

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Marcello Maggiolo

PRESUPPOSIZIONE E PREMESSE DEL CONTRATTO



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.626
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica . . .</i>	p.629
GIUSEPPE CONTE	
<i>Il linguaggio giuridico forense: forma stile funzione</i>	p.647
ENRICO SCODITTI	
<i>Ontologia della motivazione semplificata</i>	p.677
LUCIANO PANZANI	
<i>Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera</i>	p.693
MASSIMO RUBINO DE RITIS	
<i>Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito.</i>	p.741
ANDREA MARIA AZZARO	
<i>Cessione d'azienda frazionata nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria.</i>	p.771
FRANCESCO MACARIO	
<i>Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi</i>	p.825
MARCELLO MAGGIOLO	
<i>Presupposizione e premesse del contratto</i>	p.867
FRANCESCO GAMBINO	
<i>L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo</i>	p.885
JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA	
<i>Damage claims between family members in Spanish case law</i>	p.901

Presupposizione e premesse del contratto

La presupposizione è istituto noto e tradizionale. La sua giustificazione è spiegata in vario modo, da teorie che possono distinguersi seconda che abbiano un'impostazione oggettiva o soggettiva. Tale alternativa traspare anche dalle sentenze. In particolare, negli orientamenti più recenti i giudici sembrano accogliere un'impostazione di tipo oggettivo. Ma l'oggettività è illusoria, essendo in realtà una soggettività giudiziale. Di qui l'interesse a delimitare l'operatività dell'istituto in sede di redazione del contratto. In particolare, si tratta di avere a mente che le premesse del contratto costituiscono l'area in cui le parti indicano quali sono i presupposti rilevanti del contratto. Tali presupposti vengono esplicitati, e non sono quindi di per sé i presupposti impliciti del contratto. Può allora essere opportuno renderli esclusivi. Si suggerisce quindi una particolare integrazione della consueta clausola di apertura del testo contrattuale, da aggiungere alla tradizionale previsione del fatto che le premesse costituiscono parte integrante del contratto.

867

The real basis of the contract is a well known and traditional legal figure. Its foundations are explained in various ways, by doctrines which can be described as either subjective or objective. The same distinction can be found also in the decisions. And in the most recent decisions, the courts seem to follow an objective path. But the objectiveness is illusory; being in the truth nothing more than a judicial subjectiveness. Therefore, by drafting the contract the

parties may have an interest in restricting the remedy. It must be stressed that the parties mostly define the real basis of the contract in its recitals. Those basis is explicit, therefore it's technically not what is known as real basis of the contract. But it might be useful to have it as the only relevant basis of the contract. It's then suggested a specific drafting of the first contract term, to complete the usual phrase according to which «the recitals are integral and substantial substantial part of this contract».

Sommario: 1. Il problema. – 2. Le tesi dottrinali. – 3. Le tesi soggettive nella giurisprudenza. – 4. Le tesi oggettive nella giurisprudenza. – 5. La soggettività giurisprudenziale delle tesi oggettive. – 6. Limitazioni alla soggettività giurisprudenziale nella redazione del contratto. I presupposti o preambolo del contratto. – 7. Le premesse come sede esclusiva dei presupposti.

1. - Il problema.

868

Un terreno è venduto sul presupposto non dichiarato che sia edificabile; successivamente ne risulta la destinazione agricola¹.

Un panfilo è venduto sul presupposto non dichiarato che l'acquirente avrebbe personalmente fatto uso del natante. Un sequestro giudiziario ottenuto da terzi creditori, per ragioni in alcun modo addebitabili al venditore, rende l'imbarcazione inutilizzabile da parte del compratore².

Un benzinaio stipula un contratto per la fornitura di carburante sul presupposto non dichiarato che la stazione di servizio, ancora inesistente, venga costruita; la stazione non viene però costruita³.

In tutti questi casi, di cui si è occupata negli anni passati la Corte di Cassazione, una certa situazione di fatto o di diritto è presupposto imprescindibile per l'assetto di interessi voluto dalle parti contraenti. Tuttavia, la situazione presupposta non viene enunciata all'interno del testo negoziale.

¹ Cass. 11 agosto 1990, n. 8200.

² Cass. 30 dicembre 1991, n. 12921.

³ Cass. 24 marzo 1998, n. 3083.

Cosa succede allora se – come nel primo esempio – la situazione presupposta era in realtà inesistente?

Oppure, cosa succede se – come nel secondo esempio – la situazione presupposta c’era all’inizio, ma è poi venuta meno?

Oppure ancora, cosa succede se – come nel terzo esempio – la situazione presupposta non si realizza?

Il problema è tradizionale, e la sua tradizionale soluzione è nella figura della presupposizione, soluzione che ormai altrettanto tradizionalmente apre la strada a rimedi invalidatori del contratto o a rimedi risolutori del contratto, rispettivamente nel caso di assenza originaria del presupposto e nel caso in cui il presupposto venga successivamente alterato o venga meno, per evitare che situazioni giuridiche volute nel loro complesso continuino a sussistere dopo che fenomeni prodotti dalla legge, dalla realtà economica e sociale, o dal volere umano le abbiano rese inadatte alle funzioni cui erano destinate⁴.

2. - Le tesi dottrinali.

869

La presupposizione è stata a lungo oggetto di attenzione da parte della dottrina. Al suo interno, per giustificare l’operare di rimedi invalidatori del contratto o di rimedi risolutori del contratto, rispettivamente nel caso di assenza originaria del presupposto e nel caso in cui il presupposto venga successivamente alterato⁵, la più che secolare storia della presupposizione oscilla costantemente tra tesi che ne spiegano la rilevanza sulla base di elementi di carattere soggettivo, e tesi che al contrario muovono su di un piano oggettivo.

È oscillazione che si manifesta sin dall’origine, sin da quando nella seconda metà dell’ottocento Bernhard Windscheid crea la figura e le dà una configurazione di tipo soggettivo, ipotizzando che la situazione presup-

⁴ Cfr. M. GIORGIANI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, 275 ss., 337.

⁵ Va avvertito che talora la distinzione tra presupposizione e sopravvenienze contrattuali fu impostata in senso di netta alternativa: E. OSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 10 ss.; F. DE SIMONE, *Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, 34 ss. Per l’analogia tra le figure v. però W. BIGIAMI, *In tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1949, p. I, 149; e per l’assimilazione, pur nella diversità fenomenica, v. per tutti A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 296 ss.

sta debba ricevere il trattamento di una clausola condizionale non sviluppata (*unentwickelte Bedingung*), non resa esplicita dai contraenti e suscettibile di operare solo su azione esercitata o eccezione sollevata dalla parte: secondo questo modo di pensare, la presupposizione, alla pari della vera e propria condizione o del termine del contratto, sarebbe dunque anch'essa una autolimitazione degli effetti negoziali⁶. Nella oscillazione, alla tesi soggettiva di Windsheid si contrappone in senso antivolontaristico e quindi di oggettivo l'opinione di Paul Oertmann che, per evitare la finzione della condizione non sviluppata e la difficoltà di distinguerla dagli irrilevanti motivi individuali⁷, ragiona in termini di causa del contratto, la quale sarebbe assente con conseguente nullità del negozio dove non sussista o venga meno quella che, in quest'ordine di idee ed in funzione della distinzione tra presupposti rilevanti e motivi irrilevanti, viene chiamata *Geschäftsgrundlage*, o base negoziale, e che consiste alternativamente nella rappresentazione di una parte circa la sussistenza di determinate circostanze, venuta in evidenza nella conclusione del contratto e riconoscibile nella sua rilevanza dall'altra parte che non la contesta; oppure nella rappresentazione comune delle parti su esistenza o sopravvenire di circostanze sulle quali si fonda la volontà negoziale⁸.

Questa oscillazione, come si diceva, segna tutta la storia dell'istituto.

E così, in senso soggettivo può ancora essere ricordata la costruzione che, facendo di nuovo leva su di una presunta volontà dei paciscenti, ipotizza che il contenuto di tutti i contratti dovrebbe ritenersi arricchito da una tacita clausola *rebus sic stanti bus*⁹, per cui ogni alterazione degli elementi

⁶ B. WINDSHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Stoccarda, 1879, 332 ss.

⁷ Erano fondamentalmente queste le critiche da subito mosse alla figura; per un primo controllo, v. F. REGELSBERGER, *Pandekten*, I, Lipsia, 1893, 607; R. SOHM, *Institutionen des römischen Rechts*, Lipsia, 1884, 209.

⁸ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgundlage: ein neuer Rechtsbegriff*, Lipsia, 1921, 37. La tesi è poi evoluta nella distinzione tra base negoziale soggettiva ed oggettiva, consistente rispettivamente dall'insieme di rappresentazioni che inducono le parti a contrattare, con una rilevanza in termini di vizi della volontà; e da ogni circostanza la cui esistenza o persistenza sia necessaria per l'esistenza di un significativo regolamento di interessi, cui sarebbe appropriata la figura della presupposizione K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Monaco, 1957, *passim*).

⁹ Dopo alcune sue opere precedenti l'entrata in vigore del codice civile, v. G. OSTI, voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Nss. D.I.*, III, Torino, 1959, 353 ss., e già P. COGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, I, Torino, 1917, 417 ss.

presupposti determinerebbe lo scioglimento del vincolo. Sempre in senso soggettivo, altri ritiene poi – sul presupposto della natura non tassativa dei casi di errore essenziale di cui all'art. 1429 c.c.¹⁰ – che nella fattispecie sia ravvisabile un'eccezionale ipotesi di rilevanza dei motivi individuali, i quali sarebbero normalmente irrilevanti perché la loro forza determinante non è riconoscibile dalla controparte, mentre i motivi che integrano i presupposti del contratto, in quanto riconoscibili o addirittura condivisi dalla controparte, avrebbero la rilevanza negata ai motivi individuali irrinconoscibili¹¹. Altri ancora ricostruisce la fattispecie dell'assenza originaria della circostanza presupposta in termini di errore comune sul motivo comune, dove la natura comune del motivo sarebbe diversa dalla somma o dalla fortuita coincidenza di due motivi individuali, essendo invece una realtà astrattamente idonea a provocare per entrambe le parti il sorgere del conflitto di interessi; e la natura comune dell'errore starebbe poi ad indicare il carattere meramente putativo del conflitto di interessi: tutto ciò consentirebbe di superare il principio di irrilevanza dei motivi individuali, e darebbe giustificazione a un trattamento della assenza dei presupposti in termini di annullabilità del contratto per errore¹².

Dal lato opposto si incontrano le proposte interpretative – oggi la maggioranza – che abbandonano il piano soggettivo della volontà delle parti, sia essa una volontà ipotizzata come effettiva, presunta o finta.

In una rassegna inevitabilmente sommaria, a quest'ordine di idee può dunque essere annoverata innanzi tutto la tesi che, movendo anch'essa su quel piano causale che ispira la dottrina della base negoziale, valorizza

871

¹⁰ Sulla tassatività o esemplificatività dell'elencazione contenuta all'art. 1429 c.c. cfr. V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 356 ss.; sul punto, rinvio anche a qualche considerazione da me espressa in M. MAGGIOLO, *Un problema delle clausole vessatorie: tassatività e linguaggio giuridico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1991, I, 735 ss., 756 ss.

¹¹ F. MARTORANO, "Presupposizione" ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 81 ss., 100 ss.

¹² La tesi è di V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 469 ss.; Id., voce *Presupposizione*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 4 s. Nel caso di errore unilateralmente sul motivo comune in contratto sarebbe invece annullabile per errore sull'oggetto. Va detto che la soluzione qui riassunta è prospettata in riferimento all'assenza originaria delle circostanze presupposte; nel caso di sopravvenienze è invece anche qui suggerita la utilizzazione del rimedio risolutorio. Per le critiche alla teoria v. P. BARCELONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 163 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 282; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 39 ss.

un'esigenza di coerenza tra tipo contrattuale prescelto e fattispecie concreta, affermando che, dove il tipo contrattuale prescelto non sia aderente alla fattispecie che esso dovrebbe regolare, il negozio sarebbe inefficace¹³. E ancora, non possono essere dimenticate le soluzioni basate sul principio di buona fede. Secondo taluno la buona fede dovrebbe infatti fornire il criterio in base al quale verificare se il concreto assetto negoziale elaborato dalle parti soddisfi una classe di interessi dei paciscenti da considerare come integrativa della loro comune intenzione¹⁴. Secondo altri la figura della presupposizione imporrebbe invece di verificare, in senso più ampio, se l'assetto negoziale realizzzi una corretta allocazione dei rischi¹⁵. Viene allora ipotizzata la caducazione del contratto in virtù dello stesso principio di buona fede innanzi tutto nei casi in cui non sussista la coerenza rispettivamente con la classe di interessi rilevante o con la corretta allocazione dei rischi, e poi anche nei casi in cui quella stessa coerenza venga meno a causa di circostanze sopravvenute. Infine, altri fa leva su di una alternativa tra cosiddetto valore d'uso sociale dell'interesse privato, il quale dovrebbe corrispondere alla destinazione tipica del bene, e valore d'uso individuale dello stesso interesse privato, legato alle contingenze del singolo, per ipotizzare che dove la circostanza presupposta corrisponda a un valore d'uso sociale, il corrispondente interesse sarebbe automaticamente garantito, con conseguente possibile invalidità o risoluzione del contratto in caso di assenza o venir meno di quella circostanza¹⁶.

La rassegna è incompleta e inevitabilmente superficiale. Ma nella prospettiva di questa riflessione è più che sufficiente uno sguardo complessivo, che non si soffermi sul merito delle varie tesi e delle obiezioni che sono state mosse o potrebbero essere mosse a ciascuna di esse. Al di là della fondatezza dell'una o dell'altra, preme solo evidenziare che proprio l'insieme delle tesi dimostra come, pure nella varietà delle giustificazioni

¹³ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 262 ss.

¹⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 44 ss., 381.

¹⁵ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 248 ss.; Ib., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrilevanza» dei «motivi»)*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 146 ss.; M. BESSONE-A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326 ss.

¹⁶ C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997, 465, 509.

teoriche presenti nella letteratura civilistica, la presupposizione è figura ormai acquisita e consolidata nel sistema.

3. - Le tesi soggettive nella giurisprudenza.

Più in particolare, la esposizione riassuntiva delle varie tesi sulla base della constatazione di una oscillazione tra impostazioni di tipo soggettivo e impostazioni di tipo oggettivo serve da premessa per rilevare come una oscillazione dello stesso genere – e cioè tra impostazioni di tipo soggettivo e impostazioni di tipo oggettivo – può essere registrata anche nei percorsi giurisprudenziali¹⁷.

Prima di darne conto, conviene notare due dati preliminari.

Innanzi tutto, se l'oscillazione giurisprudenziale è simmetrica a quella dottrinale, essa è nel contempo diversa da quest'ultima. Per molto tempo – e in questa notazione preliminare si trova nel contempo il primo termine dell'oscillazione della quale si vuole dare conto – la giurisprudenza si è infatti mossa lungo traiettorie in linea di principio ancorate alle più antiche e tradizionali concezioni soggettive della presupposizione¹⁸. Come si dirà, solo in tempi più recenti la giurisprudenza si è spostata su concezioni

¹⁷ Del resto, è stata anche rimarcato come la presupposizione appaia nell'esperienza soprattutto giurisprudenziale come formula declamatoria utilizzata per risolvere un insieme di problemi eterogenei: in questo senso si è espresso A. BELFIORE, *La presupposizione* in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XIII, *Il contratto in generale*, IV.1, Torino, 1993, 119, con un'impostazione condivisa da F. MACARIO, *La dottrina della presupposizione*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, V, *Rimedi* – 2, Milano, 2006, 537 ss.

¹⁸ Una prima oscillazione è per il vero riscontrabile anche all'interno delle soluzioni in cui i giudici seguono gli orientamenti soggettivistici. Per lungo tempo, la Cassazione ha infatti alternato decisioni nelle quali, fermo il rilievo per cui la presupposizione è configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo subordinatamente all'esistenza di una determinata situazione di fatto o di diritto, talora si fa riferimento alla scienza delle parti, altre volte alla loro volontà. Nel primo senso, il riferimento alla scienza delle parti emerge dove si dice che esse hanno tenuto presente quella situazione di fatto o di diritto al momento della stipulazione. Nel senso di un riferimento alla volontà delle parti, vengono invece in considerazione le sentenza dove si dice che le parti hanno inteso stipulare sul presupposto della situazione di fatto o di diritto. L'alternativa percorre tutta la storia giurisprudenziale dell'istituto: per menzionare soltanto le decisioni più recenti, cito nel primo senso Cass. 18 settembre 2009, n. 20245, nel secondo senso Cass. 11 marzo 2006, n. 5390. Non è certo il caso di sopravvalutare la diversità, sia perché si resta comunque all'interno di una concezione soggettiva di presupposizione, sia alla luce della seconda considerazione preliminare di cui si dirà subito nel testo, quella che evidenzia il carattere declamatorio delle massime dedicate alla presupposizione.

di impronta oggettiva¹⁹, anche se in un certo senso queste concezioni erano precorse da quei più vecchi orientamenti che ravvisavano nella norma degli artt. 1467 ss. c.c. sulla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta – e quindi su di una vicenda di tipo oggettivo rappresentata dal sopravvenire di circostanze inattese che rendono la prestazione dovuta da una parte eccessivamente onerosa – il dato normativo al quale ancorare la rilevanza della presupposizione²⁰.

A questa prima notazione si collega la seconda, consistente nel rilievo di come la giurisprudenza di legittimità abbia utilizzato la nozione di presupposizione nel quadro di decisioni dove da un lato si dice chiaramente che, in linea di principio, la mancanza o il venir meno del presupposto determina rispettivamente invalidità o risoluzione del contratto, ma da un altro lato si aggiunge che la questione circa l'individuazione di quale siano i presupposti rilevanti del contratto, e la questione della loro concreta mancanza o del loro concreto venir meno, sono questioni di fatto, riservate ai giudici di merito, salvo ovviamente il sindacato sulla congruità della motivazione riservato al giudizio per cassazione²¹.

874

Il dato ha come risvolto che almeno in apparenza la Corte di Cassazione non ha bisogno, o almeno sinora non ha avuto bisogno, di elaborare una nozione di presupposizione al cui interno sia fornito un vero e proprio criterio discrezionale tra fatti presupposti e fatti non presupposti, perché innanzi a lei non è mai stata sollevata la questione di diritto di quale debba essere, nell'ambito della nozione di presupposizione che si ritenga di adottare, tale criterio discrezionale²². La vicinanza delle impostazioni giurisprudenziali meno recenti alle concezioni più tradizionali della presuppo-

¹⁹ *Infra*, nel prossimo n. 4.

²⁰ Cass. 1 luglio 1947, n. 1619; Cass. 6 luglio 1971, n. 2104; Cass. 9 maggio 1981, n. 3074. Cfr. anche V. COLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto "fondamento del negozio": a proposito di un libro di K. Larenz*, in *Jus*, 1958, 402 ss.

²¹ Per questi rilievi, oltre alle già citate Cass. 18 settembre 2009, n. 20245 e Cass. 11 marzo 2006, n. 5390, cfr. ad esempio Cass. 29 settembre 2004, n. 19563; Cass. 9 dicembre 2002, n. 17534; Cass. 21 novembre 2001, n. 14629.

²² Il discorso può essere sostanzialmente ripetuto quanto al criterio discrezionale tra presupposizione e causa in concreto nei termini individuati da Cass. 22 maggio 2007, n. 12235, che ha deciso di escludere dall'ambito della presupposizione quei fatti e quelle circostanze che condizionano la realizzazione della causa in concreto del contratto, o quelle qualità del bene rientranti nel contenuto del contratto e la cui assenza rileva in termini di inadempimento. Sul tema del rapporto tra presupposizione e causa in concreto si tornerà tra breve nel testo.

sizione si accompagna quindi a ripetute affermazioni declamatorie, che attengono esclusivamente ai principi giustificatori della figura, senza volere né potere fornire indicazioni operative suscettibili di una concreta utilizzazione ²³.

4. - Le tesi oggettive nella giurisprudenza.

Veniamo allora al secondo termine della oscillazione giurisprudenziale, evidenziando alcune caratteristiche della sua più recente tendenza, e cioè dell'orientamento inaugurato dalla Corte di Cassazione con la sentenza del 25 maggio 2007, n. 12235 e giunto a maturazione con la sentenza del 3 dicembre 2009, n. 25401.

Si tratta delle pronunce che, come si è anticipato, si allontanano dalla più tradizionale impostazione riconducibile alle concezioni soggettive del fondamento della presupposizione. In queste più recenti decisioni si abbandona infatti ogni riferimento a ciò che le parti hanno inteso o hanno tenuto presente, si abbandona quindi ogni impronta volontaristica dell'istituto. La presupposizione viene ora definita come circostanza esterna che costituisce «*specifco ed oggettivo presupposto di efficacia del regolamento pattizio*» ²⁴. La giurisprudenza evolve quindi in senso oggettivo, con un moto oscillatorio che riduce la distanza concettuale tra presupposizione ed altre categorie le quali, almeno nel modo in cui sono intese dai giudici, si prestano ugualmente ad accogliere il fenomeno dell'assenza o del venir meno dei presupposti del negozio, dando così ragione alla affermazione con cui Bernhard Windscheid presagiva che, per quanto fondate potessero essere le critiche mosse alla dottrina della presupposizione, quest'ultima, fatta uscire dalla porta, sarebbe comunque rientrata dalla finestra ²⁵. La finestra cui oggi la presupposizione si affaccia è invero rappresentata dal concetto di causa in concreto del contratto, oggetto ormai di una consolidata definizione giurisprudenziale per cui essa sarebbe «*lo scopo pratico del negozio, la sintesi cioè degli interessi che lo stesso è concretamente*

²³ Anche se tale carattere declamatorio viene qui inteso in un senso parzialmente diverso da quello assunto dalla dottrina citata *supra*, nella nota 13.

²⁴ Cass. 3 dicembre 2009, n. 25401.

²⁵ B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in *AcP*, 78 (1872), 197.

*diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato*²⁶. Come è noto, alla luce di questa nozione di causa la Cassazione decide che se un evento sopravvenuto e non imputabile alle parti fa cadere l'interesse creditorio a ricevere la prestazione, allora la sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione rende irrealizzabile la causa concreta del contratto, e il contratto si estingue, o scioglie, con esonero delle parti dalle rispettive obbligazioni²⁷.

L'uso giurisprudenziale talora pervasivo della nozione e del concetto di causa concreta del contratto, intesa in un senso che racchiude gli interessi privati che l'operazione contrattuale mira a realizzare²⁸, comporta dunque una certa sovrapposizione con la nozione di presupposizione²⁹. Da un lato il riferimento agli specifici interessi dei paciscenti, che accomuna la causa in concreto e quei presupposti del negozio da considerare rilevanti per la sua efficacia; e dall'altro lato l'origine dottrinale e quindi stipulativa dell'una e dell'altra nozione, rendono infatti concretamente ambiguo il confine tra le figure, e generano quindi la difficoltà di assegnare la fatti/specie concreta all'area di operatività della causa in concreto o piuttosto della presupposizione³⁰. Si spiegano così i tentativi giurisprudenziali di delimitare i concetti, e in particolare la scelta di escludere dall'ambito della presupposizione quei fatti e quelle circostanze che condizionano la realizzazione della causa in concreto del contratto, o quelle qualità del bene rientranti nel contenuto del contratto e la cui assenza rileva in termini di inadempimento³¹. Di questi tentativi si deve peraltro dire che essi non

²⁶ Fermadosi alle sezioni unite, la definizione ricorre in Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972 e n. 26975, e Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538.

²⁷ Cass. 14 luglio 2007, n. 16315 e Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958.

²⁸ Cass. 8 maggio 2006, n. 10490.

²⁹ Del resto, la dottrina rimarca una 'trasversalità' del tema della presupposizione (E. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 967, e la sovrapposizione è addirittura teorizzata da A. PELLICANÒ, *Causa del contratto e circolazione dei beni*, Milano, 1981, 132).

³⁰ Cfr. M. AMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 437 ss., 440.

³¹ Cass. 22 maggio 2007, n. 12235, con la ulteriore distinzione rispetto alle condizioni di efficacia dedotte in contratto, distinte dalla presupposizione proprio per il fatto che in questo caso le condizioni non sono oggetto di specifica pattuizione; e ancora con la distinzione rispetto ai motivi ancorché comuni, in considerazione del fatto che gli interessi comuni rilevano anch'essi sul piano della causa in concreto: nel pensiero della Corte di Cassazione, alla presupposizione dovrebbe allora riconoscersi autonomo rilievo di categoria unificante là

riescono a superare del tutto il vaglio della concreta spendibilità. Di nuovo, viene il rilievo il fatto che si tratta di tentativi provenienti dal giudice di legittimità, che costituiscono quindi declamazioni disancorate da una rassegna critica di fattispecie concrete³². Ne consegue che le formule giurisprudenziali, se pure forniscono indicazioni accettabili sul piano delle distinzioni teoriche, lasciano nondimeno a desiderare quando vengano messe alla prova della loro capacità di risolvere fattispecie incerte, non essendo affatto chiaro come selezionare interessi e circostanze che per la loro rilevanza meritino di essere inserite nella causa concreta da altri interessi e altre circostanze che pur in ipotesi essenziali ne restino all'esterno, e possano quindi rilevare soltanto sotto il profilo della presupposizione.

Al di là di quale possa essere il criterio distintivo tra le figure, e della sua maggiore o minore concreta utilizzabilità, resta comunque il fatto che nel panorama giurisprudenziale uno spazio per la presupposizione viene conservato, quale che esso sia, e che quindi non è inutile una riflessione ad essa dedicata, una riflessione collocata in uno scenario il quale vede dunque come ulteriore termine della oscillazione giurisprudenziale una nozione di presupposizione intesa nel senso oggettivo dello «*specífico ed oggettivo presupuesto de efficacia del regolamento pätzio*»; una nozione la quale convive a condizioni incerte con un concetto di causa in concreto concepita in senso anch'esso oggettivo, come funzione concreta, o sintesi degli interessi oggettivamente intesi) che il contratto è diretto a realizzare, con conseguente risolubilità del contratto per inutilità sopravvenuta della prestazione.

877

5. - La soggettività giurisprudenziale delle tesi oggettive.

Giunti a questo punto, conviene proporre una considerazione interlocutoria, che apre alla seconda parte di queste riflessioni.

dove nell'ambito delle circostanze concretamente influenti sul contratto ad essa si riconducano fatti e circostanze le quali, sia pure non attinenti alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumano un'importanza determinante ai fini della conservazione del contratto.

³² *Supra*, nota 18.

La considerazione è che uno sguardo d'insieme al panorama complessivo del sistema del diritto dei contratti, così come è stato studiato e così come è applicato dai nostri giudici, ci fa capire che – detto in termini volutamente generici e descrittivi – oggi c'è davvero un largo spazio per attaccare il contratto non solo quando risulti assente uno dei dati da esso presupposti, ma anche quando qualcosa cambia, quando qualcuna tra le cose che c'erano quando il contratto è stato concluso non c'è più. È constatazione che non può del resto stupire, solo a collocarla nella tendenza ad accordare forza espansiva alle tecniche di controllo sulla contrattazione privata ³³, siano esse tecniche sottrattive, che agiscono cioè tramite l'ablazione di clausole ³⁴, oppure siano tecniche correttive, nelle quali si modifica la pattuizione prendendo le mosse dai suoi contorni siccome fissati dalle parti ³⁵; o ancora siano tecniche integrative, come nel caso di redazione *ex novo* da parte del giudice di una clausola nulla quale nell'ipotesi prevista all'art. 7, comma 3, d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 ³⁶. E ancor meno può stupire dove a queste tecniche di controllo giudiziale si voglia aggiungere la parimenti diffusa prospettazione di obblighi a carico delle parti aventi ad oggetto la rinegoziazione del contratto ³⁷, altrimenti risolto o comunque sciolto, come nel caso della mancata fissazione dell'importo massimo garantito da fideiussione all'esito della novellazione dell'art. 1938 c.c. per effetto dell'art. 10, legge 17 febbraio 1992, n. 154 ³⁸, che ha imposto la

³³ Sulle quali, in ordine a quanto subito si dirà nel testo, cfr. M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua etero integrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2008, 33 ss. e, più di recente, L. NONNE, *Contratti tra imprese e controllo giudiziale*, Torino, 2013, spec. 104.

³⁴ Facile l'esempio della nullità o inefficacia delle clausole abusive ai sensi dell'art. 36, comma 1, cod. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, "Codice del consumo, a norma dell'art. 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229").

³⁵ Si può ricordare, a questo proposito, il caso della riduzione eventualmente *ex officio* della penale art. 1384 c.c.: cfr. Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128.

³⁶ Di "Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali", in virtù del quale «il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo».

³⁷ D'obbligo, in riferimento a un obbligo di offrire la rinegoziazione dei contratti di durata la cui espressione normativa sarebbe rinvenibile nella norma dell'art. 1467, comma 3, c.c., il rinvio a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, spec. 223 ss.

³⁸ Recante "Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari".

rinegoziazione dei rapporti fideiussori in essere all'epoca della sua entrata in vigore ³⁹.

Se dunque non si può essere sorpresi largo spazio lasciato alla possibilità di invalidare o risolvere il contratto in ragione dell'assenza o del venir meno dei suoi presupposti, la seconda parte di queste riflessioni comincia con l'espressione di una certa preoccupazione generata proprio da questa considerazione.

E per spiegare la preoccupazione occorre cominciare dal fatto che, in questa sede, i termini soggettivo e oggettivo sono stati sino ad ora utilizzati in modo probabilmente improprio. In particolare, piuttosto che "soggettività" o "soggettivo", sarebbe forse stato il caso di dire "volontarismo" o "volontaristico" ⁴⁰. La "soggettività" o il "soggettivo" di cui ho parlato sinora è infatti quella della parte o delle parti del contratto; è in altre parole ciò che la parte o le parti hanno pensato e voluto, e che il giudice a sua volta pensa di dover interpretare e ricostruire.

Se però questa è la soggettività, allora a ben vedere l'oggettività cessa di essere tale. Quella che è stata chiamata oggettività, o prospettiva oggettiva nella utilizzazione della figura della presupposizione, non ha in realtà nulla di oggettivo, ma corrisponde a una diversa soggettività, a una diversa prospettiva soggettiva, che è quella del giudice. In altri termini, quando il giudice smette di ricercare la volontà delle parti, per collocare la sua motivazione sul piano dello "specifco ed oggettivo presupposto di efficacia del regolamento pattizio", oppure (non dei motivi, ma) degli interessi e della funzione oggettivamente intese, o cose simili, la oggettività è poco più che un'illusione. In realtà, c'è una valutazione del giudice, di cui dobbiamo dare per scontato che sia sincera e onesta ⁴¹, ma che resta una valutazione parimenti individuale e soggettiva.

³⁹ Secondo l'interpretazione che della norma fu data da Corte cost. 27 giugno 1997, n. 204, in *Giur. it.*, 1998, 3 ss. Su tale obbligo di rinegoziazione, v. di recente E. DEL PRATO, *Ragione-volezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*, in *Giur. it.*, 2014, 25 ss., 27.

⁴⁰ Peraltro, senza alcun riferimento specifico alla essenza dogmatica del principio volontaristico, dogma volontaristico inteso vuoi in senso filosofico, vuoi in senso psicologico (V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 33 ss.).

⁴¹ Ma l'eventualità di una «*insincera opera di... eterointegrazione*» del contratto, attuata dall'interprete (e quindi prima di tutto dal giudice) sulla base di valori a lui riferibili è avvertita da M. AMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, cit., 439.

Sono del resto chiare le ragioni per sostenere che la valutazione giudiziale è anch'essa eminentemente soggettiva.

Innanzitutto, la valutazione giudiziale si basa su di una conoscenza del concreto contratto, dei suoi concreti presupposti e delle concrete sopravvenienze la quale è inevitabilmente parziale, ed è quasi inevitabilmente distorta da una prospettazione dei legali che patrocinano le parti la quale è necessariamente funzionale a sostenere la tesi di maggiore tutela per gli interessi affidati alla loro cura. A loro volta, i legali sono portatori di una conoscenza influenzata dalla narrazione loro fatta dalla singola parte, e quindi da una narrazione fatta in modo quasi sempre incompleto ed autoassolutorio, anorché – ma non sempre – in perfetta buona fede.

Per altro verso, la valutazione giudiziale è connessa a un dover essere, e in particolare a una prognosi su come il rapporto avrebbe dovuto svilupparsi in una situazione fisiologica, una situazione in cui i presupposti in realtà inesistenti fossero invece sussistenti, ovvero la sopravvenienza non fosse intervenuta. Ma la individuazione della ipotetica situazione fisiologica muove ugualmente dall'angolo visuale del giudice, e tale angolo visuale, per quanto possa essere ragionevole, è nondimeno ugualmente soggettivo. Sulla base di queste soggettive valutazioni giudiziali il contratto è quindi destinato a sopravvivere o a venir meno, vuoi in ragione di una sua invalidità, vuoi in ragione della sua risoluzione. Nella situazione attuale, il dato è inevitabile, e non pare possa essere messo in discussione.

Senza volerlo fare, occorre però nel contempo ammettere che, paradossalmente, la volontà delle parti può essere molto più ‘oggettiva’ di quanto mai possa esserlo la valutazione del giudice, cioè molto più aderente alla realtà delle circostanze che le parti stesse avevano presente e che solo loro potevano aver presente quando hanno contrattato. Solo le parti hanno una conoscenza non filtrata, e solo le parti hanno il pieno governo delle scelte circa la individuazione di cosa sia e cosa non sia rilevante della situazione al cui interno si colloca l'operazione contrattuale.

6. - Limitazioni alla soggettività giurisprudenziale nella redazione del contratto. I presupposti o preambolo del contratto.

Forse è un paradosso discorrere di oggettività della volontà delle parti, ma

questo paradosso serve per evidenziare come, per le parti stesse, sia probabilmente il caso di porsi nell'ordine di idee di circoscrivere preventivamente, vale a dire alla stipula del contratto, l'ambito dei presupposti rilevanti, o in altri termini l'ambito di operatività della presupposizione. Volendo allora porsi in quest'ordine di idee per fornire qualche concreta indicazione operativa, occorre innanzi tutto ricordare come nel tessuto del contratto scritto, così come ci viene consegnato dalla prassi negoziale, in effetti sussista un'area deputata a raccogliere la enunciazione di quali siano i presupposti sulla cui base le parti hanno deciso di stipulare il contratto. Si tratta delle premesse – o preambolo – del contratto.

Conviene dire subito che quello delle premesse al contratto non è certo un tema molto studiato negli ultimi quarant'anni, arco temporale che separa due lavori dottrinali che dedicano specifica attenzione all'argomento e che, entrambi, non mancano di rilevare la connessione e la interferenza tra premesse del contratto e figura della presupposizione⁴². In questa cornice dottrinale, risulta allora quasi banale notare anche in questa sede come in linea generale nelle premesse del contratto siano normalmente esplicitati – oltre a varie altre cose qui non in rilievo quali per esempio la qualità in veste della quale i sottoscrittori partecipano al negozio, o le definizioni utilizzate nel prosieguo – sia la situazione di partenza, sia i motivi individuali del contratto⁴³, e quindi i presupposti rilevanti per il contratto stesso.

Ma un elemento ulteriore e diverso merita di essere segnalato.

Nel panorama delle prassi negoziali, cioè nei modi consueti del *drafting* contrattuale, è facile constatare come pressoché tutti i contratti, la cui prima parte è dedicata alle premesse, contengano poi anche una prima clausola nella quale, con una varietà di formulazioni dipendenti dalle

⁴² Si tratta da un lato della celebre monografia di A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 148 ss. e dall'altro del lavoro di F. FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del "premesso che" nel documento negoziale*, Milano, 2004, 52 ss.

⁴³ Per esempio, la titolarità di una partecipazione azionaria da parte di Tizio, e le ragioni per cui Tizio intende cederla, e poi la ragione per cui Caio intende comprare; o, ancora per esempio, l'aspirazione di Tizio a realizzare una speculazione immobiliare su terreni di sua proprietà, e le ragioni per cui Caio è disponibile a finanziare l'operazione, in ipotesi acquistando alcune porzioni del compendio immobiliare.

abitudini individuali, si dice che le premesse costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto⁴⁴.

In virtù di questa norma contrattuale, le premesse condividono quindi l'efficacia vincolante del negozio cui sono apposte. Di conseguenza, anche se le premesse del contratto sono formulate in modo che non corrisponde a quello di una condizione risolutiva, siccome le parti sono vincolate a quanto hanno dichiarato nelle premesse, si può ritenere che gli effetti del contratto siano subordinati ai dati esplicitamente premessi allo stesso, nel senso che il contratto non opera nel caso in cui la situazione reale sia difforme dai dati dichiarati in premessa, o i dati dichiarati in premessa non si realizzino. Se così non fosse, la clausola che proclama la natura di impegno negoziale delle premesse sarebbe pleonastica e di stile, contro il principio di conservazione nella interpretazione del contratto di cui all'art. 1367 c.c.

7. - Le premesse come sede esclusiva dei presupposti.

882

Peraltro, quanto sinora detto circa le premesse, e circa la clausola che le rende parte integrante del contratto, può al più giustificare un richiamo alla cautela nella loro redazione, ma non interferisce ancora con il tema della presupposizione.

Come infatti è stato – credo giustamente – osservato, il presupposto che entra nel contenuto del negozio condividendone la natura, e ciò in virtù della clausola per cui le premesse costituiscono elemento integrante e sostanziale del contratto, per ciò solo è un presupposto esplicitato, con le conseguenze evidenziate in chiusura del paragrafo precedente⁴⁵. Pertanto, la premessa del contratto per definizione non ha quella natura di presupposto non esplicitato che connota la presupposizione, ed è quindi estranea al fenomeno ed alla sua disciplina.

⁴⁴ Talora la locuzione viene riferita anche a documenti allegati al contratto, sul che non mi soffermo se non per dire che il discorso diventa sostanzialmente simile a quello svolto in testo con riferimento alle premesse. Per altro verso, nulla ovviamente cambia se – come talora accade – la affermazione per cui le premesse costituiscono parte integrante del contratto sia contenuta non nella prima clausola contrattuale, ma nell'ultimo punto delle premesse stesse.

⁴⁵ F. FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto*, cit., 58.

Solo le circostanze, i dati non esplicitati nelle premesse hanno tale natura, e quindi solo le circostanze e i dati sottaciuti nel preambolo sono i presupposti che, non dichiarati dalle parti, vengono sottoposti ad una valutazione giudiziale per ottenere una pronuncia di invalidità o di risoluzione del contratto. Solo per essi si propone allora il problema di un soggettivismo giudiziario nei termini poc'anzi enunciati.

Come parimenti si diceva, essendo oggi probabilmente inutile pensare che in tempi brevi l'atteggiamento delle corti possa cambiare, potrebbe essere di interesse per le parti cercare, se non di evitare, quanto meno di porre in qualche misura un freno all'intervento giudiziale sull'assetto di interessi prescelto. Certo, in tal modo le parti corrono il rischio che il contratto resista alla sopravvenienza, o alla assenza del presupposto non enunciato. E tuttavia, quanto meno nei casi in cui il contratto abbia una rilevanza – economica o di altro tipo – sufficiente a giustificare non solo la sua redazione per iscritto, ma anche quel livello di sofisticazione che traspare nella struttura ripartita tra premesse e clausole contrattuali, non si può escludere la presenza di un interesse delle parti a che, fondamentalmente per ragioni di certezza e quindi di programmabilità della attività e dei relativi costi, l'ambito di operatività della presupposizione sia per quanto possibile circoscritto.

Dove tale interesse sia attuale, conviene allora rivolgersi alla tecnica di redazione del contratto. E, in particolare, si può immaginare di completare la clausola contrattuale che enuncia la regola per cui le premesse sono parte integrante del contratto in un modo tale per cui, ferma la clausola consueta, ad essa si aggiunga una seconda proposizione, secondo la quale *“le premesse sono il presupposto del contratto”*.

Con tale integrazione, la clausola dovrebbe circoscrivere ciò che le parti intendono come presupposto rilevante, ciò quindi che può incidere sulla vigenza e sugli effetti del negozio. Non tanto individuando alcuni di tali presupposti, ma mostrando di non considerarne rilevanti altri.

Naturalmente, questo rende più delicata la fase di stesura delle premesse al contratto, che almeno tendenzialmente dovrebbero esaurire il novero delle circostanze suscettibili di interferire con la sua efficacia. Ma questa non pare una controindicazione: né in assoluto, perché richiedere nella stesura del contratto un livello accresciuto di attenzione può rispondere a

interessi attuali delle parti; né in relazione al risultato di riuscire ad impedire che il giudice possa ipotizzare in modo più o meno credibile la presenza di ulteriori circostanze che abbiano la forza di interferire con l'efficacia del contratto.

Altrettanto naturalmente, la delimitazione dei presupposti rilevanti per il tramite della clausola che deputi alle premesse la loro enunciazione non può essere intesa in modo incondizionato. Se infatti questo effetto di perimetrazione è senz'altro concepibile in riferimento a presupposti esistenti al momento della conclusione del contratto, altrettanto non può dirsi quanto alle sopravvenienze. Taluna di esse, o meglio taluna categoria di sopravvenienza, è in effetti relativamente pronosticabile, sicché se ne può regolare nel modo descritto la incidenza o non incidenza nel contratto. Per altre categorie, del tutto imprevedibili, è invece necessario conservare l'effetto risolutorio riconducibile alla presupposizione, quanto meno dove la turbativa renda l'operazione contrattuale completamente priva di significato economico ⁴⁶. Su un altro piano, risulta poi indisponibile alle parti l'effetto che sul rapporto contrattuale può derivare inderogabilmente dal *ius superveniens*, categoria di sopravvenienza la quale può determinare la sopravvenuta inefficacia o la attribuzione del diritto di recedere dal rapporto in essere ⁴⁷, senza che – mi pare – le parti possano evitarlo.

Con una clausola che riservi alle premesse il ruolo di presupposto del contratto, si completa dunque quel ruolo del preambolo che è stato efficacemente definito come la «*reazione delle parti a un tentativo di oggettivazione del negozio rispetto agli intendimenti individuali*» ⁴⁸, per evitare la tentazione di promuovere una regola di allineamento del contratto ai valori espressi dal mercato ⁴⁹. In definitiva, l'impressione è dunque che in questo modo, per restare all'interno della metafora di Windscheid, si riesca se non a chiudere, quanto meno a non lasciare spalancata la finestra dalla quale la presupposizione vorrebbe rientrare.

⁴⁶ Cfr. M. AMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, cit., 459, 467.

⁴⁷ Cfr. ancora E. DEL PRATO, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza*, cit., 27.

⁴⁸ F. FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto*, cit., 110.

⁴⁹ Regola che si trova proposta in P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 444.