché si traduce nel recupero del ruolo strategico del principio a suo tempo proposto ed esaltato da Emilio Betti. Che adesso assume le vesti del gatto con gli stivali: creatura ingegnosa, scaltra, efficace, ma vagamente inquietante. Bisogna dire che, prima dell’improvvisa deflagrazione delle armi di distruzione di massa, lo stato dell’arte, in relazione al nostro principio, in ambito dottrinale, era quello consueto. Tre, essenzialmente, le soluzioni sul tavolo: la prima, la più radicale, la ben nota *interpretatio abrogans*: la meritevolezza è un doppione di altre disposizioni normative (1343, 1344, 1346 c.c.), e quindi inutile in sede applicativa<sup>80</sup>, a meno di voler ammettere un controllo in positivo sugli interessi concretamente realizzati da un determinato contratto: esito inammissibile per ragioni sia ideologiche che sistematiche, non avendo senso trasformare la causa in uno strumento di controllo occulto del regolamento contrattuale; la seconda, incline a salvare la meritevolezza, nascondendola nel ventre di balena della causa concreta, trasformandola in un parametro di valutazione caso per caso del merito dell’assetto di interessi realizzato dal singolo contratto; la terza, anch’essa incline a riconoscere alla meritevolezza un diritto di cittadinanza, benché alquanto circoscritto: l’art. 1322 come criterio per risolvere il problema pregiudiziale della giuridicità del vincolo in termini di astratta idoneità del contratto atipico ad assurgere a modello di regolazione giuridica di interessi; la quarta, infine, secondo la quale, la meritevolezza, non essendo un limite ma un «predicato» dell’autonomia negoziale, non può utilizzarsi per fondare un giudizio di validità dell’atto di autonomia negoziale ma per indicare i «binari» entro i quali esso può spaziare. Con la conseguenza che l’impiego di tale principio, rigorosamente distinto sia dalla clausola generale di buona fede che dal criterio di ragionevolezza, è prevalentemente affare del legislatore, mentre al giudice spetta il compito non di sanzionare

<sup>80</sup> Data l’impossibilità di individuare un esempio reale di contratti immeritevoli che siano nulli non perché illeciti o altrimenti viziati: cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 850; R. SCOGNAMIGLIO, *La dimensione problematica di una categoria concettuale*, in G. VETTORI, (a cura di), *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, Milano, 2006, p. 200 ss.; A. BARENGHI, *La meritevolezza degli interessi perseguiti*, in N. LIPARI e P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, III, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 299 ss.

l'atto immeritevole «il quale non sarebbe nullo, ma inesistente, ma di identificare i valori che rappresentano i binari della meritevolezza»<sup>81</sup>.

Pressoché trasversale, inoltre, il consenso attorno ai limiti intrinseci del controllo di meritevolezza, in quanto fondato su acrobazie ermeneutiche che appaiono irrimediabilmente fragili, poiché minate in radice da un evidente sincretismo argomentativo<sup>82</sup>: la debolezza di una *ratio decidendi* fondata sulla meritevolezza appare la conseguenza inevitabile del tentativo di dare spazio e tenere in equilibrio, per il tramite dell'art. 1322, elementi eterogenei: dalla razionalità economica dell'assetto di interessi consacrato nel contratto, ovvero la sua plausibilità in una logica di mercato, alla realizzazione o al non intralcio di valori di rango costituzionale, passando per la salvaguardia dell'equilibrio delle prestazioni nell'ottica della ricerca di un *minimum* di giustizia contrattuale<sup>83</sup>. Senza dimenticare, infine, le censure preliminari, di ordine strettamente dogmatico, relativa alla confusione provocata da un impiego spregiudicato di tale principio nei confronti di categorie del diritto contrattuale che la dottrina aveva penato non poco a sceverare distinguendone il ruolo e il significato a livello teorico-generale<sup>84</sup>: il

<sup>81</sup> Cfr. M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 789-815.

<sup>82</sup> Di particolare rilievo, per la profondità che la caratterizza, risulta la tesi di Barcellona circa la «contro-costituzionalità» di una interpretazione costituzionalmente orientata della causa e della meritevolezza. Ciò perché, nell'ottica di una antropologia solidale, dal momento che «causa e meritevolezza sono prospettati dall'ordinamento come un "requisito" che positivamente il contratto deve esibire perché abbia "forza di legge"... dovrebbe ritenersi privo di un tal requisito qualsiasi concreto contratto del quale non si possa dire che oggettivamente si prefigge, e comunque realizza, il bene comune (dei contraenti e della comunità)». Conclusione inaccettabile alla luce del nostro sistema costituzionale, il quale «esclude preliminarmente che la solidarietà prenda, in modo generalizzato, il luogo del mercato». Nel nostro ordinamento, la solidarietà è parziale, «e la "parte" di essa che deve essere somministrata deve essere politicamente decisa»: cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 179 s.

<sup>83</sup> Cfr. C. TENELLA SILLANI, *La riforma francese*, cit., p. 545 s. Si è notato ad esempio come la giurisprudenza «presa dall'ansia di produrre un risultato giusto, usa lo strumento sbagliato (o usa in modo sbagliato lo strumento astrattamente giusto)». La questione in realtà andrebbe risolta optando per una delle due classiche alternative: dichiarare la nullità del contratto *ex art. 1418*, comma 1, c.c.; disporre l'annullamento per errore essenziale su natura o oggetto, *ex art. 1429*, n. 1, c.c.: cfr. V. ROPPO, *La causa in concreto*, cit., p. 986 s.

<sup>84</sup> A cominciare dalla nozione di tipo contrattuale e dalla sua relazione con il concetto di causa: cfr. R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim.*, 1966, p. 790 e ss; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 59 ss.

ritorno in auge della meritevolezza è apparso allora viziato in radice dal fatto che una categoria funzionale a definire l'astratta giuridicità del vincolo contrattuale è stata sovente utilizzata per finalità che dovrebbero esserle estranee, ovvero per reprimere condotte o assetti di interessi giudicati in concreto contrari ai principi e ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Le resistenze dottrinali appaiono pertanto la conseguenza di una molteplice serie di fattori. La «nicchia» nella quale si cerca rifugio viene scavata in risposta a timori e a esigenze profondamente radicate: la reazione al cospetto di un approccio ermeneutico postmoderno, che rischia di mandare in frantumi la certezza del diritto<sup>85</sup>; l'attaccamento a categorie concettuali frutto di una tradizione illustre, che si vuol custodire gelosamente; i riflessi, quasi condizionati, dinanzi a una categoria, la meritevolezza, che sa di dirigismo e di statalismo paternalista; la tutela dei privati e della loro autonomia<sup>86</sup> contro i pe-

<sup>85</sup> Si è parlato infatti di passaggio dallo *ius positum* allo *ius in fieri* per descrivere una temperie storica caratterizzata dal «graduale accreditamento dell'idea di creatività dell'interpretazione», nella quale l'interpretazione del giurista «non ha uno scopo diverso da quello che l'interprete in quel momento si prefigge». Si veda per una lucida analisi delle reazioni della civilistica italiana dinanzi alla «nebulizzazione del sistema delle fonti», N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 1115-1143, qui p. 1137 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., p. 87; P.G. MONATERI, «Correct our watches by the public clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA e G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia, interpretazione*, Roma-Bari, 1978, p. 204.

<sup>86</sup> Come si è osservato, infatti, «quando si discute dell'opportunità di concedere un rimedio a fronte di una sopravvenienza, il tema del contendere non è più il singolo contratto, ormai superato dagli eventi, ma il contratto come istituzione, vale a dire, il ruolo dell'autonomia delle parti nelle fonti di disciplina delle relazioni economiche che s'inscrivono in un orizzonte temporale duraturo», cfr. V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, cit., p. 449. Col risultato che la giustizia del caso singolo finisce per tramutarsi nel problema qualitativamente diverso della scelta della composizione ottimale, alla luce di un determinato assetto economico e sociale, di diversi tipi di regolazione del mercato. Cfr. sul punto T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in ID., *Problemi giuridici*, Milano, 1959, p. 113 s. In altre parole, l'autonomia privata subisce una profonda mutazione: si passa dal brocardo *stat pro ratione voluntas* a «un'immagine dell'autonomia che debba conciliarsi, in contesti adeguati, con una razionalità pratica valutabile in termini di efficienza e di coerenza complessiva dei rapporti economici e sociali». Con l'avvertenza, però, di non confondere il problema dei rimedi a un esercizio non effettivo dell'autonomia contrattuale con un concetto generico di giustizia contrattuale: cfr. U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit., p. 55.



ricoli di una espropriazione, per via giurisprudenziale, della libertà contrattuale<sup>87</sup>.

La *failure of capitalism*, tuttavia, ha messo a dura prova il consolidato *acquis* dottrinale in materia. Vicende giurisprudenziali tristemente celebri hanno contribuito ad accendere i riflettori sui rischi intrinseci legati a un modello economico ormai in larga misura finanziarizzato. Prima ancora della questione degli *Interest Rate Swap* (IRS), della loro natura e qualificazione giuridica, si è posto il problema del cosiddetto risparmio tradito e della previdenza fantasma, di cui il caso *MyWay4You*<sup>88</sup> e gli scandali *Cirio* e *Parmalat* rappresentano l'epitome. Nel tentativo di mettere un pò di ordine in un orizzonte divenuto ben presto alquanto turbolento, la Suprema Corte, non senza fatica, ha enucleato due ipotesi diversamente patologiche: in primo luogo, quella del contratto *inadeguato*, che è tale in conseguenza della violazione delle regole di condotta da parte dell'intermediario finanziario, da cui scaturisce l'annullabilità e non la radicale nullità del vincolo negoziale; in secondo luogo, quella del contratto *lecito e immeritevole*, la cui elaborazione, per l'appunto, si fonda sul "salto della fattispecie", ovvero sulla necessità di abbandonare la tradizionale logica della fattispecie contrattuale a vantaggio della nozione assai fluida di "operazione economica", derivante dalla combinazione e dal collegamento di schemi giuridici disparati in cui si sostanziano i prodotti finanziari complessi<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Senonché «la prospettiva liberale dell'autonomia privata, adottata per i fini della regolamentazione della finanza derivata, delinea uno scenario magmatico». Gli interpreti, senza eccezione, devono rispondere alle seguenti domande: «può un soggetto stipulare un contratto del contenuto del quale non conosce o non comprende assolutamente nulla, sa che potrà guadagnare o perdere ma non sa quanto né perché? Può... acquistare un prodotto finanziario a scatola completamente chiusa? Cosa deve dunque conoscere e comprendere la parte per stipulare validamente? E se conosce e comprende (almeno) il minimo indispensabile, la stipulazione è sempre valida?», cfr. R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, Milano, 2014, p. 33-89, qui p. 59 s. e p. 67.

<sup>88</sup> Cfr. R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1281-1307; M. FRANZONI, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 54-62, qui p. 57 ss.

<sup>89</sup> Si vedano Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 22 novembre 2015, n. 22950, con nota di M. COSTANZA, *For you nothing e meritevolezza*, in *Società*, 2016, p. 733 ss.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 2016, p. 137 ss., con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*. A "sdoganare" la meritevolezza ha contribuito la necessità, cui si è trovata dinanzi la Cassazione, di fare i conti,

Mettendo da parte un modello ricostruttivo fondato sulla consueta contrapposizione tra contratto quadro e singole operazioni di investimento, i giudici non hanno escluso che la condotta dell'intermediario finanziario possa provocare l'alterazione di un elemento essenziale della fattispecie contrattuale, realizzando un assetto di interessi che l'ordinamento reputa non meritevole di tutela. In altre parole, l'esame della ragione pratica dell'affare può fare emergere una contraddizione insuperabile fra l'astratto modello di operazione economica e l'effettivo assetto di interessi realizzato, specie laddove l'operazione di investimento determini uno sbilanciamento abnorme dell'alea o addirittura la «inesistenza di una situazione di alea bilaterale»<sup>90</sup>. Il contratto, in questo caso, è al contempo *lecito* e *immeritevole* e quindi incoercibile e indifferente per l'ordinamento, in quanto lo scrutinio della causa in concreto svela il radicale difetto di una ragione giustificativa plausibile del vincolo<sup>91</sup>. In tale approdo giurisprudenziale, la favola post-moderna che abbiamo tentato di raccontare trova il suo compimento. Tutti gli elementi-chiave vi si trovano infatti concentrati: lo scivolamento

senza sconfessarlo, con l'orientamento interpretativo elaborato proprio in riferimento alla materia finanziaria, teso a distinguere tra sanzioni applicabili alla violazione di norme statuenti regole di validità e sanzioni applicabili alla violazione di norme statuenti regole di condotta. Si vedano le ormai celebri "sentenze gemelle" Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 25725, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784. La presa di posizione della Suprema Corte è conseguenza del tentativo di mettere ordine in un profluvio di pronunce di merito, che hanno preso di petto il tema dei derivati *OTC* con sfumature diverse e talora contrastanti, ma sempre a partire dalle nozioni di causa e di meritevolezza: cfr. A. TUCCI, *Il contratto inadeguato e il contratto immeritevole*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 921-955, cit. p. 946. A titolo d'esempio, è possibile qui citare App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, su cui si veda D. IMBRUGLIA, *La creazione razionale dell'alea nei derivati OTC e la nullità dello SWAP per vizio di causa*, in *Pers. merc.*, 2014, p. 32 ss.; Trib. Torino, 17 gennaio 2014, su cui si veda F. CORAZZA, *Causa, meritevolezza e razionalità dei contratti derivati IRS*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 183 ss.; Trib. Modena, 23 dicembre 2011, su cui si veda V. SANGIOVANNI, *Contratto di swap, alea unilaterale e interessi non meritevoli di tutela*, in *Contratti*, 2012, p. 130 ss. Per farsi un'idea del panorama completo della giurisprudenza in materia si vedano M. DE POLI, *Sul controllo giudiziale degli IRS attraverso la causa*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 91-120 nonché la tesi di dottorato di R. FORNASARI, *Causa e meritevolezza nel diritto contrattuale contemporaneo*, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, 2020 (<http://amsdottorato.unibo.it/9214/>), p. 177 ss.

<sup>90</sup> Balza allora in primo piano il ruolo della causa concreta come appiglio rimediabile utilizzabile in tutte le ipotesi di un impiego funzionale distorto degli schemi negoziali adottati: cfr. A. BARTALENA, *Patologie dei derivati: la causa concreta come strumento di tutela dell'investitore «tradito»*, in *Società*, 2020, p. 1122-1134.

<sup>91</sup> Sul carattere problematico della nozione di irrilevanza del contratto immeritevole si veda TUCCI, *Il contratto inadeguato*, cit., p. 951 s.

dalla fattispecie ai principi, il passaggio dai dogmi ai rimedi e, appunto, la definitiva consacrazione, anche nel nostro ordinamento, della centralità della dimensione rimediale, da cui deriva l'impiego di uno strumento sfuggente, ma indubbiamente efficace, quale la meritevolezza, recuperata dal "ventre profondo" della causa in concreto, per realizzare un'operazione di governo giudiziale del contratto.

Dinanzi a tale scenario, con riferimento al fenomeno degli *IRS*, che rappresenta poi la fattispecie più problematica<sup>92</sup>, la figura del contratto lecito e immeritevole ha trovato in dottrina molteplici declinazioni: i derivati speculativi, non essendo equiparabili a scommesse, devono considerarsi immeritevoli di tutela, in quanto la finalità speculativa non può ritenersi confinata nell'area dei motivi del negozio ma si riflette sul piano della funzione economico-sociale, la quale è incompatibile con un conflitto di interessi suscettibile di condurre alla formazione di un prezzo irrazionale dal punto di vista del mercato e di una corretta allocazione delle risorse<sup>93</sup>; il derivato speculativo, essendo dal punto di vista economico equiparabile a una scommessa, può, a certe condizioni, ritenersi nullo, in riferimento all'ordine pubblico, ma non facendo leva sulla illiceità della causa, la cui esistenza è indubbia, bensì sulla "immeritevolezza" della operazione economica<sup>94</sup>; il derivato spe-

<sup>92</sup> Di una categoria peraltro non omogenea, che ha avuto il proprio antecedente storico nei contratti differenziali, già in relazione ai quali dottrina e giurisprudenza si interrogavano circa il carattere commutativo o aleatorio nonché circa la loro riconducibilità al gioco: cfr. D. MAFFEIS, voce *Contratti derivati*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 2010, p. 354 ss.; ID., *Contratti derivati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 604-648; F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano, 2011; E. BARCELLONA, *Strumenti finanziari derivati: significato normativo di una «definizione»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 541-567; F. CAPUTO NASSETTI, *Strumenti finanziari derivati*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 911 ss.; M. BARCELLONA, *I derivati e la causa negoziale: l'«azzardo» oltre la scommessa: i derivati speculativi, l'eccezione di gioco e il vaglio del giudizio di meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 571-605.

<sup>93</sup> Cfr. E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 91-151, in particolare p. 126 ss., dove il nesso tra immeritevolezza dell'operazione contrattuale che risulti irrazionali in un'ottica mercantile è chiaramente tematizzato: «la strutturale inapplicabilità della norma su gioco e scommessa non può equivalere ad una implicita in-applicabilità della norma sulla causa: se un certo contratto produce, sì, un prezzo di mercato, ma produce un prezzo di mercato del tutto irrazionale... quel contratto non può che risultare immeritevole di protezione, in quanto privo di causa».

<sup>94</sup> In questa prospettiva si ritiene sempre esistente la causa anche nei derivati speculativi. Due allora le soluzioni possibili: «nullità per mancanza di accordo, quando la scatola si mostra ermeticamente chiusa»; nullità per immeritevolezza della operazione

culativo può qualificarsi come immeritevole, benché in teoria lecito e vincolante tra le parti, nella misura in cui si rivela abusivo rispetto ai terzi, il che si verifica tutte le volte in cui le parti, abusando della loro libertà contrattuale, diano vita a una fattispecie negoziale suscettibile, nella prospettiva orizzontale della razionalità del mercato, di ledere gli interessi dei terzi (corretta formazione dei prezzi) riconducibili al mercato e meritevoli di tutela<sup>95</sup>; il derivato speculativo, qualora generi un'alea esclusivamente unilaterale, può ritenersi immeritevole di tutela poiché realizza un'attribuzione patrimoniale sprovvista di corrispettivo in assenza di uno spirito di liberalità, tale da rendere non giustificabile il costo sociale del profitto netto ricavato dall'intermediario<sup>96</sup>; i derivati di copertura stipulati dalle banche, dai quali derivi di fatto un'alea unilaterale a carico del cliente, sono immeritevoli di tutela per ragioni di ordine macro-economico, in quanto programmano una circolazione della ricchezza sprovvista di causa, il che legittima l'approccio giurisprudenziale fondato non sulla convenienza della contrattazione ma direttamente sul profilo causale della medesima<sup>97</sup>.

L'obiettivo condiviso, come si vede, è il recupero o il mantenimento, per il tramite del diritto, di un livello accettabile di razionalità mercantile. La riconciliazione tra l'ordine simbolico della volontà e l'ordine funzionale del mercato diventa possibile mediante il ricorso alla nozione di ragionevolezza, fondata, a livello ermeneutico, sui due pilastri, sovente indistinguibili, della meritevolezza e della causa in concreto. È sembrato così di poter rendere pensabili le condizioni per la coesistenza, da un lato, della giustizia contrattuale, dall'altro, della razionalità mercantile. La salvaguardia della razionalità mercantile in un orizzonte di giustizia contrattuale presuppone necessariamente il rigetto di ogni forma di abuso della autonomia privata; il che, a sua

economica qualora essa sia caratterizzata da un conflitto d'interessi strutturale, in presenza di una creazione del rischio adeguata all'interesse del solo intermediario e di una posizione debitoria sofferente in capo al cliente. Cfr. R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 86 s.

<sup>95</sup> Il nesso tra "immeritevolezza" ed esercizio abusivo della libertà contrattuale è teorizzato da F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, cit., p. 140 ss.

<sup>96</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?* in *Pers. merc.*, 2015, p. 24-36, in particolare p. 34 ss.

<sup>97</sup> Cfr. M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 518 ss.; M. ROSSI, *I contratti derivati*, cit., p. 790 ss.; I.L. NOCERA, *Giustizia e mercato: ricostruzione di un parametro tra buona fede, regole e costituzione*, in *Riv. trim.*, 2012, p. 1251-1273, qui p. 1264 s.

volta, impone di mantenere il principio fondante del diritto dei privati in una tensione dialettica costante con i precetti di rango costituzionale. Il processo che si è dipanato nel corso degli ultimi anni, in altre parole, può essere descritto come un difficile tentativo di tenere insieme le ragioni del mercato con un “minimo sindacale” di giustizia contrattuale<sup>98</sup>. Nel far ciò, i giudici hanno fatto ampio uso della nozione di *operazione contrattuale*, riletta alla luce della pervasiva tendenza alla costituzionalizzazione del diritto civile<sup>99</sup>, facendo leva sulla distinzione tra causa, intesa in senso economico-individuale, da ricostruirsi in relazione appunto alla operazione contrattuale nel suo insieme, e il parametro alla cui stregua essa deve essere valutata. La meritevolezza, in questa prospettiva, lungi dal presentarsi come un cedimento a inattuali ideologie dirigistiche, è sembrata un espediente sensato per far sì che il diritto civile, pur restando un diritto dei privati, non scadesse al rango di un diritto ultra-individuale<sup>100</sup>, suscettibile di assecondare le follie creative di buffettiana memoria.

Si è trattato però di un *modus procedendi* puntiforme, fondato su «episodi di vita»<sup>101</sup> e su giudizi necessariamente singolari, il quale si traduce in una giurisprudenza di stampo valoriale, espressione di una tendenza che, laddove acriticamente assecondata, appare suscettibile di mandare in pezzi il tradizionale orizzonte della modernità giuridica, provocando addirittura una «mutazione genetica» della giurisdizione «destinata, una volta sganciata dal vincolo della fattispecie legale e del

<sup>98</sup> Sovraccaricando non di rado il contratto di aspettative e di funzioni, nel tentativo di far coesistere una pluralità di modelli, «quello tradizionalista, che non è più espressione della vecchia concezione liberista, ma che serve a mantenere nei binari dell'uguaglianza formale tutto quanto non necessiti di un motivato intervento sul piano dell'uguaglianza sostanziale; quello ordo-liberista, che cerca di coniugare efficienza e giustizia, e quello liberal-egualitarista, che persegue esclusivamente un fine di giustizia»: cfr. E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262-1291, cit., p. 1285.

<sup>99</sup> Sul nesso tra diritto civile, testo costituzionale e rottura del paradigma della fattispecie, cfr. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza*, cit., p. 1123 ss.

<sup>100</sup> In questo senso, in coerenza col filone giurisprudenziale volto a fare ampio uso delle clausole generali per assicurare la giustizia del caso concreto: cfr. G. LENER, *Il nuovo «corso» giurisprudenziale della meritevolezza degli interessi*, in *Foro it.*, 2018, V, c. 221 ss. Sui limiti di una tale strategia, specie qualora si prefigga di realizzare obiettivi di giustizia sociale, si veda M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 302 ss.

<sup>101</sup> Un metodo, com'è stato detto, che «assume su di sé il rischio e il dolore del nostro tempo, di un andare senza vento e senza direzione», cfr. N. IRTI, *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim.*, 2002, p. 1169.

sillogismo giudiziale, ad acquisire una “posizione pariordinata a quella del legislatore” e in particolare “un superpotere sin qui ignoto”<sup>102</sup>. Da qui i dubbi, le resistenze, i tentativi di riportare i termini della questione nei luoghi abituali e “usati”: l’illiceità, i vizi del consenso, l’annullabilità o il risarcimento dei danni derivanti dall’inosservanza degli obblighi di condotta da parte dell’intermediario. Da qui, però, anche, gli entusiasmi e gli slanci definitivi di chi, postulando la convergenza tra il giudizio di meritevolezza e il sindacato di ragionevolezza costituzionale, scorge nell’epoca attuale il passaggio dal mero controllo alla ben più penetrante nozione di conformazione e di sostenibilità contrattuale, passaggio reso possibile proprio dal ruolo strategico svolto dal nostro principio: non più strumento di controllo esterno, ma giudizio di valore idoneo a indirizzare l’iniziativa privata verso finalità suscettibili di apprezzamento favorevole<sup>103</sup>. Non stupisce allora l’invito di taluno ad abbandonare visioni nostalgiche (le visioni per l’appunto della modernità giuridica) legate all’idea ormai desueta di una legittimazione fondata sul consenso politico: pretesa irragionevole dinanzi a una società globale capace di legittimarsi esclusivamente sul mero consenso economico, confidando nel libero gioco delle forze di mercato. Senza con ciò negare che una dimensione antropologica in cui la dimensione tecno-economica acquista, anche formalmente, il primato, sia incapace di esprimere un proprio diritto. Sarà però un diritto ben diverso da quello sin qui usato, un diritto costituito, in primo luogo dalla consuetudine, in particolare dalla *lex mercatoria*; in secondo luogo, dal diritto giudiziario il quale, pur sprovvisto di qualsiasi forma di investitura democratica, fonda la propria legittimazione sul contraddittorio processuale: è in tale ambito che la “triade” (le parti e il giudice) è chiamata a “gestire” o a “governare” il contratto, sancendone il destino<sup>104</sup>. Col risultato che la motivazione, con la qua-

<sup>102</sup> Cfr. S. POLIDORI, *Il controllo di meritevolezza sugli atti di autonomia negoziale*, in G. PERLINGIERI e M. D’AMBROSIO, *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studio dell’Associazione dei dottorati di diritto privato*, Napoli, 2017, p. 391-407, qui p. 400.

<sup>103</sup> Si è passati così da un principio-Cenerentola a uno «strumento di controllo e conformazione dall’interno della regola contrattuale ai principi apicali dell’ordinamento italo-europeo, per lo svolgimento positivo di attività negoziali d’interesse generale, giustificate dal principio di sussidiarietà»: cfr. M. PENNASILICO, *Dal «controllo» alla «conformazione» dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 823-859, qui p. 851 s.

<sup>104</sup> Cfr. M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 502-538.

le si risolve il caso concreto, oltrepassando i confini dell'episodio di vita rappresentato dalla singola controversia giudiziale, definisce una nuova norma, destinata a operare per il futuro. Con effetti *erga omnes*.

### *Abstract*

Dopo un lungo periodo di sostanziale irrilevanza, la meritevolezza, quale principio-guida e limite all'esplicazione della autonomia contrattuale, è stata oggetto di una significativa riscoperta. Ciò è avvenuto soprattutto ad opera della giurisprudenza, nel tentativo di inquadrare e risolvere le controversie generate da operazioni finanziarie complesse, sindacandone la liceità, in quanto ritenute potenzialmente suscettibili di provocare effetti distortivi della razionalità mercantile. Il recupero di tale principio appare il riflesso della tendenza, tipica della postmodernità giuridica, a prediligere un giudizio secondo valori, non vincolato allo schema tipizzante della fattispecie astratta, ritenuto l'unico suscettibile di assicurare l'effettiva giustizia del caso concreto. Ne è scaturito un intenso dibattito dottrinale il quale, partendo dai principi generali del diritto privato e dell'ermeneutica giuridica, ha finito per rimettere in discussione il ruolo e l'identità del giurista in un contesto antropologico caratterizzato dal dominio della dimensione tecno-economica.

After a long period of substantial irrelevance, worthiness, as a guiding principle and limit to the application of contractual autonomy, has been the subject of a significant rediscovery. This has happened above all due to jurisprudence, in an attempt to frame and resolve disputes generated by complex financial transactions, reviewing their legality, as they are considered potentially capable of causing distorting effects of commercial rationality. The recovery of this principle appears to be the reflection of the tendency, typical of legal postmodernity, to favor a judgment according to values, not bound to the typifying scheme of the abstract case, considered the only one capable of ensuring the effective justice of the concrete case. The result was an intense doctrinal debate which, starting from the general principles of private law and juridical hermeneutics, ended up questioning the role and identity of the jurist in an anthropological context characterized by the domination of the techno-economic dimension.

### *Keywords*

Meritevolezza; postmodernità giuridica; razionalità mercantile; contratti derivati.

Worthiness; legal postmodernity; commercial rationality; derivative contracts.