

CIVILE E PROCESSO

Teoria e pratica del diritto

Causa del contratto

Evoluzioni interpretative
e indagini applicative

a cura di
FRANCESCO ALCARO



GIUFFRÈ EDITORE

© Copyright - Giuffrè Editore

ISBN 9788814213861

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2016

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INDICE SOMMARIO

Gli autori..... XI

CAPITOLO 1 INTRODUZIONE: DOGMI, PROBLEMI E PROFILI RICOSTRUTTIVI

di FRANCESCO ALCARO

1. Il problema della causa del contratto tra orientamenti dottrinali e sviluppi giurisprudenziali: molteplicità di profili e insidie nominalistiche . 1
2. La riscoperta giurisprudenziale della “causa concreta” e implicazioni interpretative 8
3. Le letture anticausaliste: riferimenti alternativi all’oggetto e al contenuto del contratto; le indicazioni del diritto europeo. L’equivoco della causa “in astratto” e il raccordo con il tipo contrattuale. La causa quale ragione specifica del contratto valutata dall’ordinamento giuridico..... 11
4. La causa quale “requisito” del contratto: reinterpretazione del suo ruolo 16
5. La causa fra struttura e funzione del contratto: chiarimenti. La causa quale criterio ermeneutico del senso intrinseco del contratto 20
6. Rilievi conclusivi: ruolo autonomo della causa e sua ineludibilità 24

CAPITOLO 2 FATTIBILITÀ GIURIDICA E FATTIBILITÀ ECONOMICA DEL CONCORDATO PREVENTIVO. IL RUOLO “RISCOPERTO” DELLA CAUSA IN CONCRETO

di DANIELA MARCELLO

1. Definizione del problema: il sindacato del giudice sulla fattibilità della proposta di concordato preventivo..... 30
2. Il giudizio di fattibilità e la valutazione della causa in concreto della proposta di concordato..... 33

2.1. La definizione del potere di controllo del giudice operata dalle sezioni unite della Cassazione nella sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521.....	33
2.2. Applicazioni giurisprudenziali	36
3. Dubbia utilità del concetto di causa in concreto nella definizione del potere di valutazione del giudice: profili critici	38

CAPITOLO 3 TRASFERIMENTO DI AZIONI, ELUSIONE FISCALE E CAUSA IN CONCRETO

di GEMMA MESSERI

1. Panorama interpretativo del concetto di elusione fiscale.....	43
2. <i>Dividend washing e dividend stripping</i> : contratti collegati e causa in concreto. Profili di criticità	47
3. Soluzioni alternative alla nullità per mancanza di causa	54
3.1. Il contratto in frode alla legge	54
3.2. Il concetto di abuso del diritto in ambito tributario	59
4. Osservazioni conclusive.....	65

CAPITOLO 4 CONTRATTI COLLEGATI E CAUSA IN CONCRETO

di PIETRO BERETTA ANGIUSSOLA

1. Rapporto tra la nozione di causa e di collegamento contrattuale	69
2. Casi e soluzioni giurisprudenziali	73
3. Conclusioni	78

CAPITOLO 5 PRELIMINARE DI PRELIMINARE E CAUSA CONCRETA

di AGNESE ALAMANNI

1. Rilievo della causa in concreto in relazione alla dibattuta questione della validità del preliminare di preliminare.....	81
2. Principali orientamenti di dottrina e giurisprudenza. La nullità per difetto di causa	83
2.1. (<i>Segue</i>): altri orientamenti	86
3. Profili ricostruttivi: come la questione del preliminare di preliminare giustifichi l'applicazione della causa in concreto	88

3.1. (<i>Segue</i>): ricostruzioni alternative al preliminare di preliminare: la "puntuazione vincolante"	91
4. Il nuovo orientamento delle SS.UU.: un'apertura alla causa in concreto.....	95
5. Conclusioni.....	99

CAPITOLO 6 UTILIZZO "ABUSIVO" DEL MUTUO FONDIARIO E EDILIZIO E INTERFERENZE CON LA "CAUSA IN CONCRETO"

di AGNESE ALAMANNI

SEZIONE I PROSPETTAZIONE DEI PROBLEMI POSTI DALL'UTILIZ- ZO ANOMALO DEL MUTUO FONDIARIO E EDILIZIO

1. Inquadramento della fattispecie: interferenze tra causa in concreto e mutuo fondiario ed edilizio.....	102
2. Analisi della giurisprudenza in tema di utilizzo "anomalo" del mutuo fondiario ed edilizio: la tesi della nullità per difetto di causa.....	105
2.1. Preliminari considerazioni critiche e rinvio.....	109
3. Rilievi sulla natura giuridica del mutuo fondiario e giustificazione della disciplina di favore presente nel T.U.B.	110
3.1. (<i>Segue</i>): considerazioni sul mutuo edilizio	120

SEZIONE II CONSIDERAZIONI CRITICHE RICOSTRUTTIVE

1. Criticità del percorso logico argomentativo della giurisprudenza.....	122
1.1. (<i>Segue</i>): nella giurisprudenza sul mutuo fondiario.....	123
1.2. (<i>Segue</i>): sul mutuo edilizio.....	127
2. Ripensamento critico della categoria giuridica della nullità per difetto di causa	129
3. Analisi del procedimento negoziale "abusivo" e interferenze con la causa. Configurabilità del negozio in frode alla legge?.....	131
4. Individuazione della causa in concreto quale parametro di valutazio- ne e conformità del contratto all'ordinamento	136
5. Soluzione rimediale proposta: la disapplicazione della disciplina di favore	137

CAPITOLO 7 “CAUSA” DEL CONTRATTO DI CAPARRA CONFIRMATORIA TRA PRASSI NEGOZIALI E (DIS)APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI

di MASSIMO PALAZZO

1. Il contratto di caparra confirmatoria nel codice civile: il modello normativo..... 141
2. Le “funzioni” della caparra confirmatoria..... 143
3. La causa della caparra confirmatoria nella recente riflessione sulla crisi delle categorie del diritto civile 149
4. Interpretazione adeguatrice e nullità virtuale della caparra confirmatoria eccessiva..... 151
5. Il ruolo della causa nel controllo sull’equilibrio contrattuale fondato sul dovere di solidarietà sociale e la clausola generale di buona fede. 154
6. Controllo giudiziario della caparra confirmatoria e causa in concreto. 159

CAPITOLO 8 CONTRATTI UNITED E INDEX LINKED

di ANNA CARLA NAZZARO

1. Premessa: il quadro normativo 167
2. Le soluzioni individuate dalla dottrina..... 169
3. Posizione del problema concreto: i dubbi preliminari suscitati dalla giurisprudenza 174
4. Le soluzioni giurisprudenziali 178
5. Caratteri specifici ed essenziali del contratto di assicurazione sulla vita: rischio demografico e funzione previdenziale..... 182
6. Indagine sulla natura dei contratti *linked*: causa mista e interpretazione del regolamento contrattuale..... 186
7. Nota di sintesi..... 191

CAPITOLO 9 CAUSA E AUTONOMIA PRIVATA NEI CONTRATTI DERIVATI

di MARIA INDOLFI

1. Brevi cenni alla parabola dogmatica della causa..... 194
2. La resurrezione della causa nel diritto applicato e nel contenzioso sui derivati finanziari in particolare. La dottrina in materia..... 195
3. Considerazioni relative all’uso della causa nella giurisprudenza in materia di derivati OTC e di *interest rate swap* nello specifico..... 197

4.	La giurisprudenza sui derivati e la tematica degli <i>interest rate swap</i> in particolare	200
5.	La prospettiva dell'unità tipologica dello <i>swap</i> , quale contratto commutativo	202
6.	(<i>Segue</i>): la natura aleatoria degli <i>interest rate swap</i>	204
6.1.	(<i>Segue</i>): sul presupposto della natura aleatoria degli IRS, la distinzione fra IRS di copertura e IRS speculativi	206
7.	Un recente indirizzo giurisprudenziale sugli <i>interest rate swap</i> . Le ipotesi di nullità del contratto derivato per difetto di causa	209
8.	L'asimmetricità dell'alea	213
8.1.	Pronunce sulla nullità dell'IRS per mancanza di causa quando il rischio è totalmente a carico dell'investitore. Bilateralità dell'alea nei contratti tipici e atipici	213
8.2.	Pronunce sulla validità dell'IRS in caso di alea ripartita in modo sbilanciato. Gradualità e modulabilità dell'alea nei derivati OTC.	219
8.3.	L'indirizzo ricostruttivo che considera la causa come ragione della specifica operazione contrattuale	220
9.	L'irrazionalità dell'alea: la teoria della c.d. scommessa autorizzata.....	222
9.1.	La prospettiva dottrinale critica	227
10.	Nota di sintesi.....	229

CAPITOLO 10 **CONTRATTI TURISTICI E CAUSA IN CONCRETO: PROFILI CRITICI**

di GIANNI BALDINI

1.	<i>Causa contractus</i> : tra <i>revirement</i> della giurisprudenza e nuovi possibili piani dell'indagine	231
2.	Il caso paradigmatico dei cc.dd. contratti turistici (Cass. n. 26958/07 e 16315/07).....	233
3.	Le vicende concrete: rilievi preliminari e di merito	235
3.1.	Legittimazione bilaterale/unilaterale all'azione, fondatezza dell'effetto liberatorio e problematiche inerenti la distribuzione del rischio	235
3.2.	Scopo del contratto di viaggio e interesse del creditore nei contratti di <i>package</i> e di prenotazione alberghiera. L'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile alle parti.....	239
3.3.	Il richiamo al precedente della Suprema Corte n. 10490/06 sulla "causa in concreto". Critica.....	242
4.	Rilievi critici sulla ricostruzione della vicenda della sopravvenuta impossibilità della prestazione in chiave causale.....	245

4.1. Travisamento della impossibilità liberatoria: tra inutilizzabilità della prestazione e causa in concreto	247
4.2. (<i>Segue</i>): inutilizzabilità vs impossibilità della prestazione quale fondamento della ricostruzione in chiave causale della vicenda	250
4.3. Il possibile esito: causa come “parametro interpretativo” o come “criterio di adeguamento” del rapporto?	254
5. Alcune considerazioni conclusive	255

CAPITOLO 11 PRESUPPOSIZIONE E CAUSA IN CONCRETO

di ANTONIO BELLIZZI DI SAN LORENZO

1. Diversi contesti genetici dei concetti di “presupposizione” e di “causa in concreto”	261
2. Compatibilità tra “presupposizione” e “causa in concreto”: centralità del concetto di “intento pratico”	267
3. Dialettica tra “presupposizione” e “causa in concreto” in parallelo alla dialettica tra presupposizione e clausola <i>rebus sic stantibus</i>	270
4. Indizi normativi di presupposizione <i>sui generis</i> : artt. 687 e 803 c.c.	272
5. Presupposizione e nuova categoria dell’“inutilizzabilità” della prestazione in relazione alla causa in concreto	273
6. Conclusioni	274
<i>Indice analitico</i>	277

GLI AUTORI

AGNESE ALAMANNI, *Avvocato in Firenze; Dottoranda di ricerca*

FRANCESCO ALCARO, *Professore Ordinario di Diritto Privato nell'Università di Firenze; Avvocato*

GIANNI BALDINI, *Idoneo Professore associato di Diritto Privato; Avvocato in Firenze*

ANTONIO BELLIZZI di SAN LORENZO, *Professore aggregato di Diritto Privato nell'Università di Firenze; Avvocato*

PIETRO BERETTA ANGUSSOLA, *Avvocato in Firenze*

MARIA INDOLFI, *Dottore di ricerca in Diritto Civile; Avvocato in Milano*

ANNA CARLA NAZZARO, *Professore Ordinario di Diritto Privato nell'Università di Firenze*

DANIELA MARCELLO, *Dottore di ricerca in Teoria del Diritto e Ordine Giuridico Europeo; Avvocato in Firenze*

GEMMA MESSERI, *Avvocato in Firenze*

MASSIMO PALAZZO, *Notaio in Firenze*

PRESUPPOSIZIONE E CAUSA IN CONCRETO

Ci si propone di tracciare una sintesi dei profili distintivi ovvero di sovrapposizione tra due concetti del diritto vivente: "presupposizione" e "causa in concreto", nel segno della consapevolezza del perdurante dibattito sul concetto di causa. A tal fine — dopo aver ricondotto all'interno dell'intento negoziale la datità esterna della circostanza presupposta — s'indaga la distinzione tra presupposizione e sopravvenienza *sub specie* di eccessiva onerosità sopravvenuta, si rintracciano indizi normativi della presupposizione e si rapporta l'istituto ad ipotesi di "inutilizzabilità della prestazione" funzionalmente all'enucleazione del presupposto di un potere di recesso.

Sommario:

1. Diversi contesti genetici dei concetti di "presupposizione" e di "causa in concreto".
2. Compatibilità tra "presupposizione" e "causa in concreto": centralità del concetto di "intento pratico".
3. Dialettica tra "presupposizione" e "causa in concreto" in parallelo alla dialettica tra presupposizione e clausola *rebus sic stantibus*.
4. Indizi normativi di presupposizione *sui generis*: artt. 687 e 803 c.c.
5. Presupposizione e nuova categoria dell'"inutilizzabilità della prestazione" in relazione alla causa in concreto.

1 DIVERSI CONTESTI GENETICI DEI CONCETTI DI "PRESUPPOSIZIONE" E DI "CAUSA IN CONCRETO"

La cancellazione di un evento pubblico per esigenze di sicurezza, connesse al terrorismo internazionale ⁽¹⁾, può costituire, fra gli altri, un fertile banco di prova per distinguere il profilo della "presupposizione" da quello della "causa in concreto": infatti, se il contratto di locazione dell'immobile, in un dato luogo, trova presupposto inespresso nella possibilità di assistere da quell'immobile all'evento poi cancellato, il contratto di trasporto del conduttore, in quello stesso luogo, può far ritenere rilevante una tale connotazione concreta della propria causa senza debordare nel mero motivo? ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sul problema delle conseguenze mediate dei macroeventi, come il terrorismo, sulle decisioni organizzative ed economiche individuali v., *ex pluribus*, VITALI, *Comunicazione e controllo ai tempi*

del terrore, in *Limes* (Rivista italiana di geopolitica), 11/2015, *La strategia della paura*, 141 e ss.

⁽²⁾ V. ROLFI, *La causa come "funzione econo-*

Se è vero che, con l'imporsi della concezione della "causa in concreto" ⁽³⁾, le differenze rispetto all'istituto della "presupposizione" tendono a sfumare nel concreto e dinamico assetto d'interessi ⁽⁴⁾, la dottrina continua ad affermare che la causa va accertata con riferimento al momento della stipulazione, laddove la presupposizione va accertata *in executivis* poiché pertiene alla dimensione funzionale delle sopravvenienze ⁽⁵⁾ e non a quella genetica del negozio; a ciò va aggiunto che la giurisprudenza è ferma nel ritenere che la presupposizione riguarda una circostanza **esterna** al contenuto del contratto: « 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 specificatamente 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 » ⁽⁶⁾.

Risponde allora ad un'esigenza applicativa e non meramente classificatoria il presente tentativo di un raffronto tra il concetto di presupposizione ⁽⁷⁾ e quello di causa in concreto ⁽⁸⁾, pervenuti allo strumentario ermeneutico da fasi e contesti diversi di percezione del fenomeno contrattuale. La consapevolezza delle peculiarità contestuali di genesi dei due strumenti di soluzione delle problematiche contrattuali è prodromica dun-

mica sociale": tramonto di un idolum tribus?, in *Corr. giur.*, 2006, 12, 1718.

⁽³⁾ V., in questo volume, ALCARO, *Saggio introduttivo*. Sulla sottile trama che collega "il negozio come forma metastorica" e "la nozione pratica di negozio", nonché sulla dialettica tra "fattispecie "e" autoregolamentazione" v. CAPPELLINI, *Negozio giuridico* (Storia), in *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, 187-189.

⁽⁴⁾ V., *ex pluribus*, CARINGELLA-BUFFONI, *Manuale di Diritto civile*, VI ed., Roma, 2015, 801.

⁽⁵⁾ V., *ex pluribus*, AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali, tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, 29 e ss.

⁽⁶⁾ V. Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1177: il principio consolidato è stato confermato, da ultimo, da Cass., sez. II., 11 novembre 2015, n. 23016, in <http://pluris-cedam.utegjuridica.it>. Ma, in questa analisi v. *infra*.

⁽⁷⁾ Dalla formulazione della teoria della presupposizione da parte del Windscheid, (*Die Voraussetzung*, in *Arch. civ. pr.*, 1892 LXXVIII, 162), solo la lette-

ratura italiana più recente è vastissima: v., *ex pluribus*, BESSONE-D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326 e ss.; SERIO, *Presupposizione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1996, 294; PIETROBON, *La Presupposizione*, in *Il contratto in generale*, Trattato Bessone, XIII, Torino, 2003; AL MUREDEN, *op. ult. cit.*; MAGGIOLLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 867 e ss.

⁽⁸⁾ Com'è noto, il processo di concretizzazione individualizzazione della causa muove dallo studio di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966 e scritti successivi; v., per il punto sulla situazione di recezione del dibattito dottrinale da parte della giurisprudenza, ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II 1 e ss.; per una recente ripresa del dibattito, v. *ex pluribus* R. ROLLI, *Causa concreta e causa astratta*, 2008; ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 957 e ss.; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 251 e ss.

que alla verifica empirica delle compatibilità ovvero della sovrapposizione dei due schemi di lettura della giuridicità contrattuale ⁽⁹⁾.

La presupposizione (*Voraussetzung*) attinge infatti la sua linfa vitale dalla scaturigine del dogma volontaristico ⁽¹⁰⁾, laddove la causa in concreto pertiene alla prospettiva di recupero di quegli interessi individuali implicati dall'autonomia privata ma espunti dal processo di ricostruzione concettuale del dogma causale ⁽¹¹⁾. Inevitabilmente, il magniloquente costruito causale ha prestato così il fianco ad una decostruzione critica, praticamente orientata, non immune però da veri e propri eccessi iconoclasti ⁽¹²⁾ a scapito dell'irriducibile valore giuridico del concetto causale: infatti, secondo una interpretazione teleologica dell'art. 1325 c.c., "oggetto" e "causa" sarebbero due termini di un'endiadi, per cui il concetto di causa sarebbe reso superfluo dal concetto di "contenuto", in senso pregnante, evincibile dal sintagma "oggetto". Resta il fatto che, per il principio ermeneutico di conservazione dei valori normativi, si deve preferire una interpretazione che attribuisca un significato normativo alla parola "causa" ex art. 1325 c.c., n. 2.

Ora, ciò che accomuna le vicende genetiche di entrambe le concettualità è il tentativo di liberare il corpo contrattuale dalla veste — rivelatasi una camicia di forza — di schemi dogmatici, quali, rispettivamente, quello della volontà e quello della causa, segni dei diversi momenti dell'individualismo liberale e del dirigismo politico-economico ⁽¹³⁾, che hanno caratterizzato l'esperienza giuridica post-pandettistica ⁽¹⁴⁾.

Da un certo punto di vista, ecco che tanto la teorica della causa in concreto, quanto una certa deriva anticausalistica si rivelano portatrici di una venatura di reazione ad « un diritto raffinatamente teorico ma anche esasperatamente concettualizzato, che risente di un alto grado di specula-

⁽⁹⁾ Per una accorta verifica in tal senso, v. MAGGIOLO, *op. ult. cit.*

⁽¹⁰⁾ V. SACCO, in *Il contratto*, di Sacco e De Nova, I, 443 e ss.

⁽¹¹⁾ Per una ricostruzione della dialettica tra causa in concreto e causa come "funzione economico-sociale", in senso bettiano, V. ROPPO, *op. cit.*, 959.

⁽¹²⁾ Per alcuni spunti, v. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 241 ss. Ma soprattutto GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, (50-110).

⁽¹³⁾ La consapevolezza del problema centrale di politica del diritto è espressa, in modo raffinato, da GIROLAMI, *op. ult. cit.*, 185 e ss. Per una rassegna degli orientamenti sul collegamento tra contratto e Costituzione, v. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 52.

⁽¹⁴⁾ Sul significato della Pandettistica v., sinteticamente, GROSSI, in *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, 7, nota 9.

zione scientifica finalizzata a depurarlo da scorie fattuali di indole economica e sociale »⁽¹⁵⁾.

Infatti, la presupposizione si sviluppa per dare rilevanza a quelle circostanze che, pur non fatte oggetto della espressione rappresentativa e volitiva della manifestazione contrattuale, hanno determinato l'affare e che sarebbero relegate dal dogma volontaristico nella dimensione meramente motivazionale, ordinariamente irrilevante, ove non trasfusasi in una espressa clausola (condizione, *modus*): ecco allora che la configurazione di una « condizione non sviluppata » (*unentwickelte Bedingung*)⁽¹⁶⁾ consente all'interprete di dar rilevanza alla circostanza inespressa della volontà manifestata ma ipotizzata come oggetto della volontà reale, tramite una *fictionis iuris*, che riconduce la soluzione all'edificante principio volontaristico⁽¹⁷⁾.

Quindi incombe da sempre l'obiezione che la presupposizione, permettendo un surrettizio rigurgito motivazionale paludato sotto sembianze pseudo-volontaristiche, costituirebbe un *vulnus* per la certezza dei traffici ed una sorta di contenitore per razionalizzazioni *ex post* di opzioni giudiziarie di tutela contrattuale pericolosamente instaurative di una sorta di *ius poenitendi* di fonte pretoria⁽¹⁸⁾.

E la fittizietà del riferimento al tranquillante istituto condizionale è dimostrato proprio dalla consolidata differenza tra l'imprescindibile incertezza dell'evento dedotto in condizione⁽¹⁹⁾ ed invece la **certezza** — nella rappresentazione delle parti — del presupposto contrattuale oggetto della presupposizione.

È appunto il classico caso della pubblica manifestazione prefissata, per assistere alla quale è stato preso in locazione un immobile con affaccio sul luogo della stessa: non verificandosi più l'evento pubblico, ciò costituisce presupposto della risoluzione del contratto, (come fu riconosciuto nel *leading case* Knell v. Henry del 1903 per *frustration of purpose*, a seguito della cancellazione del corteo reale di Enrico VII colpito da *angina pectoris*)⁽²⁰⁾.

⁽¹⁵⁾ V., GROSSI, *op. ult. cit.*

⁽¹⁶⁾ V., *ex pluribus*, BESSONE-D'ANGELO, *op. cit.*, 327. Cfr. Cass., sez. III, 24 marzo 2006, n. 6631, in *Dir. civ. it.*

⁽¹⁷⁾ Al di là della lapidaria posizione negativa di SANTORO-PASSARELLI, in *Dottrine generali del diritto civile*, XI rist., Napoli, 1986, 194, per cui « non c'è posto nel nostro sistema per la cosiddetta presupposizione », va registrata la cautela di SACCO, *op. cit.*, 444, nota 2, per cui, a riguardo della presupposizione, « si deve tener presente che il diritto comune tedesco

consentiva larghi spazi al negozio astratto, rendendo necessari interventi altrove meno urgenti ».

⁽¹⁸⁾ Per un'ampia disanima critica della giurisprudenza, v. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato*; BESSONE, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2013.

⁽¹⁹⁾ Per un inquadramento dell'istituto, v., *ex pluribus*, F. ALCARO, *La condizione nel contratto tra "atto" e "attività"*, Padova, 2008.

⁽²⁰⁾ V. Knell v. Henry, 2 K.B. 740(1903).

Ma ecco che proprio l'ipotesi paradigmatica di presupposizione, icasticamente scolpita dal celeberrimo *coronation case*, maturato peraltro in un contesto di *common law*, avulso dal dogmatismo causale ⁽²¹⁾, viene ad essere fagocitato dalla riflessione italiana sulla causa in concreto, venendo espulso dalla teorica della presupposizione con una distinzione apodittica: la circostanza, venuta meno con la cancellazione del pubblico evento, costituirebbe un caso di « irrealizzabilità della causa » in concreto, con « conseguente invalidità del negozio », giacché invece « la presupposizione non attenendo né all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto consiste in una circostanza esterna, che pur se non specificatamente dedotta come condizione, ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia assumendo valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale, la sua mancanza legittimando l'esercizio del recesso » ⁽²²⁾.

Ora, al di là di sterili dispute nominalistiche e del fascino di un esempio dell'Inghilterra edoardiana, che si vorrebbe “detronizzare” (è il caso di dire!) dalla tradizione paradigmatica della presupposizione, per inserire nell'alveo del fiume presentista della “causa in concreto”, la questione è cosa si debba intendere per “circostanze esterne”: sono esse infatti che, nella dottrina della presupposizione, incarnano il secondo requisito della circostanza presupposta — dopo quello della certezza appunto — ossia la **obiettività** ⁽²³⁾: l'evento inespresso, proprio perché dato per scontato, come fulcro della leva programmatica contrattuale, appartiene ad una “datità” per definizione esterna alla sfera di signoria della volontà dei paciscenti, che niente possono fare per determinare il verificarsi o meno di quell'evento.

Ma qui sta l'equivoco: l'evento è ricompreso però nella rappresentazione delle parti, che, proprio in quanto “comune” rappresentazione, viene ad integrare il terzo requisito della **comunanza** della presupposizione. Ed è dunque la comunanza di rappresentazione, che dimensiona la differenza della presupposizione, sia rispetto ai motivi individuali, sia a quelli comuni,

⁽²¹⁾ Siamo, infatti, nel mondo della *consideration*, su cui v. ALPA e BESSONE, *Causa e consideration*, Padova, 1984.

⁽²²⁾ V. Cass., sez. III, 25 maggio 2007 n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1177 con nota di AZZARI, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili: il révément della Suprema Corte*: la Cassazione, con riferimento alla presupposizione: 1) esclude « che possano ad essa ricondursi fatti e circostanze ascrivibili alla causa »; 2) clamorosamente esclude dalla presupposizione proprio « il classico esempio del bal-

cone affittato per assistere alla sfilata del corteo evento riconducibile all'interesse delle 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 ». Critico ROPPO, *op. cit.*, 966. Consenziente invece BIANCA, *op. cit.* 261.

⁽²³⁾ V., *ex pluribus*, BESSONE-D'ANGELO, *op. cit.*, 335.

che non si saldino con suddetti requisiti di “certezza” e “obiettività” dell’evento: in tal misura, ricompresa nella comune rappresentazione delle parti — compatibile con la rappresentazione di una, nota all’altra — la circostanza, **esterna** fisicamente, nella sua non determinabilità dalle parti stesse, è però **interna** al programma contrattuale, nei termini appunto di una presupposizione, nella sua accezione oggettiva di “base del negozio” (*Geschäftsgrundlage*)⁽²⁴⁾.

Infatti tale teoria oggettiva della presupposizione, come base negoziale, ha superato l’originaria concezione soggettivistica, contemperando la protezione della volontà con quella dell’affidamento reciproco delle parti, che il dato esterno viene a conglobare ed a fare proprio come inespresso tassello del complesso mosaico del programma contrattuale.

Per quanto riguarda poi il profilo probatorio, l’indice d’inferenza della presupposizione può essere dato proprio dal corrispettivo pattuito, superiore all’ordinario valore di mercato per la locazione dello stesso bene in assenza dell’evento, che, straordinariamente (eruzione vulcanica) o in una determinata ricorrenza (palio), consente di assistervi da un immobile della via Etna di Catania ovvero di piazza del Campo di Siena.

Ne scaturisce, in termini di tutela, *il recesso* del creditore della prestazione tipica a fronte del mancato verificarsi dell’evento presupposto. Infatti non ha senso far scaturire dal non verificarsi dell’evento presupposto una nullità del contratto per assenza di causa, da riservarsi piuttosto ai casi di difetto originario al momento della conclusione del contratto, come invece si evince dall’art. 1894 c.c. sull’assicurazione, per cui « il contratto è nullo se il rischio non è mai esistito o ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto ». Tale conclusione trova peraltro conferma nel consolidato orientamento, per cui la presupposizione non è rilevabile d’ufficio⁽²⁵⁾. Inoltre, essendo pertinente la presupposizione alla ricostruzione del fatto *sub specie* d’interpretazione del contratto, la sua individuazione deve ritenersi riservata al giudice di merito e come tale incensurabile in sede di legittimità, ove immune da vizi logici e giuridici⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ Tale reimpostazione in senso oggettivo della presupposizione risale ad OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegrif*, Leipzig-Erlagen, 1921.

⁽²⁵⁾ V. Cass., sez. III, 24 febbraio 2000, n. 2108, in *Mass. Foro it.*, 2000; Cass., sez. II, 30 marzo 2000, n.

3908, in *Giur. it.*, 2001, 729; Cass., sez. III, 6 ottobre 2000, n. 13333, in *FP*, I, 55, *Dir. e pratica soc.*, 2001, 4, 82.

⁽²⁶⁾ V. Cass., sez. I, 5 maggio 2010, n. 10899, *Overlex.com*.

2 COMPATIBILITÀ TRA “PRESUPPOSIZIONE” E “CAUSA IN CONCRETO”: CENTRALITÀ DEL CONCETTO DI “INTENTO PRATICO”

Da quanto precede discende, da un lato, che non è necessaria l'appartenenza della circostanza presupposta ad un “comune interesse” (27), essendo sufficiente una comune rappresentazione ed accettazione della circostanza anche nell'interesse di una sola parte; d'altro canto, l'obiettività della circostanza non è esclusa dal fatto che sia concausa, del prodursi della stessa, l'attivazione di una delle parti, quando, comunque, il prodursi del risultato di quell'attivazione si pone *de jure* in un regime di prescindenza da tale premessa: si pensi al caso del contratto concluso nella presupposizione di una concessione pubblicistica, di cui vi sia stata richiesta di un contraente (28): è l'indeterminabilità privatistica del “verificarsi” o meno dell'evento presupposto, a rendere qualitativamente « del tutto indipendente » il fenomeno circostanziale presupposto, a prescindere dal fatto che l'iniziativa di una parte ne abbia posto la premessa di rilevanza.

Chiarito quindi che non ha senso predicare il carattere “esterno” della circostanza nella presupposizione, è in realtà la irrealizzabilità della causa in concreto a rifluire nella presupposizione, quale difetto funzionale della causa *ab origine* non ascrivibile alle parti nel senso anzi detto.

Così la locazione del canale di carico di un mulino viene a difettare della sua causa in concreto, qualora diventi inattuabile l'acqua del fiume (fuori della sfera di signoria del proprietario) a causa del sopravvenuto dislivello del letto dello stesso, per erosione delle acque: nel caso di specie, la circostanza presupposta — cioè il permanere il corso del fiume al livello dell'abbocco del canale di carico locato — è un fatto ordinario, la cui straordinarietà del venir meno però non trova soluzione nell'impossibilità, sopravvenuta della prestazione del locatore, difettando l'assolutezza dell'impossibilità, a sua volta superabile da opere straordinarie di modifica del canale esulanti però dal contratto di locazione (29).

Dunque la circostanza presupposta si traduce in elemento di definizione in concreto appunto della causa di un contratto e specifica, nella individualità del regolamento d'interessi, una ragione oggettiva che, avulsa

(27) Giustamente per Cass., sez. III, 5 gennaio 1995, n. 191 « l'unilateralità dell'interesse » non è « ostativo alla configurabilità della presupposizione », in *Giust. civ. Mass.*, 1995.

(28) Non è condivisibile, da questo punto di vista, Cass., sez. III, 5 gennaio 1995, n. 191, cit.

(29) Cass., sez. III, 24 marzo 2006 n. 6631, in *Contratti*, 2006, 1085 e ss. con nota, di AMBROSOLI: in questa sentenza la Corte avvicina presupposizione e causa in concreto.

dalla circostanza presupposta, sarebbe irretita in una tipologia giuridica o sociale lontana dall'identità dell'“ordinamento del caso concreto”⁽³⁰⁾.

Il che val quanto dire che l'istituto della presupposizione non è in concorrenza nè in contraddizione con la configurazione della causa individualizzata in concreto, essendo stata anzi una concretizzazione dottrinale *ante litteram* della causa, in relazione a determinate circostanze presupposte appunto ma inesprese e pur evincibili *objective* dall'interpretazione secondo buona fede⁽³¹⁾ del contesto contrattuale.

Dunque, il rapporto tra la presupposizione e la causa in concreto si rivela di *species* (più antica ed europea) a *genus* (nazionale) di più recente calibratura della causa sugli interessi implicati dell'individualità dell'affare⁽³²⁾: trattasi cioè di sintagmi espressivi diversi appartenenti ad un campo di significazione gravitante attorno al nucleo semantico del medesimo valore giuridico-teleologico.

Allora il nesso tra presupposizione e causa in concreto ben si coglie recuperando il concetto teleologico di intento pratico negoziale⁽³³⁾ e riportandolo al concetto attuale individualizzante di causa appunto, la quale svolge non solo il ruolo di selezionare i contratti atipici meritevoli d'ingresso nell'ordinamento ma — appunto in quanto causa in concreto — altresì quello di vaglio di meritevolezza anche con riguardo ai contratti tipici⁽³⁴⁾: infatti l'intento pratico elimina l'equivoco della semplificazione della causa quale mero “scopo”⁽³⁵⁾, dimensionando la rilevanza della direzione comune della volontà, in termini di aspetto soggettivo del profilo oggettivo funzionale della causa, espressiva, come tale, del momento recettivo nell'ordinamento.

Con riferimento alla presupposizione, è dunque l'intento pratico, che congloba la circostanza “esterna” presupposta trasfondendola nella causa in

⁽³⁰⁾ V., PERLINGIERI: « L'ordinamento del caso concreto è la sintesi “di elementi di intento introdotti dai privati” », *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Firenze 15 ottobre 2004, Milano, 2007, 63.

⁽³¹⁾ Nota giustamente SCOGNAMIGLIO, in *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 44 e ss. 381, che è proprio la buona fede il criterio alla cui luce verificare se una circostanza è da ritenersi integrativa del comune voluto. Cfr., *ex pluribus*, GALGANO, *Il negozio giuridico*, II ed., in *Tratt. dir. civ. comm.* già dir. da Cicu e Messineo, continuato da Schlesinger, Milano, 2002, 575.

⁽³²⁾ Chiarissimo CALVO, in *Diritto civile*, II, *Il contratto*, Bologna, 2015: « si può riconoscere che là dove l'obiettivo inseguito da una parte si sia sostanziato (oggettivato) nel regolamento privato d'interessi, esso finisce con l'esprimere un'impronta specifica alla causa reale dello scambio emancipandosi così dal mero motivo (o proposito *in mente retentum*) ».

⁽³³⁾ V. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano Vassalli*, Torino, 1950, 179 e ss., segnatamente 182.

⁽³⁴⁾ V.G.B. FERRI, *op. ult. cit.*

⁽³⁵⁾ Di « irrealizzabilità dello scopo per il quale il contratto era stato concluso », parla BIANCA, *op. cit.*, 261.

concreto. E, forse, proprio la valorizzazione dell'intento pratico, nell'empiria di un confronto tra presupposizione e causa in concreto, ridimensiona la schisi tra quest'ultima e la causa come funzione economico-sociale della tradizione bettiana, sol che si consideri che Betti fa espressa menzione della fondazione della sua concezione di "causa" nella logica di Hegel. Infatti, nella lettura bettiana, il filosofo tedesco « rileva circa il concetto speculativo di "ragione" (*Grund*), che corrisponde a quello giuridico di causa del negozio: "Gli aspetti parziali dell'azione vengono compresi mercè le rispettive cause; ma la relazione reciproca fra loro — relazione che configura il nocciolo essenziale di ciò che esiste **in concreto** — non è contenuta nelle singole cause di carattere meccanico. Questa relazione, che è il tutto quale sintesi essenziale (*wesentliche Einheit*) sta solo nel concetto, nello scopo (*Zweck*)" »⁽³⁶⁾.

Il che val quanto dire che Betti muova proprio dall'esigenza di cogliere il *quid proprium* della **concretezza** dell'azione giuridica nel dinamismo teleologico dell'attività⁽³⁷⁾ attraverso una lettura che ne assicuri, a un tempo, il solido ancoraggio alla nota "totalità organica" hegeliana. E l'identità specifica dell'agire negoziale — rispetto all'agire umano più generalmente inteso — non è né un mero scopo del contratto appunto, né una mera "sintesi degli effetti", bensì « la funzione economico sociale del negozio intero, ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella sintesi dei suoi elementi essenziali, come totalità e unità funzionale del tutto di cui fanno parte »⁽³⁸⁾.

Dunque è proprio in questa tensione dell'individualità del fenomeno negoziale concreto con il "tutto" ordinamentale nella sua dinamica complessiva, che può esser colta l'attualità della riflessione bettiana — al di là delle contingenze dirigitistico-stataliste dell'epoca —: la causa, quale cifra di sintesi degli elementi, si appalesa dunque quale l'« in sé » del contratto nella sua concretezza della prospettiva dinamica di recezione da parte dell'ordinamento⁽³⁹⁾.

Ma è l'empiria casistica a chiarire i principi: nell'ipotesi di un contratto preliminare avente ad oggetto la promessa di vendita di un suolo, che, per sopraggiunta decisione amministrativa, venga fatto rientrare in un programma di installazione di pale eoliche, cosicché il paesaggio ne risulti

⁽³⁶⁾ V. BETTI, *op. cit.* 178, nota 19.

⁽³⁷⁾ Cfr., ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative (Saggi)*, Napoli, 1999.

⁽³⁸⁾ V. BETTI, *op. cit.*, 178.

⁽³⁹⁾ V., *ex pluribus*, GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1992, 383 e ss.

modificato, si può far rilevare un pregiudizio dell'interesse contrattualmente inespresso ma perseguito dall'acquirente e noto al venditore: certamente la *qualitas* del bene promesso in vendita — risolvendosi nell'assenza della novità sopraggiunta modificativa del paesaggio — pur non specificatamente rilevante, qualora le pale eoliche debbano essere installate nel fondo stesso, può essere fatta rilevare come *aliud pro alio* tramite la nota formula tralaticia dello « stato di fatto e di diritto in cui si trova » il bene. Ma è innegabile che, qualora l'assenza di pale eoliche riguardi non il fondo promesso ma uno o più fondi contigui, così da modificare sensibilmente il paesaggio, pur rimanendo lo stesso fisicamente il bene promesso, ecco che si pone un problema di realizzazione dell'interesse perseguito in concreto dal regolamento negoziale, risolvibile attraverso il ricorso proprio alla presupposizione.

3 DIALETTICA TRA “PRESUPPOSIZIONE” E “CAUSA IN CONCRETO” IN PARALLELO ALLA DIALETTICA TRA PRESUPPOSIZIONE E CLAUSOLA *REBUS SIC STANTIBUS*

Ma la dialettica tra presupposizione e causa in concreto, di cui si è tentato una lettura in termini di compatibilità, ripete, in termini diversi, quella tra presupposizione e clausola *rebus sic stantibus*, ossia il principio della rilevanza della sopravvenienze: secondo la stessa interpretazione autentica dell'art. 1467 c.c., la codificazione del 1942 avrebbe riconosciuto « in modo espresso ed in via generale il principio della implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus* sulle tracce del diritto comune e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana »⁽⁴⁰⁾.

Viceversa, facendo leva sulle tassative condizioni dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, la dottrina ha ritenuto non potersi evincere un principio generale di rilevanza delle sopravvenienze, di cui l'art. 1467 c.c. esprimerebbe una tutela eccezionale⁽⁴¹⁾.

Ma effettivamente — diversamente dalla registrata compatibilità tra presupposizione e causa in concreto — si devono cogliere sinteticamente le differenze tra presupposizione ed istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta: se l'eccessiva onerosità riguarda solo i contratti a tratto successivo (a

⁽⁴⁰⁾ V. Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli al c.c. del 16 marzo 1942, n. 665. Cfr., BIGIAVI, *In tema di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, c. 173.

⁽⁴¹⁾ V. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 69 e ss.

prestazione continuata o periodica), la presupposizione invece può essere pertinente a circostanze non solo straordinarie e imprevedibili ma anche ordinarie e prevedibili di qualsiasi contratto; inoltre, nell'eccessiva onerosità, la sopravvenienza, di carattere situazionale-generale (es. aumento improvviso di materia prima, per fatto politico internazionale) rileva oggettivamente come perturbatrice di un equilibrio economico prescindente dalla rappresentazione inespressa di una specifica circostanza presupposta. Infatti « l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (...) non incide sulla causa del contratto non impedendo l'attuazione dell'interesse con essa perseguito ma trova diversamente fondamento nell'esigenza di contenere entro i limiti di normalità l'alea dell'aggravio economico derivante da gravi cause di turbamento dei rapporti socio-economici » ⁽⁴²⁾.

Opinabile invece appare il rilievo per cui ⁽⁴³⁾, diversamente dalla eccessiva onerosità sopravvenuta, la presupposizione possa attenersi anche a circostanze esterne presenti o passate giacché queste, come tali conoscibili, mettono capo ad un problema di falsa conoscenza governata dalla disciplina dell'errore e dei suoi limiti *sub specie* dell'irrelevanza dell'errore sui motivi ⁽⁴⁴⁾.

E, infatti, gli esempi addotti dalla giurisprudenza, che stabilisce la rilevanza di circostanze presupposte presenti o passate, a ben vedere, riguardano sopravvenienze: il caso del contratto di fornitura a stazione di carburante da costruire è emblematico: del contratto si stabilisce la risoluzione, sul presupposto che la sopravvenuta normativa regionale abbia reso impossibile dare esecuzione al progetto peraltro allegato al contratto ⁽⁴⁵⁾. Qui non si profila affatto una carenza originaria della circostanza presupposta, bensì appunto la sua sopravvenuta impossibilità di realizzazione per fatto indipendente dalla volontà delle parti: infatti, non si deve confondere la fisica non esistenza della stazione al momento del contratto, con l'assenza della circostanza presupposta, giacché anzi, proprio il fatto che contrattualmente la stazione fosse censita dalle parti come *res aedificanda*, dimensiona la circostanza presupposta, che tale stazione fosse da costruire, come elemento definitorio della causa in concreto del contratto

⁽⁴²⁾ Cfr., senza pretesa di esaustività, GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 277; CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997; NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 848; così, Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, in *Dirittocivile.it*.

⁽⁴³⁾ V., per tutti, GALLETTO, *op. ult. cit.*

⁽⁴⁴⁾ Cfr. PIETROBON, *op. cit.*, 4 e ss.

⁽⁴⁵⁾ V. Cass., sez. II, 24 marzo 1998, n. 3083, o.l. Wikijus.

di fornitura stipulato: come si vede, dunque, in una prospettiva teleologica del dinamismo dell'attività, la presupposizione della circostanza si ripercuote sulla causa in concreto, nella compatibilità definitoria di entrambe gli strumenti ermeneutici.

4 INDIZI NORMATIVI DI PRESUPPOSIZIONE *SUI GENERIS*: ARTT. 687 E 803 C.C.

È doveroso inoltre menzionare un indizio normativo di rilevanza della presupposizione *sui generis* ex artt. 687 ed 803 c.c.: trattasi dell'ipotesi di sopravvenienza di figli rispetto al negozio testamentario o di donazione⁽⁴⁶⁾, per cui la legge presume la circostanza di assenza di figli come presupposta dal disponente per farne conseguire la revocazione *ex lege* delle disposizioni, evidentemente per una *ratio* di tutela del valore di solidarietà familiare.

Eccezionale si appalesa la misura di inefficacia *ex lege* della disposizione per la suddetta *ratio*, non certo la rilevanza attribuita al fenomeno di presupposizione, giacché il legislatore lascia trasparire, sotto le norme, proprio la possibile causa in concreto, che non è quindi — nel caso di specie — più solo inerente al disporre dei tali beni per il tempo in cui Tizio avrà cessato di vivere o per liberalità ma si specifica nel disporre a favore di Caio perché Tizio non aveva o ignorava di avere dei figli.

Dalle considerazioni precedenti, appare allora temperabile la definizione della presupposizione come « un istituto ignoto al diritto scritto di elaborazione giurisprudenziale »⁽⁴⁷⁾. Infatti appare piuttosto ricostruito dal diritto vivente⁽⁴⁸⁾, quale “regola senza fattispecie”, sulla base delle summenzionate tracce — se non veri e propri indici — d'inferenza normativa.

⁽⁴⁶⁾ Cfr., TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 46^a ed., Milano, 2013, 144.

⁽⁴⁷⁾ Nel senso della presupposizione come « categoria *praeter legale* », v. BELFIORE, *op. cit.*, 118; per il riconoscimento dell'Istituto anche da parte della Corte Costituzionale, v. sentenza n. 142 del 5 aprile 1991, in *Foro it.*, 1991, I, c. 1638.

⁽⁴⁸⁾ Com'è noto, il conio della felice espressione si deve ad ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Riv. proc.*, 1957, 351 ss.; v., *ex pluribus*, MENGONI, *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv., dir. civ.*, VI, Torino, 1990, 445 ss.

5 PRESUPPOSIZIONE E NUOVA CATEGORIA DELL'“INUTILIZZABILITÀ” DELLA PRESTAZIONE IN RELAZIONE ALLA CAUSA IN CONCRETO

La dialettica tra “causa in concreto” e “presupposizione” riemerge altresì nell'ambito della definizione del principio sistematico di “impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della prestazione” di fonte pretoria⁽⁴⁹⁾, che si affiancherebbe alla fattispecie normativa dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione nel concretare il presupposto della risoluzione del contratto.

Infatti, ruolo maieutico del principio lo assume proprio il concetto di causa in concreto, la cui irrealizzabilità, impedendo alle parti di realizzare lo scopo perseguito col contratto, farebbe venir meno l'interesse del creditore a ricevere la prestazione, pur possibile in natura ed attuabile di per sé dal debitore⁽⁵⁰⁾: a tal proposito, la casistica afferente a quella finalità turistica, che è venuta a caratterizzare la causa in concreto in contratti di viaggio nasconde, sotto la sua esotica omogeneità, una differenziata fenomenologia giuridica.

Così, dunque, costituirebbe un abbaglio evidente ascrivere al nuovo novero della “inutilizzabilità della prestazione” a *latere creditoris*, il caso del turista, che, improvvisamente ricoverato in ospedale, non possa partire per la crociera; infatti, il turista stesso costituisce il substrato della prestazione (*Leitungssubstrat*) e, come tale, rientra nel fenomeno dell'impossibilità sopravvenuta in senso tecnico della prestazione, essendo quest'ultima inscindibilmente connessa alla persona del turista (mancato) nella sua infungibile individualità⁽⁵¹⁾: *nihil sub sole novi* dunque, sul terreno della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Nel caso invece della frustrazione dello “scopo di piacere”, che sarebbe inesorabilmente seguita ad una permanenza a Cuba afflitta da epidemia di “Dengue” col conseguente rischio di contagio⁽⁵²⁾, la pretesa risolutoria del contratto di viaggio e collegati da parte del turista, ben può trovare fondamento proprio nella presupposizione, al momento perfezionativo del con-

⁽⁴⁹⁾ Trattasi della nota Cass., sez. III, 24 luglio 2007 n. 16315, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Turismo* (6880), n. 30 e in *Foro it.*, I, c., 214.

⁽⁵⁰⁾ V., *ex pluribus*, ROPPO, *op. cit.*, 968; DELFINI, *Causa ed autonomia privata nella giurisprudenza di legittimità e di merito: dai contratti di viaggio ai derivati sul rischio del credito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 1364.

⁽⁵¹⁾ V. CARNEVALI, *L'impossibilità sopravvenuta*, in *Trattato di diritto privato Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VIII, *La risoluzione*, Torino, 2011, 327 e ss.

⁽⁵²⁾ È il caso della sopra citata Cass., sez. III, n. 16315 del 2007.

tratto, della circostanza di normalità, data dall'assenza della suddetta epidemia, quindi con facoltà di recesso del turista ⁽⁵³⁾.

Come pure — con frustrazione della medesima causa in concreto — nel caso della morte di uno dei due coniugi, che dovevano soggiornare per vacanza in un albergo, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nei confronti del defunto, determina il sopravvenuto venir meno, in capo al coniuge sopravvissuto, della circostanza presupposta della normale condizione della vacanza con il compagno di vita ⁽⁵⁴⁾.

Quindi, a ben vedere, la c.d. inutilizzabilità della prestazione da parte del creditore rivela una duplice fenomenologia: o determina una impossibilità sopravvenuta della prestazione in senso tecnico, — costituendo la persona del debitore inscindibilmente il sostrato della prestazione —, la cui possibilità viene meno; oppure costituisce emersione di una presupposta circostanza di normale fruibilità della prestazione, il cui sopravvenuto venir meno pone un problema di tutela del disinteresse del creditore a fruirne, in base ad una interpretazione secondo buona fede ⁽⁵⁵⁾: tale circostanza soggettiva, radicata nella causa in concreto del contratto, reperisce ragionevolmente tutela in un potere di recesso dello stesso creditore, bilanciato dall'adempimento dell'obbligo di informazione nei confronti del debitore della prestazione turistica, in maniera da limitare il danno economico a suo carico.

La circolarità ermeneutica dell'impiego delle categorie enucleate dalla scienza civilistica reperisce dunque, nel profilo rimediale, il momento di verifica dell'effettiva funzionalità all'attività giuridica ⁽⁵⁶⁾.

6 CONCLUSIONI

La presupposizione si distingue dalla condizione per la **certezza** della circostanza presupposta ma deve essere **obiettiva** ossia indipendente nel suo compiersi dalla sfera di signoria dei contraenti ed appartenente alla loro **comune** rappresentazione: come tale essa non solo non è in contraddizione

⁽⁵³⁾ Si conviene con la prospettiva rimediale indicata per la presupposizione da BIANCA, in *Diritto civile*, III, Milano, 1984, 440, cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12235, in *Dirittocivile.it*.

⁽⁵⁴⁾ V. Cass., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratto in genere* (1940), n. 503.

⁽⁵⁵⁾ Per una disanima della ipotetica confu-

sione di piani tra fase esecutiva dell'obbligazione e fonti della stessa v. PROCCHI, *I caratteri della prestazione nell'enunciato dell'art. 1174 cod. civ.*, in *Trattato dell'obbligazioni Garofalo — La struttura e l'adempimento*, II, Padova, 2014, 597. Ma v., già NANNI, *La buonafede contrattuale*, Padova, 1988, 523

⁽⁵⁶⁾ V., in generale, ALCARO, *L'attività*, cit.

con il concetto di causa in concreto ma ne costituisce un'anticipazione *ante litteram* come criterio euristico di rilevanza della finalità pratica di uno specifico contesto contrattuale espressivo di un individuato assetto d'interessi nella prospettiva della recezione ordinamentale.