

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXIV
N. 1 GENNAIO-FEBBRAIO 2008

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

diretti da Francesco Galgano

- **Fatti illeciti**
Fine del *neminem laedere*; responsabilità precontrattuale e da contatto sociale; danno da occupazione acquisitiva; danno ai consumatori; danno ambientale; danno da insidie o trabocchetti; danno da illecito *antitrust*; danno da ingiusto processo; danno da falso *rating*
- **Contratti**
I contratti di intermediazione finanziaria; la presupposizione; le donazioni di impresa
- **Costi dei servizi legali**
- **Enti non profit**

La presupposizione è, dunque, causa di recesso dal contratto

1. - *La presupposizione quale situazione base del contratto*

Quando si parla di presupposizione, la mente va per primo al suo ideatore che è Windscheid (1), che la intese, in senso soggettivo, come condizione non sviluppata; poi va ai suoi annotatori Fadda e Bensa (2), che la ancorarono, sia pure con qualche adattamento, entro la teoria del dogma della volontà; poi va ad Oertmann (3), che pur muovendo in termini di volontà delle parti, ha il merito di ricondurla a fondamento del contratto, mettendo in evidenza il significato oggettivo del contratto; poi va a Locher (4), che introdusse il concetto di fine oggettivo del contratto, lasciando da parte l'incerto campo delle rappresentazioni psicologiche; poi va a Kruckmann (5), che la considera parte integrante del regolamento contrattuale, statuito sulla base di essa, con evidente rilevanza giuridica della base contrattuale alla luce del principio di buona fede interpretativa ed integrativa (6); poi va a Larenz (7), il quale, proseguendo il processo di oggettivazione del concetto di presupposizione, iniziato da Oertmann, e tenendo ferme le teoriche già raggiunte dal Kruckmann, propose la ben nota distinzione tra fondamento soggettivo e fondamento oggettivo del contratto, ritenendo non decisiva la rappresentazione delle parti, bensì l'oggettiva importanza causale delle circostanze in vista dello scopo specifico che le parti si sono concordemente proposte di realizzare mediante la conclu-

(1) Cfr. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Dusseldorf, 1850, p. 7.

(2) Cfr. FADDA e BENSA, note al Windscheid, *Diritto delle pandette*, IV, Torino, 1930, p. 560. Come osserva Mengoni, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 282, a differenza del Windscheid, per la pandettistica (pand. § 98, n. 2) è sufficiente che la presupposizione, che sta a base della dichiarazione negoziale di una parte, sia, se non condivisa o conosciuta, almeno riconoscibile dalla controparte.

(3) Cfr. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage*, Leipzig, 1921, p. 37.

(4) Cfr. LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, in *Archiv f. d. civ. Praxis*, 1923 (121°), p. 72.

(5) Cfr. KRUCKMANN, *Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt*, in *Arch. F. d. civ. Prox.*, 131, 1929, p. 1.

(6) Cfr. MENGONI, in relazione alla monografia di Larenz, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 255.

(7) Cfr. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München u. Leipzig, C.H. Bech, 1951, p. 5 e p. 19.

sione del contratto. In questo modo, come sottolinea Mengoni (8), la base del contratto diventa, dunque, un elemento intrinseco al contratto (9).

Dalla dottrina tedesca, la mente poi va al diritto anglosassone (10), segnalato da Betti (11) e da Bigiavi (12), dove in forza dell'*implied condition* (13), o dell'*implied terms* (14), si conferisce rilievo al presupposto sulla base della sua tacita inclusione nel contenuto del contrattuale, ovvero, con impronta oggettivistica, come segnalato da Bessone e D'Angelo (15), sulla base del ricorso alla *constructive condition* (16), in forza della quale il giudice considera rilevante la circostanza oggettivamente indispensabile perché l'adempimento delle prestazioni pattuite sia coerente all'economia dell'affare.

La dottrina italiana, sul tema della presupposizione, ha versato fiumi d'inchiostro (17).

(8) Cfr. MENGONI, in relazione alla monografia di Larenz, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 256.

(9) Per l'ampia disamina della dottrina tedesca sul punto si v. MENGONI, in relazione alla monografia di Larenz, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 255 ss.; COLESANTI, *Poteri del giudice e c.d. fondamento del negozio*, in *Jus*, 1958, p. 398 ss.; GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1580 ss.

(10) Cfr. ANSON, *Principles of the english law of contract*, Oxford, 1895, p. 301; SALMOND A. WINFIELD, *Law of contracts, Sweet a. Maxwell*, London, 1927, p. 296 ss.; KEITH, *Elements of the law of contracts*, Oxford, 1931, p. 6; WILLISTON, *A treatise on the law of contracts*, New York, 1936, III, p. 1921; HALSBURY'S, *Law of England*, London, 1954, VIII, p. 121. Per l'ampia disamina del diritto anglosassone si v. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, in *Foro it.*, 1960, I, p. 1591 s.

(11) Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 251, nota 7.

(12) Cfr. BIGIAVI, nota senza titolo a Cass., sez. III, 8 giugno 1948, n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 173.

(13) Sulla *implied condition* e, più in generale sulla *frustration*, v. l'ampia analisi nella rassegna di diritto inglese pubblicata nella *Revue trim. droit comm.*, 1948, p. 762. Sulla *commercial frustration v. Michigan*, *Law Review*, 1944, p. 598.

(14) Cfr. TREITEL, *The law of contract*, London, 1966, p. 140 ss.

(15) Cfr. BESSONE-D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 338.

(16) Cfr. CORBIN, *On contracts*, St. Paul, 1952, p. 590; SMIT, *Frustration of contract: a comparative attempt at consolidation*, in *Columbia Law Review*, 1958, LVIII, p. 314; PATTERSON, *Constructive Conditions in contracts*, ivi, 1942, XLII, p. 945 ss.

(17) Ci limitiamo a citare le seguenti fra le opere più recenti: GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 553 ss.; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 542; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 463; BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, vol. XIII, Torino, 2003; CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; SEGRETO, *Presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 57 ss.; PENNAZIO, *La presupposizione tra sopravvenienza ed equilibrio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 673 ss.; nei quali scritti il lettore troverà abbondantissimi riferimenti.

In quasi tutti i manuali di diritto privato e i trattati di diritto civile, si introduce comunemente la problematica della presupposizione richiamando il seguente classico esempio, tratto da un caso giudiziario inglese (18): un signore prende in locazione per un giorno e per un certo quantitativo di danaro un balcone, che gli consentirà di assistere ad una cerimonia che è stata preannunciata. Per coloro che aderiscono alla teoria della presupposizione, se la cerimonia non ha luogo, non dovrà pagare la somma promessa, giacché, sebbene non sia stato detto espressamente, è palese che, in tanto si è impegnato a versare la somma, in quanto da entrambe le parti si presupponeva la celebrazione della cerimonia (19).

Galgano (20) ricorda che per molto tempo, la nostra dottrina ha negato valore giuridico alla presupposizione, adducendo che i motivi del contratto sono, in linea di principio, irrilevanti per il diritto e che, per acquistare rilievo, debbono tradursi in una volontà contrattuale condizionata, ossia in una condizione, sospensiva o risolutiva, espressamente apposta al contratto.

Emblematica è al riguardo la posizione di Santoro Passarelli (21), il quale, pur richiamando in nota la giurisprudenza che considera rilevante la presupposizione (22), ritiene che non ci sarebbe posto, nel nostro ordi-

(18) Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 553 s., il quale precisa inoltre che i casi intorno ai quali la giurisprudenza odierna si è pronunciata sono di questo genere: un imprenditore edile compera per un elevato prezzo un terreno edificabile con l'intento, non dichiarato nel contratto, di utilizzarlo per una costruzione; ma, a vendita già conclusa, sopraggiunge una modificazione del piano regolatore comunale che sottrae quell'area alla precedente destinazione residenziale e la vincola a verde agricolo. Il caso è diverso dall'errore sui motivi, giacché qui si tratta non di erronea conoscenza della situazione presente al momento del contratto, ma di sopravvenienza, dopo il contratto, di una situazione diversa da quella allora esistente (cfr. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 69. Sul punto si v. N. COSENTINO, *Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli*, nota a Cass., 28 agosto 1993, n. 9125, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1601, ed ivi ampi riferimenti).

(19) Cfr. BIGIAVI, nota senza titolo a Cass., sez. III, 8 giugno 1948, n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 173.

(20) Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 554.

(21) Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 174.

(22) Cfr. Cass., 12 maggio 1943, in *Mass Foro it.*, 1943, 284, c. 1149; Cass., 15 gennaio 1947, ivi, 1947, 9, c. 32; Cass., 1° luglio 1947, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 163, con nota di Sacco; Cass., 17 ottobre 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 356, con nota di DE MARTINI; Cass., 8 giugno 1948, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 173, con nota di Bigiavi; Cass., 29 luglio 1948, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, III, p. 172, con nota di Bologna; Cass., 24 aprile 1952, ivi, 1952, II, 1, p. 876, con nota di A. Gallo; Cass., 25 giugno 1952, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, c. 302; Cass., 28 maggio 1953, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1612.

namento, per la cd. presupposizione, la quale sarebbe appunto una modalità non sviluppata del negozio e che tuttavia avrebbe dominato la volontà dell'autore del medesimo. Ma se «non sviluppata» significa, continua Santoro Passarelli, che la modalità non s'è fatta strada, né esplicitamente, né implicitamente, nel negozio, e quindi non risulta dal tenore della dichiarazione, qual è riconoscibile dagli interessati, la presupposizione è irrilevante, come un semplice motivo individuale (23).

Si è detto, un motivo soggettivo non sviluppato, anche se noto alla controparte, non fa parte del contenuto del contratto e, quindi, è giuridicamente irrilevante, non avendo il codice civile accolto come figura generale l'istituto della presupposizione (24).

Andreoli (25), dopo avere ribadito che il motivo che non è tradotto in clausola condizionale è irrilevante, precisa che la teoria della presupposizione ridurrebbe alla evanescenza la distinzione intercorrente fra motivi e causa.

Cariota Ferrara (26), dopo avere sostenuto che la presupposizione rientra tra i motivi, conclude in modo nettamente sfavorevole all'applicazione di un tale principio nel nostro diritto (27).

Betti (28), criticato al riguardo da Bigiavi (29), nega ogni rilievo al presupposto, e ritiene che la presupposizione, in quanto ricollegata ai motivi, sia irrilevante ed estranea al nostro diritto positivo (30).

Osti (31) colloca la presupposizione tra la teoria della *clausola rebus sic stantibus* e ritiene che possa trovare spazio nel nostro ordinamento in quanto costituisce una diversa presentazione dello stesso fenomeno sotteso all'art. 1467 c.c.

(23) Per le critiche si v. BESSONE, *Presupposizione, causa tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa irrilevanza dei motivi)*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 146.

(24) Per i riferimenti si v. TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1965, p. 194, nota 2.

(25) Cfr. ANDREOLI, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 336.

(26) CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 601 ss.

(27) Per le critiche si v. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, nota a Cass., 2 dicembre 1959, in *Foro it.*, 1960, p. I, c. 1584.

(28) Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 333, nota 1.

(29) Cfr. BIGIAVI, nota senza titolo a Cass., sez. III, 8 giugno 1948, n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 174.

(30) Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 526.

(31) Cfr. OSTI, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 13; ID., voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1958, p. 353 ss.

De
presup
sostrato
Fav
previsti
Rec
la rilev
ce, in v
Bes
mento
La
cc.c. no
nel cor
e, dall'
posizio
Ca:

(32)

(33)

1954, VI

(34)

(35)

alea nor

(36)

va oner

si v. ME

della ris

dir. com

siva one

1995, p.

(37)

BESSON

RINO, v

menti tr

GALLO,

275 ss.;

Cass., 9

e conne

na fede

Foro it.,

civ., II,

denza in

464.

(38)

De Martini ⁽³²⁾ vede nell'art. 1467 c.c. una tipica applicazione della presupposizione di diritto, e sostiene che la sopravvenienza costituisca il sostrato della presupposizione.

Favara ⁽³³⁾ indica nell'art. 1467 c.c. la norma in cui è legislativamente prevista la presupposizione.

Redenti ⁽³⁴⁾ ha rilevato che proprio l'art. 1467 c.c. esclude, *a contrariis*, la rilevanza giuridica della sopravvenienza di eventi prevedibili che, invece, in via di principio, rientra anche essa nella presupposizione.

Bessone ⁽³⁵⁾ ritiene che l'art. 1467 c.c. non possa costituire il fondamento della presupposizione.

La dominante dottrina, da un lato, ritiene che la *ratio* dell'art. 1467 cc.c. non va ricercata né nella clausola *rebus sic stantibus* (troppo vaga), né nel concetto di presupposizione, ma nel difetto funzionale della causa ⁽³⁶⁾ e, dall'altro, nega la possibilità di individuare il fondamento della presupposizione nell'art. 1467 c.c. ⁽³⁷⁾.

Camardi ⁽³⁸⁾, dopo avere messo in evidenza che l'art. 1467 c.c. prende

⁽³²⁾ Cfr. DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1972, p. 127.

⁽³³⁾ Cfr. FAVARA, *Sopravenienza di leggi e presupposizione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, VI, p. 46.

⁽³⁴⁾ Cfr. *La nozione di eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, p. 349.

⁽³⁵⁾ Cfr. BESSONE, *Ratio legis dell'art. 1467 c.c. e risoluzione per eccessiva onerosità ed alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, p. 541.

⁽³⁶⁾ Cfr. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 173; PINO, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, Padova, 1952, p. 127 ss. Sul fondamento della sopravvenienza si v. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 517; OSILIA, *Sul fondamento della risoluzione del contratto per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, p. 15 ss., ed ivi ampi riferimenti. Sull'art. 1467 c.c. v. Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile, Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1995, p. 25 ss., ed ivi ulteriori riferimenti a cui si rimanda.

⁽³⁷⁾ Cfr. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, p. 166; BESSONE - D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 341; GIRINO, voce *Presupposizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 781; ROPPO, *Orientamenti tradizionali e tendenze recenti in tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 213; GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 275 ss.; GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, nota a Cass., 9 maggio 1981, n. 3074, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 1739; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1991, p. 400 ss.; SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nella vicenda della edificabilità dei suoli*, nota a Cass., 17 maggio 1977, n. 1738, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2340; GALLETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1998, p. 387; COMPORI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Giust. civ.*, 1985, II, p. 104; BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, 2000, p. 464.

⁽³⁸⁾ Cfr. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997, p. 400 ss.

in considerazione i presupposti oggettivi che le parti hanno tenuto presenti e fatto emergere nel regolamento contrattuale, mentre la presupposizione concerne i presupposti soggettivi, ossia i calcoli individuali di convenienza ed i piani individuali di destinazione di ciascun contraente, ribadisce⁽³⁹⁾, con linguaggio nuovo, come sottolinea Sacco⁽⁴⁰⁾, che il difetto del fatto presupposto darà poi luogo ad una impossibilità del programma, equiparabile all'impossibilità dell'oggetto.

Sacco⁽⁴¹⁾, criticando una sentenza della Cassazione⁽⁴²⁾, che aveva statuito che «il vigente codice civile ha introdotto all'art. 1467 in modo espresso ed in via generale in materia contrattuale il principio della presupposizione che rappresenta quindi ormai un istituto del nostro diritto positivo», ritiene che la presupposizione comprende tutti i casi di motivi, attenendo ad un fatto psicologico.

Scognamiglio⁽⁴³⁾ assimila la presupposizione ad un motivo che non si è tradotto in una clausola condizionale.

Cassottana⁽⁴⁴⁾ ritiene che il motivo sia un elemento psicologico composto, determinante della volontà, e che pertanto non sarebbe convincente l'equiparazione della presupposizione al motivo.

Martorano⁽⁴⁵⁾ ritiene che la presupposizione andrebbe inquadrata dentro la figura dell'errore⁽⁴⁶⁾.

Branca⁽⁴⁷⁾ ha criticato l'accostamento della presupposizione all'errore, muovendo dalle conseguenze che si vogliono fare derivare rispettivamente dalla presupposizione (inefficacia) e dall'errore (annullamento): poiché il contratto concluso sulla base di una presupposizione porta all'i-

⁽³⁹⁾ Cfr. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, cit., p. 508.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 543, nota 5.

⁽⁴¹⁾ Cfr. SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 163 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass., 1° luglio 1947, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 163.

⁽⁴³⁾ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, Grosso-Santoro Passatelli, Milano, 1975, p. 144.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. CASSOTTANA, *Presupposizione e rischio contrattuale negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, p. 341.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 103.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. COPPI, *Presupposizione e errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 3 ss.; ESPOSITO, *Presupposizione ed errore comune*, nota a Cass., 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Foro it.*, I, c. 1981; ROSELLI, *Errore-Presupposizione*, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, p. 607.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. G. BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, nota a Cass., sez. II, 10 novembre 1961, n. 2632, in *Foro it.*, 1962, I, c. 238.

nefficacia non si vede perché debba richiamarsi la figura e il regolamento dell'errore, che porta all'annullamento ⁽⁴⁸⁾.

Pietrobon ⁽⁴⁹⁾ limita la possibilità di ricondurre la presupposizione entro la figura dell'errore, ai casi in cui l'evento originariamente presupposto non sia in realtà mai venuto ad esistenza; mentre all'interpretazione secondo buona fede dovrebbero ricondursi la ipotesi in cui l'evento presupposto originariamente presente sia venuto meno a seguito di eventi sopravvenuti ⁽⁵⁰⁾.

Rescigno, dopo avere affermato che la presupposizione è un ibrido di motivo e condizione ⁽⁵¹⁾, e che non può fondarsi sull'art. 1467 c.c. ⁽⁵²⁾, ritiene comunque che, attraverso l'interpretazione del negozio, può assumere rilevanza ⁽⁵³⁾.

Gentili ⁽⁵⁴⁾ ritiene che la radice logica della presupposizione vada ricercata e ritrovata nell'ambito della volontà dei contraenti; il presupposto è, infatti, un elemento che ha influito in maniera determinante sulla psiche dei contraenti indirizzandoli ad un dato assetto dei loro interessi.

Anche Sacco ⁽⁵⁵⁾ ritiene che il problema della presupposizione è un problema di interpretazione del contratto, ossia di ricostruzione di ciò che le parti hanno significato e pensato, di ciò che hanno tenuto presente senza menzionarlo ⁽⁵⁶⁾.

Per Gorla ⁽⁵⁷⁾ la presupposizione attiene alla causa ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto si vedano le critiche di GIRINO, voce *Presupposizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 783, secondo cui questo pensiero trascura di indagare sulle conseguenze nascenti dalla presupposizione e che sembrano essere quelle proprie di una risoluzione; è inoltre viziato poiché ha riguardo ad un esito senza configurare l'indole della causa.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 520 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. PIETROBON, voce *Presupposizione* (dir. civ.), in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1995, p. 5 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. RESCIGNO, voce *Condizione* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 787.

⁽⁵²⁾ Cfr. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1982, p. 345.

⁽⁵³⁾ Cfr. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 345.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, 1983, I, c. 1737.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 544.

⁽⁵⁶⁾ Al riguardo si segnala che in precedenza SACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 166, aveva ritenuto inadeguata la definizione cara a Windscheid di presupposizione come «condizione non sviluppata».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, p. 274.

⁽⁵⁸⁾ Sulla causa si v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 45 ss. Al riguardo cfr. COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 291; NARDI, *Causa del contratto, collegamento contrattuale e presupposizione*, nota a Trib. Isernia, 18 novembre 2005, in *Giur. merito*, 2006, p. 567; ANDRETTA, *Ancora poca chiarezza sulla na-*

Cataudella ⁽⁵⁹⁾, prendendo in considerazione il profilo funzionale del contratto, ritiene che la presupposizione possa acquisire rilevanza tutte le volte in cui integri uno scompensamento della funzione concreta del contratto (funzione concreta che può enuclearsi anche da enunciative contrattuali aventi valore dispositivo), essendo la sussistenza della funzione astratta garantita dall'inquadramento nel tipo.

Secondo Franzoni ⁽⁶⁰⁾ la presupposizione viene in considerazione principalmente in collegamento con la risoluzione per eccessiva onerosità e l'aspetto centrale della figura sarebbe l'alterazione del sinallagma contrattuale; in questo modo essa si allontana dall'originaria configurazione che la ricollegava alla condizione tacita o all'errore.

Bessone ⁽⁶¹⁾, con la rigorosa impostazione del problema in termini di ripartizione del rischio contrattuale ⁽⁶²⁾, effettua una serrata critica alle teorie volontaristiche, ed imposta il problema della presupposizione facendo riferimento all'integrazione del contratto e al giudizio di esigibilità dell'adempimento condotto alla stregua del principio di buona fede ⁽⁶³⁾.

Alpa ⁽⁶⁴⁾ esamina la presupposizione nell'ottica della distribuzione dei rischi e comunque sottolinea che attraverso il ricorso alla interpretazione del contratto secondo buona fede si effettua un bilanciamento di vantaggi e svantaggi inclusi nell'operazione economica.

La soluzione oggi accolta con sempre maggiore frequenza, tende a basarsi, come aveva anticipato Mengoni ⁽⁶⁵⁾, sull'applicazione della clausola

tura giuridica della presupposizione, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 3251. Sul punto si vedano però SINESIO, *Presupposizione, causa e buona fede nell'edificabilità dei suoli*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 341; MEARELLI, *Presupposizione, rischio contrattuale e regime pubblico dei suoli*, in *La buona fede contrattuale*, 1989, p. 432; FERRIGNO, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa del contratto*, in *questa rivista*, 1985, p. 115.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 319 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, in *Il codice civile, Commentario* diretto da Schlesinger, sub. artt. 1372-1373, Milano, 1998, p. 17.

⁽⁶¹⁾ Cfr. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 207; BESSONE-D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326.

⁽⁶²⁾ Sul rischio contrattuale si v. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.

⁽⁶³⁾ Sul problema della esigibilità dell'adempimento si v. DI MAJO-GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 423; BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, artt. 1218-1229, Bologna-Roma, 1979, p. 92 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. ALPA, *Rischio contrattuale*, in *questa rivista*, 1986, p. 619 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. MENGONI, nota a Cass., sez. un., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 284; MENGONI, in relazione alla monografia di Larenz, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 255.

generale di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto ⁽⁶⁶⁾, ovvero alla causa concreta del contratto ⁽⁶⁷⁾.

Galgano ⁽⁶⁸⁾ precisa che si dà rilievo prevalente al sopraggiunto venir meno della funzione del contratto, al fatto che l'evento sopraggiunto ha prodotto, come nel caso della eccessiva onerosità sopravvenuta, testualmente previsto dall'art. 1467 ⁽⁶⁹⁾, una alterazione funzionale della causa, rendendo non più giustificato lo scambio fra le prestazioni contrattuali. La presupposizione, continua Galgano ⁽⁷⁰⁾, assume un diverso valore a seconda che abbia per oggetto una situazione falsamente presupposta come esistente al momento della conclusione del contratto oppure riguardi il successivo mutamento della situazione originariamente presupposta. Nel primo caso il contratto è nullo per mancanza di causa in concreto, non essendo in grado di assolvere la funzione economica-sociale che gli è propria; nel secondo caso è, invece, affetto da un vizio funzionale che ne determina la risoluzione ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 555; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1967, p. 227; ID., "Obiter dicta" della giurisprudenza, in *Riv. not.*, 1978, I, p. 947; PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 445; GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, nota a Cass., 2 dicembre 1959, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1594; BESSONE-D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 341 ss.; CARRESI, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1987, p. 275; SCOGNAMIGLIO, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, nota a Cass., 9 febbraio 1985, n. 1064, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 136; SERIO, voce *Presupposizione*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, 1996, p. 298; NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, collana diretta da Galgano, Padova, 1988, p. 402 ss.; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1040; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, p. 141; SALVESTRONI, *Nozioni generali di diritto civile*, Milano, 2006, p. 255.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Cass., 24 marzo 2006, n. 6631, in *I contratti*, 2006, p. 1085, con nota di Ambrosoli.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 553.

⁽⁶⁹⁾ Recentemente anche CACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005, p. 344, ritiene che in caso di presupposizione sia utilizzabile l'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 557.

⁽⁷¹⁾ Cfr. Cass., 17 maggio 1979, n. 2738, in *Giur. it.*, 1977, I, I, c. 2242, la quale ha statuito che «mentre il difetto originario della condizione presupposta determina la nullità dei contratti sinallagmatici per mancanza di causa, il venir meno della condizione stessa dopo la conclusione del contratto provoca la risoluzione dello di quest'ultimo per causa non imputabile alle parti»; Cass., 22 settembre 1981, n. 7168, in *Foro it.*, 1982, I, c. 104, la quale ha statuito che «il negozio fondato sulla presupposizione può essere dichiarato nullo per difetto di causa ove, al momento della sua conclusione, l'evento presupposto già difettava nella realtà fenomenica; ovvero risolto *ex tunc*, quando, invece, venga meno nel corso dell'esecuzione del contratto, nel qual caso, infatti, riferendosi l'evento non avvertatosi a vi-

Anche Belfiore ⁽⁷²⁾ sottolinea la doppia valenza della presupposizione ⁽⁷³⁾, sia come causa di invalidità, sia come causa di risoluzione non riconducibile in via diretta e puntuale agli enunciati del codice civile.

Secondo Girino ⁽⁷⁴⁾, nel diritto vigente, la presupposizione può essere considerata come clausola risolutiva tacita: bene dice il Barbero ⁽⁷⁵⁾ quando afferma che la presupposizione è una clausola di risoluzione portata a manifestazione esteriore, anziché dalla dichiarazione delle parti, dalle circostanze oggettive in cui questa stessa dichiarazione è avvenuta ⁽⁷⁶⁾.

Secondo Bianca ⁽⁷⁷⁾, invece, la presupposizione è una circostanza esterna che senza essere prevista quale condizione ne costituisce un presupposto oggettivo. Presupposti oggettivi generali sono le condizioni di mercato e della vita sociale che incidono sull'economia del contratto. Presupposti specifici del contratto sono invece le circostanze particolari alle quali è subordinato il vincolo contrattuale. Esempio: il contratto di vendita viene stipulato sul presupposto che il compratore ha ottenuto o è certo che ottenga un determinato finanziamento pubblico senza che tale circostanza sia indicata come una condizione del contratto. Per Bianca nel nostro ordinamento la rilevanza dei presupposti generali ha trovato un riscontro legislativo nell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità

cende successive al valido sorgere del vincolo contrattuale, si tratta di scioglimento e risoluzione del medesimo per causa non imputabile ai contraenti». In senso conforme Cass., 8 agosto 1995, n. 8689, *Mass Foro it.*, 1995; Cass. 5 gennaio 1995, n. 191, *ivi*, 1995; Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giur. it.*, 1998, c. 511, con nota di Calderoni. Si v. COSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, p. 291; PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 735; ALMUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali*, *cit.*, p. 32, considera la presupposizione come figura di sopravvenienza ulteriore rispetto a quelle positivamente previste, nella ipotesi in cui la presupposizione rileva come causa di risoluzione. Sul punto si v. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 843; CICCIO, *Presupposizione e nullità del contratto*.

⁽⁷²⁾ Cfr. BELFIORE, *La presupposizione, Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2003, p. 1.

⁽⁷³⁾ Sul punto si v. pure GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 881.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, nota a Cass., 2 dicembre 1959, in *Foro it.*, I, c. 1580; ID., voce *Presupposizione*, in *Noviss. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 775 ss., ed *ivi* ampi riferimenti.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. BARBERO, *Rassegna di giurisprudenza di diritto civile*, VIII, in *Jus*, 1940, p. 164; ID., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958, I, p. 437.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. GIRINO, *Riflessioni in tema di presupposizione*, *cit.*, p. 1598, nota 52, il quale, dopo avere affermato che la volontà può risultare anche per univoche circostanze di fatto, richiama L. FERRARA, *Accenni sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1939, I, c. 84; PUGLIATTI, *Istituzione di diritto civile*, Milano, 1935, III, p. 90 ss.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 463 ss.

(art. 1467
posti spe

Bianc
zione i p
la realizz
lizzare il
l'impegno

Sono
sultati ch
tati dov

Bianc
indica qu
tratto o a
nante ai
tali presu
contratto
re di pres
tratto me
lontà rea
conforme

Affin
ne occor
abbia ric
per l'altra
ha per l'a
te del cor

Una c
sto, quan
quella di
nante ai f

⁽⁷⁸⁾ Cfr.

⁽⁷⁹⁾ Un
ca, borsa, ti

⁽⁸⁰⁾ Cfr.

⁽⁸¹⁾ Cfr
dell'affidam
1966, p. 232

mere di rive

⁽⁸²⁾ Cfr.

esempio, m
un determi

(art. 1467). Il problema della presupposizione attiene piuttosto ai presupposti specifici del contratto, ed esso è un problema ancora aperto.

Bianca precisa, inoltre, che non rientrano nel concetto di presupposizione i presupposti causali, cioè quei fatti o circostanze che condizionano la realizzazione della causa del contratto ⁽⁷⁸⁾. Se la causa non si può realizzare il contratto si risolve perché viene meno l'interesse che giustificava l'impegno delle parti, come nel classico esempio del balcone affittato.

Sono estranei poi al concetto di presupposizione, continua Bianca, i risultati che entrano nel contenuto dell'impegno contrattuale, ossia i risultati dovuti. Qui, in realtà, si verte nel tema dell'adempimento ⁽⁷⁹⁾.

Bianca, quindi, definisce la presupposizione in questi termini ⁽⁸⁰⁾: essa indica quei fatti o circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto delle prestazioni, assumono un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale. La rilevanza di tali presupposti deve essere ammessa e spiegata in base al contenuto del contratto: a determinati fatti o circostanze, cioè, deve riconoscersi il valore di presupposti oggettivi del contratto quando tale valore risulta dal contratto medesimo. In tal senso deve aversi riguardo non tanto ad una volontà reale o ipotetica delle parti quanto al significato del contratto conforme alla sua interpretazione.

Affinché una data circostanza acquisti rilevanza come presupposizione occorre, precisamente, che essa sia comune alle parti o che una parte abbia riconosciuto l'importanza determinante che la circostanza assuma per l'altra. La semplice conoscenza dell'importanza che una circostanza ha per l'altra parte non vale invece a subordinare a tale circostanza la sorte del contratto ⁽⁸¹⁾.

Una determinata circostanza esterna rileva come presupposto, piuttosto, quando in applicazione delle regole d'interpretazione, ivi compresa quella di buona fede, si accerta che tale circostanza ha un valore determinante ai fini della persistenza del vincolo contrattuale ⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, cit., p. 464.

⁽⁷⁹⁾ Un caso particolare ai confini è dato da Cass., sez. III, 9 marzo 1995, n. 2747, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 154, con nota di R. GUIDOTTI, *Fideiussione e presupposizione*.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, cit., p. 466.

⁽⁸¹⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, cit., p. 466, il quale precisa che l'esigenza dell'affidamento ne risulterebbe violata (cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 232). Se una parte annette importanza ad una data circostanza non può infatti presumere di riversarne il rischio sull'altra per il solo fatto che questa ne abbia avuto conoscenza.

⁽⁸²⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, cit., p. 467, il quale precisa che così, ad esempio, nel caso in cui la parte si obbliga ad eseguire la prestazione quando avrà ottenuto un determinato finanziamento pubblico si tratterà di accertare se la menzione del finanzia-

Per Bianca, infine, il venir meno della presupposizione non importa come tale l'automatica risoluzione del contratto⁽⁸³⁾, ma il rimedio del recesso unilaterale a favore della parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile. Il recesso può essere esercitato anche nell'ipotesi in cui il presupposto obiettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile a verificarsi⁽⁸⁴⁾.

La tesi di Bianca, nonostante le attente criticata di Belfiore⁽⁸⁵⁾, è stata recentemente accolta dalla Cassazione⁽⁸⁶⁾, anche alla luce delle controre-pliche del Bianca⁽⁸⁷⁾.

2. - *Segue: alcuni orientamenti non sempre coerenti della Cassazione*

Secondo un orientamento consolidato della Cassazione, la presupposizione ricorre quando

una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo - la cui esistenza, cessazione e verifica sia del tutto indipendente dall'attività o dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione - possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione

mento valga a specificare una modalità temporale della prestazione o se invece valga a subordinare l'obbligazione della parte all'ottenimento del contributo sperato.

⁽⁸³⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, cit., p. 467, il quale segnala che in giurisprudenza si parla senz'altro di risoluzione del contratto per causa non imputabile alle parti, equiparandola quindi all'impossibilità sopravvenuta. Cfr. Cass., 22 settembre 1981, n. 5168, in *Foro it.*, 1982, I, c. 104, la quale ha statuito che «quando sia accertato che i contraenti sono addivenuti alla conclusione di un contratto sulla base di una presupposizione comune ad entrambe le parti (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il negozio fondato sulla presupposizione può essere risolto *ex tunc* quando l'evento presupposto venga meno nel corso dell'esecuzione del contratto, trattandosi di scioglimento e risoluzione del medesimo per causa non imputabile ai contraenti, ma tale scioglimento, in presenza di un contratto di durata, non può spiegare effetto rispetto alle prestazioni già eseguite; pertanto, stipulatosi fra le parti un contratto di locazione fondato sulla presupposizione della concessione al conduttore della licenza di commercio, il venir meno della presupposizione in corso di contratto legittima la risoluzione dello stesso, ma il conduttore non può pretendere la restituzione dei canoni corrisposti prima del venir meno della circostanza presupposta».

⁽⁸⁴⁾ Nel testo si è riportata fedelmente l'opinione di Bianca, per mettere in evidenza come la recente sentenza della Suprema Corte (Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235) abbia accolto la medesima tesi di Bianca copiandone pedissequamente le parole.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale, Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, vol. XIII, Torino, 2003, p. 74 ss.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, di seguito commentata.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, cit., p. 467 s., nota 75.

del loro consenso, come presupposto avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale ⁽⁸⁸⁾.

A ben vedere, come ha messo in evidenza Roppo ⁽⁸⁹⁾, dentro questa ampia definizione rientrerebbero ipotesi tra loro eterogenee ⁽⁹⁰⁾, considerato che la presupposizione costituisce un tema tipicamente trasversale, che interseca i territori dell'errore e della sopravvenienza, della condizione, dei rapporti fra volontà espressa e tacita, dell'interpretazione del contratto e, infine, della relazione tra causa e motivi.

In alcune sentenze, infatti, la Cassazione fa riferimento alla condizione, statuendo che

la presupposizione (o condizione non sviluppata o inespressa) è configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto, comune e determinante, della volontà negoziale, la mancanza del quale comporti la caducazione del contratto stesso, ancorché a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti, non sia fatto espresso riferimento ⁽⁹¹⁾.

In altre sentenze la Cassazione fa riferimento ai motivi o al fine sostanziale, statuendo che

la mancata espressa indicazione del fine sostanziale per cui una parte s'induce a contrattare non esclude la nullità del negozio se il fine era noto alla controparte come presupposto del contratto ⁽⁹²⁾.

Mengoni ⁽⁹³⁾, nel criticare la predetta sentenza, sottolinea che in realtà la presupposizione non appartiene alla volontà «attuale» delle parti, ma penetra nel contenuto del negozio concreto sotto forma di una «riserva virtuale» o «condizione implicita» limitatrice dell'efficacia negoziale, e ri-

⁽⁸⁸⁾ Cfr. Cass., sez. II, 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 3161, con nota di Calderoni.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano 2001, p. 1041, richiamato anche da ALMUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali*, in *Le monografie di Contratto e impresa*, serie diretta da Galgano, 2004, p. 31.

⁽⁹⁰⁾ Sulla eterogeneità delle figure di presupposizione si v. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1943, p. 333.

⁽⁹¹⁾ Cfr. Cass., sez. II, 9 novembre 1994, n. 9304.

⁽⁹²⁾ Cfr. Cass., sez. III, 8 giugno 1948, n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 173, con nota di Bigiavi. Questa sentenza valuta il difetto della presupposizione come difetto di volontà, e quindi come causa di nullità del contratto. Contro siffatta tesi cfr. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. dir. comp.*, XXVII, 1951, p. 118 ss.

⁽⁹³⁾ Cfr. MENGONI, nota a Cass., sez. un., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 284.

cavata per via di interpretazione integrativa del contratto, condotta alla stregua della buona fede (art. 1366 c.c.). La rilevanza giuridica della presupposizione, continua Mengoni, si esprime perciò in una figura di inefficacia successiva⁽⁹⁴⁾, vale a dire in un contro-effetto (risoluzione) diretto a rimuovere, come inopportuno, il regolamento negoziale predisposto dalle parti su una certa base, rivelatasi inconsistente o non duratura.

In altre sentenze la Cassazione, come mette in evidenza Mengoni⁽⁹⁵⁾, attribuisce rilevanza giuridica alla presupposizione, in senso soggettivo, in quanto si tratti di una errata rappresentazione o previsione comune a entrambe le parti, e relativa a una situazione o a un evento praticamente importante per entrambe. Solo in tal caso la presupposizione si distacca dalla sfera dei motivi contrattuali per divenire parte integrante del contenuto del contratto. Al riguardo si è statuito che

la presupposizione ricorre quando una determinata situazione di diritto o di fatto costituisce il presupposto comune ad entrambi i contraenti, per modo che la considerazione di quella situazione forma parte della dichiarazione di volontà⁽⁹⁶⁾

e che

ove dal contenuto dell'atto risulti che le parti hanno inteso concludere il contratto solo nella presupposizione di una data situazione di fatto, e subordinatamente quindi all'esistenza di questa, tale previsione, lungi dal relegarsi nella sfera dei motivi interni, viene ad assurgere a presupposto della volontà negoziale; presupposto da cui la manifestazione del consenso resta dominata e influenzata, sì da portare, ove esso venga poi

⁽⁹⁴⁾ Sulla inefficacia successiva si v. il mio scritto su *La nullità sopravvenuta del contratto*, in questa rivista, 2000, p. 628 ss.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. MENGONI, nota a Cass., sez. un., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 283.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. Cass., 24 aprile 1952, in *Giur. it.*, 1952, I, I, c. 894. In senso contrario, Cass., 8 giugno 1948, n. 864, in *Giur. it.*, 1949, I, c. 173, con nota di Bigiavi, la quale è stata successivamente confermata dalla Cassazione nel mese di maggio del 1952, come riferisce Mengoni, là dove si riconosce rilevanza anche alla presupposizione unilaterale, purchè nota all'altro contraente. Sul Patto unilaterale si v. Cass., sez. lav., 23 gennaio 1992, n. 728, con nota di DEL PRATO, *In tema di negozio unilaterale, presupposizione, errore di diritto*, in *Giur. it.*, I, I, c. 183, secondo cui «l'istituto della presupposizione può trovare applicazione solo con riguardo ai contratti con prestazioni corrispettive e non anche (per la mancanza della compatibilità richiesta dall'art. 1324 c.c.) con riguardo all'atto delle dimissioni, che realizza il diritto potestativo di recesso del lavoratore e costituisce un negozio unilaterale ricettizio, idoneo, indipendentemente dalla volontà del datore di lavoro, a determinare la risoluzione del rapporto; ne consegue che la mancata realizzazione dei vantaggi rappresentati al dipendente al momento delle dimissioni non può influire su tale negozio giuridico ove le dimissioni stesse non siano state espressamente subordinate alla realizzazione di quei vantaggi».

meno, la caducità stessa del contratto. Ma, perché di presupposizione possa parlarsi nel senso ora spiegato, è necessario che oggetto della comune previsione delle parti, in base alla quale si sono determinate a stipulare, sia stata una situazione di fatto il cui verificarsi, ove non risulta già esistente, sia peraltro del tutto indipendente dalla volontà di uno dei contraenti ⁽⁹⁷⁾.

Nella penultima sentenza del 1952 la Cassazione, accoglie la tesi di Betti ⁽⁹⁸⁾, precisando che si tratta di scioglimento del negozio, cioè di una risoluzione *ex nunc* degli effetti contrattuali.

Nell'ultima sentenza del 1953, le Sezioni unite, affermando che la mancanza del presupposto comporta «caducità» del contratto, sembra alludere, come acutamente ha evidenziato Mengoni ⁽⁹⁹⁾, a una caducazione automatica del contratto ⁽¹⁰⁰⁾, in contrasto con quanto sostenuto da Scognamiglio ⁽¹⁰¹⁾.

La Cassazione, inoltre, come sottolinea Galgano ⁽¹⁰²⁾, facendo riferimento alla causa, ha effettuato una svolta statuendo che

il ricorso alla presupposizione intesa come circostanza assunta da entrambe le parti come base della contrattazione, è ammesso come ricerca del vero e completo contenuto del contratto, realizzandosi così, attraverso un'indagine della volontà e soprattutto della causa negoziale, alla luce del principio di buona fede, il riequilibrio delle posizioni dei contraenti di fronte al sopravvenuto accertamento della realtà, che sembra sconvolgere quanto espressamente convenuto ⁽¹⁰³⁾.

In altre sentenze la Cassazione ha ribadito in tutto o in parte le precedenti massime, a volte commistionandole tra loro e a volte contraddicendosi con quanto in precedenza statuito.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. Cass., sez. un., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 282, con nota di Mengoni.

⁽⁹⁸⁾ Cfr. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Torino, 1950, p. 443.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. MENGONI, nota a Cass., sez. un., 28 maggio 1953, n. 1594, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 285.

⁽¹⁰⁰⁾ Secondo MENGONI, cit., sarebbe stata accolta l'opinione sostenuta in Germania da VON THUR, in *Leipziger Ztschr.*, 1921, p. 153, ripresa da LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Munchen u. Leipzig, C.H. Bech, 1951, p. 143 s., il quale scrive che il contratto, privato della base soggettiva, deve considerarsi «caduco» (*hinfalling*) nel senso appunto di una inefficacia subentrata *ipso iure*, mentre Oertmann e con lui la grande maggioranza della dottrina tedesca propongono per l'impugnabilità del contratto ad istanza di parte. In quest'ultimo senso si v. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. dir. comp.*, XXVII, 1951, p. 118.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Sulla invalidità successiva dei negozi giuridici*, in *Ann. dir. comp.*, XXVII, 1951, p. 118.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Milano, 2007, p. 555.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Cass., 21 luglio 1980, n. 4775, in *Riv. dir. comm.*, 1983, II, p. 91.

Infatti, si è statuito che

in tema di negozio giuridico, la fattispecie della cd. «presupposizione» (o condizione non espressa) è legittimamente configurabile tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, risulti che le parti abbiano inteso concluderlo subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto considerata presupposto imprescindibile della volontà negoziale, la mancanza della quale comporta, per l'effetto, la caducazione del contratto stesso, ancorché a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti (ed indipendente, nel suo verificarsi, dalla volontà dei medesimi), non si sia compiuto, nell'atto negoziale, alcun esplicito riferimento. L'indagine volta a stabilire se una determinata situazione sia stata tenuta presente dai contraenti nella formulazione del consenso secondo il delineato schema della presupposizione, poi, si colloca, esaurendosi, sul piano propriamente interpretativo del contratto, e costituisce, pertanto, anch'essa una valutazione di fatto, riservata, come tale, al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se immune da vizi logici o giuridici ⁽¹⁰⁴⁾,

e che

la «presupposizione» è configurabile quando, da un lato, una obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi che sia stata tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cosiddetta condizione non sviluppata o inespressa), e, dall'altro, il venir meno o il verificarsi della situazione stessa sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro. Pertanto, non si configura la «presupposizione» in un contratto di fornitura e posa in opera di materiali con riferimento all'ipotesi di mancato rilascio della concessione edilizia, ove tale situazione di diritto presupposta sia stata espressamente prevista e sia stato posto nell'accordo stesso a carico del committente un preciso obbligo di attivarsi per ottenerla; ne' è rilevante la circostanza che la concessione edilizia non venga rilasciata per fatto non imputabile al committente se nel contratto non sia stata espressamente prevista, per tale eventualità, la risoluzione del contratto ⁽¹⁰⁵⁾.

In altre sentenze si è ribadito che

nel caso in cui un privato venda un immobile con l'obbligo del comune acquirente di destinarlo alla realizzazione di un centro scolastico e, successivamente, il comune ne modifichi la destinazione urbanistica e lo ceda a privati per realizzare insediamenti residenziali e terziari, non ricorrono i presupposti per dichiarare risolto il contratto, sotto il profilo della presupposizione, per il venir meno di un presupposto tenuto presente dai contraenti nella formazione del loro consenso e condizionante l'esistenza ed il permanere del vincolo negoziale, poiché la compravendita costituisce momento attua-

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. Cass., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14629.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. Cass., sez. II, 23 settembre 2004, n. 19144.

tivo di una convenzione urbanistica che non priva il comune del potere di imprimere alle aree (interessate da una anteriore cessione) una diversa destinazione, la quale è situazione dipendente dalla volontà dello stesso comune ⁽¹⁰⁶⁾,

e che

in tema di rapporti giuridici sorti da contratto, la cd. «presupposizione» deve intendersi come figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di «condizione», da considerarsi implicita e, comunque, certamente non espressa nel contenuto del contratto e, dall'altro, alla stessa «causa» del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare; il suo rilievo resta dunque affidato all'interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato. Deve pertanto ritenersi configurabile la presupposizione tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l'assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'articolo 1467 c.c. (Nella specie, era stata esperita, dai proprietari del canale di carico di un mulino, domanda di pagamento dei relativi canoni nei confronti dell'affittuario consorzio di bonifica e avevano rigettato la domanda sia il primo che il secondo giudice, quest'ultimo, in particolare, avendo applicato l'articolo 1463 c.c. sul presupposto che il consorzio doveva ritenersi liberato dalla propria prestazione perché, a causa dell'erosione del letto del fiume, si era creato un dislivello tale, rispetto alla originaria imboccatura del canale, da rendere questo non più adatto a captare l'acqua dal fiume; la S.C. ha confermato la sentenza correggendone la motivazione sulla base dell'enunciato principio di diritto, in quanto la situazione di fatto "presupposta" dai contraenti nella formazione del loro consenso, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, doveva identificarsi nella possibilità materiale di immissione dell'acqua derivata dal consorzio nel canale di carico del mulino, possibilità venuta meno già da tempo per effetto dell'erosione del letto del fiume)» ⁽¹⁰⁷⁾.

In altre sentenze la Cassazione, aderendo alla tesi di coloro che vedono nell'art. 1467 c.c. una tipica applicazione della presupposizione di diritto ⁽¹⁰⁸⁾, ha statuito che

il principio della presupposizione, introdotto nel nostro ordinamento in modo espresso ed in via generale dall'art. 1467 c.c., è presente allorquando una data situazione di

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. Cass., sez. II, 14 agosto 2007, n. 17698.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. Cass., sez. III, 24 marzo 2006, n. 6631.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. BOLOGNA, *Profilo sistematico della presupposizione*, in *Giur. Cass. civ.*, 1948, III, p. 179; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, p. 53; MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 207.

fatto o di diritto sia stata considerata, anche senza espresso riferimento, nella formulazione del consenso da parte dei contraenti, purché si tratti di presupposto obiettivo il cui verificarsi è del tutto indipendente dalla volontà di questi ultimi ⁽¹⁰⁹⁾,

e che

l'istituto della presupposizione - introdotto in modo espresso ed in via generale nel nostro ordinamento dalla norma dell'art. 1467 c.c. - ricorre quando una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante il negozio (cosiddetta condizione non sviluppata od inespressa), richiedendosi, pertanto, a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (ed in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente, cioè, in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti ⁽¹¹⁰⁾ e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica loro obbligazione (in base ai suddetti principi la corte suprema ha confermato la decisione del merito che aveva comunque ritenuto che non potesse invocarsi da parte del promittente venditore di un immobile - al fine di farne discendere l'inefficacia del preliminare - il mancato rilascio del certificato di abitabilità dell'immobile promesso in vendita, atteso che era stata accertata l'imputabilità di tale fatto all'inadempimento del promittente venditore, il quale aveva costruito l'immobile in difformità della licenza ed inoltre aveva assunto lo specifico obbligo di trasferire all'acquirente un immobile munito di licenza di abitabilità) ⁽¹¹¹⁾.

3. - Una recente sentenza della Cassazione

La Suprema Corte, con una recente sentenza ⁽¹¹²⁾, discostandosi dal tradizionale orientamento ⁽¹¹³⁾, ha statuito che

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Cass., 9 maggio 1981, n. 3074, in *Giur. it.*, 1983, I, I, c. 1738, con nota di Gentili.

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. Cass., sez. II, 13 maggio 1993, n. 5460, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1982, con nota di M. D'ANGELO, *Presupposizione e buona fede*, secondo cui «la rilevanza della presupposizione postula che una situazione di fatto considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del contratto, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse; per cui, nel caso che il mutamento della situazione presupposta sia ascrivibile alle parti, l'eliminazione del vincolo non può trovare giustificazione, né prospettando un conflitto con la volontà negoziale né adducendo il rispetto dei principi di correttezza e buona fede che presiedono all'interpretazione dei negozi giuridici». La sentenza è commentata anche da ANDRETTA, *Giust. civ.*, 1994, I, p. 3251.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. Cass., sez. II, 31 ottobre 1989, n. 4554.

⁽¹¹²⁾ Cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, rel. Scarano.

⁽¹¹³⁾ Cfr. Cass., sez. III, 24 marzo 2006, n. 6631, in *Contratti*, 2006, p. 1085, con nota di Ambrosoli; Cass., sez. I, 11 marzo 2006, n. 5390, in *Contratti*, 2006, p. 1079, con nota di Am-

la presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso «esterna», che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce, specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell'altra -, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso.

Si legge in motivazione che

sotto il primo profilo il ricorrente in particolare si duole che la corte di merito abbia escluso, violando la legge ed illogicamente motivando, la ricorrenza nel caso della figura della presupposizione, da rinvenirsi allorquando una determinata situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso - pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali - come presupposto condizionante il negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), richiedendosi pertanto a tal fine: 1) che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti; 2) che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (e in ciò la presupposizione differisce dalla condizione); 3) che si tratti di un presupposto obiettivo, consistente cioè in una situazione di fatto il cui venir meno o il cui verificarsi sia del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione (Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554; tra le più recenti, Cass., 21 novembre 2001, n. 14629). Sicché la «presupposizione è ... configurabile quando dal contenuto del contratto risulti che le parti abbiano inteso concluderlo soltanto subordinatamente all'esistenza di una data situazione di fatto che assurga a presupposto comune e determinante della volontà negoziale, la mancanza del quale comporta la caducazione del contratto stesso, ancorché a tale situazione, comune ad entrambi i contraenti, non si sia fatto espresso riferimento» (Cass., 9 novembre 1994, n. 9304). Orbene, la presupposizione - vale anzitutto osservare - non è invero prevista da alcuna norma di legge, ma costituisce un principio dogmatico (di matrice tedesca) contestato da gran parte della dottrina, che vi ravvisa una condizione non sviluppata del negozio o un motivo non assunto a clausola condizionale, ma accolto in giurisprudenza anche di legittimità, ove viene costantemente definita come obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) tenuta in considerazione - pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali - dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il cui venir meno o verificarsi è del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti, e non corrisponde - integrandolo - all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro (v. Cass., 23 settembre 2004, n. 19144; Cass., 4 marzo 2002, n. 3052; Cass., 21 novembre 2001, n. 14629; Cass., 8 agosto 1995, n. 8689). Va al riguardo ulteriormente precisato che, come

brosoli; Cass., sez. II, 23 settembre 2004, n. 19144, in *Contratti*, 2005, p. 329, con nota di Scardigno; Cass., sez. I, 21 novembre 2001, n. 14629, in *Società*, 2002, p. 1246, con nota di Proverbio; Cass., sez. II, 9 novembre 1994, n. 9304; Cass., sez. II, 31 ottobre 1989, n. 4554.

posto in rilievo da una parte della dottrina, la presupposizione costituisce in realtà un fenomeno articolato, cui vengono ricondotti fatti e circostanze sia di carattere obiettivo che valorizzati dalla volontà delle parti. A tale figura può riconoscersi invero significato pregnante solamente laddove se ne individui un autonomo e specifico rilievo, che valga a distinguerla dagli elementi - essenziali o accidentali - del contratto. A tale stregua deve pertanto escludersi che possano ad essa ricondursi fatti e circostanze ascrivibili alla causa, nel senso cioè di condizionarne la realizzazione nel suo proprio significato di causa concreta, quale interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare (cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490). I cd. presupposti causali assumono infatti rilievo già sul piano dell'interesse che giustifica l'impegno contrattuale, e pertanto appunto la causa dello stesso. Ne consegue che il relativo difetto rileva in termini di invalidità del contratto (e su tale piano, diversamente che in passato, da una parte della dottrina viene ora propriamente ricondotto il classico esempio del balcone affittato per assistere alla sfilata del corteo, evento riconducibile all'interesse dalle parti concretamente inteso realizzare con la stipulazione del contratto e pertanto alla causa del medesimo, il cui mancato verificarsi depone, con la venuta meno della medesima, per la conseguente invalidità del negozio). Alla presupposizione non possono essere propriamente ricondotti nemmeno i cd. risultati dovuti, ed in particolare la qualità del bene, giacché in tal caso gli stessi vengono a rientrare nel contenuto del contratto, il relativo difetto conseguentemente ridondando sul diverso piano dell'inadempimento. La circostanza che il bene sia idoneo all'uso previsto dall'acquirente costituisce invero una qualità giuridica dell'oggetto, la cui mancanza se del caso (in quanto cioè trattisi di qualità dovuta) rileva sul piano dell'inesattezza della prestazione, e pertanto in termini di inadempimento (ad es. la perdita della qualità di edificabilità del terreno promesso in vendita per atto della p.a., con conseguente impossibilità della prestazione legittimante la risoluzione del contratto: cfr. Cass., 19 marzo 1981, n. 1635). Del pari distinta va tenuta l'ipotesi in cui i fatti e le circostanze presi in considerazione dalle parti vengano specificamente dedotti in contratto come condizione di efficacia, giacché a parte il rilievo che non vi sarebbe altrimenti ragione di enucleare un'autonoma e differente figura, la presupposizione costituisce fenomeno oggettivamente diverso, trattandosi di ipotesi in cui i fatti e le circostanze giustappunto non vengono dalle parti specificamente dedotti in una clausola condizionale. Estranei alla presupposizione vanno a fortiori tenuti i motivi, quali meri impulsi psichici alla stipulazione concernenti interessi che, rimasti nella sfera volitiva interna della parte, esulano dal contenuto del contratto, laddove se obiettivamente divengono viceversa interessi che il contratto è funzionalizzato a realizzare, concorrendo pertanto ad integrarne la causa concreta. Ed anche se essi sono comuni ad entrambe le parti, non viene comunque al riguardo in rilievo l'istituto della presupposizione, giacché l'interesse comune integra appunto la causa concreta del contratto. Come correttamente osservato in dottrina, alla presupposizione può allora riconoscersi autonomo rilievo di categoria unificante assumente specifico significato laddove nell'ambito delle circostanze giuridicamente influenti sul contratto ad essa si riconducano, quali presupposti oggettivi, fatti e circostanze che, pur non attenendo alla causa del contratto o al contenuto della prestazione, assumono (per entrambe le parti ovvero per una sola di esse, ma con relativo riconoscimento da parte dell'altra) un'importanza determinante ai fini della conservazione del vincolo contrattuale. Circostanze che, pur senza essere - come detto - dedotte specificamente

qua
spe
zio
min
fina
clar.
imp
per
che
pos:

zio:
ine
del
per
stru
sup
dai

4. -

pos
ricc

alla
giu
pro
in g
cor
pre
del

Rou

spru
che
staz

quale condizione del contratto, e pertanto rispetto ad esso « esterne », ne costituiscono specifico ed oggettivo presupposto di efficacia in base al significato proprio del negozio determinato alla stregua dei criteri legali d'interpretazione, assumendo valore determinante per il mantenimento del vincolo contrattuale (es. l'ottenimento dello sperato finanziamento). Il relativo difetto legittima allora le parti non già a domandare una declaratoria di invalidità o di inefficacia del contratto, né a chiederne la risoluzione per impossibilità sopravvenuta (art. 1256 c.c., art. 1463 c.c. ss.) della prestazione (contra v. peraltro Cass., 22 settembre 1981, n. 5168), bensì all'esercizio del potere di recesso (anche qualora il presupposto obiettivo del contratto sia già in origine inesistente o impossibile a verificarsi).

La Suprema Corte, dunque, disattendendo la tradizionale configurazione della presupposizione in termini di c.d. condizione non sviluppata o inespressa⁽¹¹⁴⁾, nonché la più recentemente prospettata riconducibilità della presupposizione alla stessa causa concreta del contratto⁽¹¹⁵⁾, delinea per la prima volta la figura della presupposizione, accogliendo una ricostruzione autorevolmente sostenuta in dottrina⁽¹¹⁶⁾, quale specifico presupposto oggettivo da tenersi distinto sia dai c.d. presupposti causali sia dai cd. risultati dovuti, la cui mancanza legittima l'esercizio del recesso.

4. - *La presupposizione quale causa di recesso e quale eccezione in senso stretto: conseguenze pratiche*

Con il recesso, dunque, la parte interessata può, in forza della presupposizione, sciogliersi unilateralmente dal contratto, senza la necessità di ricorrere al giudice.

Questa soluzione, oltre ad essere più efficace ed economica, impone alla parte che ha interesse a mantenere il vincolo contrattuale, di agire in giudizio con ogni conseguenze processuali anche in ordine all'onere della prova. Comunque, anche la parte che ha esercitato il recesso potrà agire in giudizio per ottenere la restituzione di quanto già eseguito in forza del contratto sciolto, anche oltre i limiti di cui all'art. 1373 c.c., dato che la presupposizione può essere invocata non solo per sottrarsi all'esecuzione della prestazione, ma anche per ripetere la già eseguita prestazione⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Cass., sez. II, 23 settembre 2004, n. 19144, cit.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. Cass., sez. II, 24 marzo 2006, n. 6631, cit. In generale sulla causa in concreto si v. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in questa rivista, 2007, p. 416 ss.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto*, III, Milano, 2000, p. 463 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. GALGANO, *Il contratto*, Milano, 2007, p. 556 s., il quale precisa che la giurisprudenza non sempre richiede, quale limite alla possibilità di invocare la presupposizione, che il contraente che invoca la presupposizione non abbia ancora eseguito la propria prestazione, come invece richiede espressamente l'art. 1467 c.c.

Qualora la controparte agisse in giudizio prima del recesso, l'avente diritto al recesso può comunque recedere dal contratto ed eccepire la presupposizione in via preliminare anche sotto forma di *exceptio doli generalis* ⁽¹¹⁸⁾.

La presupposizione da luogo ad una eccezione in senso stretto, per cui giudice non può rilevarla d'ufficio ⁽¹¹⁹⁾.

ANGELO RICCIO

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, Milano, 200, p. 464, nota 57. Sulla *exceptio doli* quale rimedio di carattere generale si veda, da ultimo, Cass., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, commentata da MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, in *questa rivista*, 2007, p. 1369 ss., ed ivi ampi riferimenti.

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. Cass., 6 ottobre 2000, n. 13333, in *Foro pad.*, 2001, I, c. 55; Cass., 30 marzo 2000, n. 3908, in *Giur. it.*, 2001, c. 729.

I "Dialoghi" sono un bimestrale di analisi critica e ricostruttiva della produzione giurisprudenziale e di valutazione sistematica delle figure giuridiche di creazione legislativa ed extralegislativa.

Il loro prevalente terreno è il diritto privato comune: l'area del diritto civile e commerciale entro la quale la giurisprudenza e la modellistica contrattuale svolgono un ruolo preponderante.

Comitato di Direzione: Francesco Galgano (*direttore*), Guido Alpa, Marino Bin, Giovanni Grippo, Bruno Inzitari, Raffaella Lanzillo, Mario Libertini, Salvatore Mazzamuto, Giovanni Panzarini, Gabriele Piazza, Enzo Roppo, Giuseppe Sbisà, Giovanna Visintini, Roberto Weigmann (*fondatore*), Luclana Cabella Pisu, Rossella Cavallo Borgia, Massimo Franzoni, Daniela Memmo, Luca Nanni, Michele Sesta.

Redazione: Franco Angeloni, Annalisa Atti, Augusto Baldassari, Elisabetta Bertacchini,

Lisia Carota, Daniela Cenni, Angela De Sanctis Ricciardone, Franco Ferrari, Giuseppina Finocchiaro, Aldo Giuliani, Vella Maria Leone, Giorgia Manzini, Fabrizio Marrella, Maria Paola Martinez, Giovanni Meruzzi, Francesca Moretti, Elena Paolini, Flavio Peccenini, Aldo Pellicano, Margherita Pittalis, Giancarlo Ragazzini, Angelo Riccio, Rita Rolli, Guido Santoro, Gianluca Stechero, Matteo Tonello, Laura Valle, Daniela Vittoria, Nadia Zorzi.

Redazione inglese: Peter Xuereb; **redazione tedesca:** Jürgen Basedow, Herbert Kronke.

Gli indici generali di *Contratto e Impresa* e *Contratto e Impresa/Europa* vengono pubblicati in via telematica sul sito www.cedam.com, "sezione download".

Direzione e redazione hanno sede in Bologna, Via S. Stefano, 11
Tel. 051 232622 - fax 051 231238
E-mail: contrattoeimpresa@galgano.it

