

***Università Degli Studi Di Salerno***

***Dipartimento di Diritti della Persona e Comparazione***

***Dottorato di ricerca in comparazione e diritti della persona***

**Tesi**

***Le sopravvenienze contrattuali: profili di diritto interno e comparato***

**Dottoranda**

**Maddalena Codella**

**Relatore**

**Ch.ma Prof. Virginia Zambrano**

## **Premessa**

Il presente lavoro analizza il tema delle sopravvenienze contrattuali sia nel panorama italiano che in quello internazionale. Dallo studio emerge la sua delineazione in modo frammentario, in parte composto da figure esplicitamente delineate, in parte da rimedi emersi solo in via interpretativa e, talvolta, non ancora definiti con sicurezza. La lacunosità e la frammentarietà della disciplina delle sopravvenienze contrattuali si evince anche riguardo ad una serie di questioni che il legislatore risolve solo in riferimento ad una particolare figura di sopravvenienza, lasciando all'interprete l'onere di individuare soluzioni per le ipotesi in cui il problema si manifesti in relazione a fattispecie diverse. Così si pone la questione della rilevanza delle sopravvenienze auto-indotte; emerge, quindi, l'esigenza di individuare un criterio per stabilire fino a che momento le sopravvenienze possono assumere rilevanza al fine della risoluzione nelle ipotesi in cui esse intervengono nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive eseguito da una sola parte. E' pur vero, però, che esistono anche elementi di differenziazione caratterizzanti ciascuna figura di sopravvenienza e, quindi, norme che, avendo determinate peculiarità, non si prestano a costituire il paradigma sulla base del quale estrapolare regole generali applicabili anche ad altre fattispecie non esplicitamente disciplinate. Si giunge alla conclusione che non è possibile, quindi, individuare regole generali valide per ogni tipologia di sopravvenienza. Altro aspetto rilevante è che la presupposizione costituisce una terza categoria distinta dall'impossibilità e dall'eccessiva onerosità, nelle quali confluiscono fattispecie di sopravvenienza che, sebbene latamente assimilabili all'impossibilità, all'eccessiva onerosità o allo svilimento della controprestazione, non possono essere integralmente ricondotte ad esse.

Da tanto consegue che alla presupposizione deve essere di volta in volta ricollegato il rimedio di cui all'artt. 1467 c.c. o 1464 c.c. a seconda che le concrete fattispecie prese in considerazione presentino caratteristiche assimilabili rispettivamente alle sopravvenienze onerose o all'impossibilità parziale. Interessante il profilo della incidenza delle stesse sul contratto e la

relativa gestione. La costruzione di una disciplina giuridica speciale per i contratti di durata deriva dalla circostanza che le parti tendono a reagire alle sopravvenienze attraverso l'adattamento del contratto. Si è allora cercato di generalizzare l'esistenza di un dovere di rinegoziazione in capo ai contraenti: in tal modo, però, si compie un salto logico; se, infatti, le parti mostrano flessibilità *ex post*, questo non significa che esse vogliono già *ex ante* preimpegnarsi ad usare una simile flessibilità. La tendenza a gestire con una certa elasticità le sopravvenienze non si accompagna ad una significativa diffusione di clausole di rinegoziazione, inserite ab origine nei contratti di durata.

Questo non significa che non esiste un dovere di rinegoziazione ma, semplicemente, che questo dovere non può essere visto come rimedio generale ma come soluzione possibile solo dove ricorrano circostanze particolarmente gravi. Nelle altre ipotesi, la rinegoziazione costituisce oggetto non di una vera e propria obbligazione ma semplicemente una facoltà delle parti. L'analisi viene condotta anche in riferimento ad alcuni ordinamenti stranieri, sia di civil law che di common law, onde evidenziare analogie e differenze con il nostro ordinamento e valutare come esse interagiscono nell'ambito della più ampia prospettiva della vendita internazionale e del Codice Europeo dei Contratti. Nell'ordinamento inglese le regole generali che disciplinano le sopravvenienze sono assai sfuggenti, stante il rispetto del principio della *sancity of the contract*, che, tuttavia, subisce alcune mitigazioni ad opera della cd. *doctrine of frustration*. Con il termine generale di *frustration* si indica l'effetto prodotto da una sopravvenienza che abbia determinato l'impossibilità della realizzazione dell'interesse che le parti volevano realizzare mediante il negozio da esse concluso, interesse che le aveva portate alla conclusione di quella determinata specie di negozio a quelle precise condizioni. Nei casi in cui si verifica un elemento di *frustration* si ha la *termination del contact* e la cd. *discharge* di entrambe le parti. Occorre però precisare che la giurisprudenza non ha mai enucleato chiaramente le regole generali per determinare quando un contratto può ritenersi *frustrated*, lasciando così alla dottrina solamente la possibilità di una rassegna delle fonti possibili di *frustration*, classificate dagli autori talora in base alla loro natura talaltra in relazione a singole fattispecie negoziali. Dopo l'analisi della giurisprudenza, la dottrina è pervenuta

alla conclusione che, per esservi *frustration*, le sopravvenienze debbano essere tali da aver reso l'adempimento qualcosa di ' *radically or fundamentally different in a commercial sense*', rispetto a quanto pattuito nel contratto. Dalle diverse trattazioni dottrinali emerge che l'applicazione della *doctrine of frustration* non è affatto avvenuta in modo incontrastato e privo di forti limitazioni, la giurisprudenza ha infatti previsto forti limitazioni di carattere generale in settori in cui si continua ad applicare la vecchia regola *dell'absolute contracts*.

In definitiva si può osservare che la *frustration*, al di fuori dei casi di sopravvenuta impossibilità o illiceità della prestazione, è stato un rimedio poco applicato in concreto dalla giurisprudenza inglese, la quale si è spesso mobilitata per imporre dei limiti alla propria discrezionalità in tale campo, rimanendo assai ossequiosa nei confronti della *doctrine of absolute contracts*, ossia del principio della ' *sancity of the contract*'. Vengono poi evidenziate differenze ed analogie nell'ambito dei sistemi di common law tra il sistema inglese e quello angloamericano.

Altro modello considerato è quello francese nel quale si opera una bipartizione delle sopravvenienze: da una parte la forza maggiore, causa esoneratrice di responsabilità e dall'altra tutte le altre che hanno dato origine alla teorie de l'imprevision. La giurisprudenza si oppone alla creazione di un mezzo generale di tutela nei confronti della seconda categoria di sopravvenienze.

Pur basandosi sugli stessi principi generali del nostro sistema contrattuale, l'ordinamento francese prevede una disciplina delle sopravvenienze contrattuali molto diversa se non addirittura antitetica alla nostra soprattutto in riferimento alla eccessiva onerosità sopravvenuta. La regola che domina nell'ordinamento francese, fatta eccezione per i contratti con la Pubblica Amministrazione, può riassumersi nella clausola *pacta sunt servanda*, nessun mutamento delle circostanze sussistenti al momento della conclusione del contratto legittima una delle parti a chiedere né la revisione né tanto meno la risoluzione del contratto stesso. Nel termine generico di ' *imprevision*' il legislatore non ricomprende l'eccessiva onerosità sopravvenuta contro la quale, pertanto, non è previsto alcun mezzo di tutela le uniche sopravvenienze disciplinate risultano essere la force majeure all'art. 1148 del Code e il perimento della cosa dovuta all'art. 1302. La dottrina francese nel trattare

l'imprevision la colloca nella parte dedicata agli effetti del contratto partendo dal presupposto che esso abbia forza vincolante assoluta. Il legislatore disciplina le sopravvenienze ( impossibilità della prestazione) sotto il profilo della force majeure e di quello del perimento o perdita della cosa dovuta. La force majeure, corrispondente, al nostro caso fortuito, il cui verificarsi renderebbe impossibile una delle prestazioni, viene considerata causa di esonero delle conseguenze dell'inadempimento ovvero del risarcimento del danno patito previa dimostrazione a carico del debitore che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile.

L'art. 1302 disciplina l'altra ipotesi di esonero di responsabilità vale a dire il perimento della cosa oggetto della prestazione senza ovviamente che vi abbia contribuito il comportamento del debitore.

Da ultimo si prende in considerazione una specifica e particolare ipotesi di sopravvenienza contrattuale : l'usuraietà sopravvenuta alla luce della l. 108/1996. La sua introduzione apre un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale in merito alla sua efficacia retroattiva nel senso che si discute la sua applicazione a quei contratti che sono stati stipulati prima della sua entrata in vigore.

In un quadro altamente caotico a far chiarezza sulla situazione interviene la sentenza 14899 del 2000 e la legge 24 del 2001. Si individua quale possibile soluzione per giudizi ancora pendenti ma anche per le altre ipotesi di sopravvenienze contrattuali un istituto di recente introduzione, la conciliazione. Emerge, infatti, come le scelte condivise siano più efficaci oltre che vantaggiose rispetto a quelle imposte da una autorità terza anche se la buona riuscita dell'istituto impone un cambiamento di mentalità, la diffusione della cultura della mediazione.

## Indice

### Capitolo primo: **Le sopravvenienze contrattuali nell'ordinamento italiano.**

1. Premessa.	Pag. 10
2. Il principio della forza di legge.	Pag. 11
3. L'equilibrio contrattuale.	Pag. 14
4. La relatività della forza di legge.	Pag. 16
5. La clausola pacta sunt servanda.	Pag. 20
6. La clausola rebus sic stantibus.	Pag. 21
7. Introduzione alle sopravvenienze disciplinate.	Pag. 22
8. L'eccessiva onerosità sopravvenuta.	Pag. 23
9. La ratio della introduzione della eccessiva onerosità sopravvenuta.	Pag. 25
10. Ambito di applicazione.	Pag. 27
11. Eccessiva onerosità sopravvenuta e impossibilità sopravvenuta: differenze.	Pag. 30
12. La Convenzione di Vienna e l'eccessiva onerosità.	Pag. 32
13. L'impossibilità sopravvenuta nelle obbligazioni alternative.	Pag. 33
14. Sopravvenienze non disciplinate: lo svilimento della controprestazione.	Pag. 35
15. La presupposizione.	Pag. 41
16. La revisione del contratto.	Pag. 47
17. La revisione del contratto: limiti.	Pag. 53
18. La riduzione ad equità.	Pag. 62
19. La natura dell'offerta di riduzione ad equità.	Pag. 64
20. L'offerta di modifica dei contratti con obbligazioni di una sola parte ex art. 1468.	Pag. 69
21. La risoluzione per eccessiva onerosità.	Pag. 70
22. La risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata e periodica.	Pag. 73
23. Norme comuni alle diverse sopravvenienze.	Pag. 74
24. Colmare le lacune con regole generali applicabili alle ipotesi non disciplinate.	Pag. 76

### Capitolo secondo: **Profili comparatistici**

1. Le sopravvenienze contrattuali e il Codice Europeo dei Contratti.	Pag. 79
2. Hardship e force majeure.	Pag. 81
3. Il modello inglese.	Pag. 87

3.1 La frustration of contract.	Pag. 89
3.2 La doctrine of impossibility.	Pag. 92
3.3 Le altre sopravvenienze.	Pag. 96
3.4 Le categorie di frustration.	Pag. 98
3.5 La doctrine of frustration of consideration.	Pag. 100
3.6 Limiti alla frustration.	Pag. 104
3.7 La frustration: effetti.	Pag. 106
3.8 Conclusioni.	Pag. 109
4. Il modello Americano	Pag. 110
4.1 la doctrine of impossibility.	Pag. 114
4.2 La doctrine of impracticability.	Pag. 116
4.3 La successive indipendenza delle due teorie.	Pag. 119
4.4 La frustration of purpose.	Pag. 124
5. Il modello francese.	Pag. 132
5.1 la théorie des risques.	Pag. 136
5.2 La théorie de l'imprévision.	Pag. 137
5.3 La théorie de la cause.	Pag. 142
5.4 La tesi dell'abuso del diritto.	Pag. 144
5.5 Le tesi minoritarie.	Pag. 145
6. Il modello tedesco.	Pag. 149
6.1 L'impossibilità sopravvenuta prima della riforma.	Pag. 151
6.2 Le sopravvenienze non impossibilitanti.	Pag. 154
6.3 L'eccessiva onerosità sopravvenuta.	Pag. 155
6.4 La posizione della giurisprudenza e la teoria della Geschäftsgrundlage.	Pag. 157
6.5 Ambito di applicazione e requisiti della Geschäftsgrundlage.	Pag. 161
6.6 Ulteriori precisazioni.	Pag. 162
6.7 Il rimedio dell'Anpassung (adeguamento).	Pag. 167
6.8 La situazione post riforma.	Pag. 170

Capitolo terzo: una **particolare ipotesi di sopravvenienza contrattuale: l'usuraietà sopravvenuta alla luce della legge 108/96.**

1. Introduzione.	Pag. 175
2. La situazione prima della legge antiusura.	Pag. 176
3. La legge 108/96: cenni.	Pag. 180

4. L'applicazione della legge 108/96 ai contratti conclusianteriormente alla sua entrata in vigore. Pag. 181
5. La sentenza n. 14899 del 2000. Pag. 185
6. La legge n. 24 del 2001. Pag. 189
7. Conclusioni. Pag. 194



## Capitolo primo

### **Le sopravvenienze contrattuali nell'ordinamento italiano**

## Premessa

La conclusione di un contratto viene saggiamente valutata dai contraenti che, all'uopo, elaborano le informazioni in loro possesso per poi addivenire, nel caso in cui ritengono l'operazione conveniente, alla conclusione dello stesso. E' evidente che nella fase del processo decisionale le parti tengono conto dei probabili e prevedibili sviluppi futuri delle circostanze che vanno ad incidere in modo significativo sull'operazione stessa. Non è raro che durante la fase decisionale uno o entrambi i contraenti, erroneamente, presuppongono qualche dato della realtà esistente, determinante ai fini dell'assunzione della loro decisione, o che uno o entrambi i contraenti formulano dei prognostici fallaci in merito ai futuri sviluppi delle circostanze rilevanti per l'economia dell'operazione o, ancora, può accadere che viene valutata male l'idoneità dell'operazione al soddisfacimento dei loro bisogni. Ad ogni modo, al di là delle diverse forme di patologie di cui può essere affetta la fase decisionale, possono incidere sul successivo sviluppo del rapporto contrattuale, soprattutto nei contratti di durata<sup>1</sup>, alcune vicende 'perturbative'. Orbene, per evitare che il contratto perda efficacia e vincolatività, i contraenti devono stabilire dei limiti alla possibilità di asserire che sono stati indotti alla stipula del contratto da una delle patologie della fase decisionale. Bisogna, in altre parole, individuare dei limiti alla possibilità di invocare queste vicende quali possibili cause di liberazione dal vincolo<sup>2</sup>. E' necessario bilanciare due esigenze contrapposte: da un lato assicurare alle parti l'idoneità del contratto a soddisfare le esigenze individuali e, dall'altro, garantire l'affidamento delle parti e quindi la certezza delle situazioni giuridiche e dei traffici commerciali. In merito agli errori di valutazione compiuti dalle parti il nostro ordinamento prevede una disciplina analitica dei vizi del consenso; in modo dettagliato si prevedono le ipotesi in cui la falsa rappresentazione possa assumere rilevanza giuridica come pure le norme sul motivo contribuiscono a ribadire il principio dell'irrilevanza dello stesso. Anche il problema delle sopravvenienze viene disciplinato adeguatamente. Il legislatore, infatti, prevede per un verso la regola della forza di legge ex art. 1372 c.c. e, dall'altro, l'impossibilità sopravvenuta e

---

<sup>1</sup> Sono proprio i contratti di durata ad essere maggiormente a rischio in quanto in suscettibili di esecuzione istantanea, destinati a svolgersi per un tempo più o meno lungo, in alcuni casi anche decenni, GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 4; OPPO, *I contratti di durata*, in Riv. Dir. Comm. , 1943, pag. 43.

<sup>2</sup> Contro il rischio che il richiamo alle teorie relative alle sopravvenienze contrattuali possa essere un mezzo a cui il debitore ricorra per sottrarsi alla forza vincolante del contratto, MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, VI ed. Muller, Heidelberg, 1994, pag. 322.

l'eccessiva onerosità sopravvenuta: istituti che attribuiscono rilevanza ad alcune vicende successive alla conclusione del contratto la cui entità è tale da giustificare una eccezione alla regola della forza di legge. Appare superfluo precisare che il rapporto dei rimedi risolutivi di cui innanzi rispetto al principio sancito dall'art. 1372 c.c. è quello di regola ad eccezione, con la conseguenza che, nel caso in cui non si può invocare il rimedio risolutivo previsto dal nostro ordinamento la norma si applica senza ombra di dubbio per garantire la stabilità del rapporto contrattuale.

### **Il principio della forza di legge**

Uno dei principi cardini del nostro ordinamento è quello della forza di legge di cui all'art. 1372 c.c. che prevede: ' il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge<sup>3</sup>'. Diverse sono le funzioni assolute da questo principio : esalta l'autonomia delle parti poiché il contratto produce effetti solo se esse lo vogliono<sup>4</sup>; esclude l'eventualità di un intervento eteronomo nella disciplina dei rapporti tra le parti; impedisce il successivo scioglimento del vincolo contrattuale; obbliga le parti ad adempiere le obbligazioni assunte. Nessuna di queste funzioni può essere però considerata di portata generale ed illimitata come pure le eccezioni ad esse non possono essere considerate tipiche e, quindi, insuscettibili di estensione al di là dei casi espressamente disciplinati. Parte della dottrina ritiene che il principio *de quo* non opererebbe solo in due ipotesi: mutuo consenso delle parti allo scioglimento o si verifichi un caso di scioglimento previsto dal legislatore ( recesso convenzionale, recesso legale, risoluzione contrattuale ex art. 1453 ss. c.c.). Secondo questa opinione esiste un principio di tipicità delle ipotesi di risoluzione del contratto<sup>5</sup> in quanto la forza di legge è la regola fondamentale del diritto contrattuale e, pertanto, le forme di scioglimento del vincolo devono essere considerate eccezionali. E' opportuno evidenziare che la giurisprudenza prevede la risoluzione del contratto in ipotesi diverse ed ulteriori rispetto a quelle normativamente previste, facendo applicazione della clausola *rebus sic stantibus* che differisce dalla figura della presupposizione per la maggiore oggettività.

---

<sup>3</sup> GALGANO Francesco, *La forza di legge del contratto*, in Scritti in onore di R. Sacco, Giuffrè, 1994, pag. 509, il principio affermato dalla norma è quello della equiparazione tra contratto e legge. Va precisato che la formula non va presa alla lettera : il contratto non ha rango fra le fonti normative, non può essere posto, neppure rispetto alle parti, sullo stesso piano della legge, giacché non può derogare alle norme imperative né la sua violazione può essere equiparata alla violazione di legge.

<sup>4</sup> GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in Comm. Cod. Civ., dir. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli. Bologna -Roma, 1993, pag. 2.

<sup>5</sup> ROPPO, *Contratto*, Torino, 1989, pag. 130. Alla regola della normale impossibilità che il contratto si sciogla per decisione unilaterale di una parte, e più in generale per una causa diversa dall'accordo di entrambe, sono previste eccezioni ma tali eccezioni, esaurendosi nelle cause di scioglimento 'ammesse dalla legge' sono previste in numero chiuso.

Nell'esperienza giuridica attuale, si ricorre spesso alla clausola *rebus sic stantibus*, soprattutto nell'ambito dei contratti con la P.A. e nei rapporti patrimoniali tra coniugi<sup>6</sup>. Altra ipotesi di deroga al principio *pacta sunt servanda* si registra nell'elaborazione dell'istituto della presupposizione che, a dire il vero, mal si concilia con il principio della forza di legge quale principio cardine dell'ordinamento e con le altre ipotesi di risoluzione previste dal codice. La dottrina che afferma il principio di tipicità delle cause di risoluzione del contratto è fortemente contraria alla 'creazione' di un terzo istituto quale la presupposizione sulla scorta della considerazione che questa non configuri alcuna ipotesi di risoluzione normativamente prevista. Questa posizione, però, non può trovare riscontro per due diversi motivi: in primo luogo, non si tratta di una invenzione dovuta ad uno sviluppo giurisprudenziale irrazionale e deviante visto che in tutti gli ordinamenti, attraverso la prassi giurisprudenziale, si sono creati istituti simili a quello della presupposizione: la *Geschäftsgrundlage* in Germania, la *frustration* in Common Law e l'*imprevision* in Francia; in secondo luogo, essendo la giurisprudenza uno dei formanti dell'ordinamento, è ovvio che una pratica giurisprudenziale consolidata ed accettata deve essere considerata norma di legge<sup>7</sup>. Anche in riferimento alle altre ipotesi risolutorie normativamente previste si può notare che esse non rispecchiano in tutto e per tutto il rapporto di regola ad eccezione di cui all'art. 1372 c.c. ne è un esempio l'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta che non sembra avere il carattere di norma eccezionale. A dimostrazione di ciò si rileva l'interpretazione estensiva operata dalla giurisprudenza a proposito del fattore della imprevedibilità nonché le pronunce che sostengono non il carattere eccezionale dell'art. 1427 c.c. bensì di principio generale dell'ordinamento<sup>8</sup>. In particolare, la giurisprudenza ha affermato che laddove il giudice è chiamato a decidere una controversia relativa ad un rapporto giuridico anomalo, che non trova disciplina nell'ordinamento, deve far ricorso ai principi generali dell'ordinamento stesso, a norma dell'art. 12 disp. Prel.; tra questi principi generali nel campo dei rapporti patrimoniali vi è quello racchiuso nell'espressione *rebus sic stantibus*, a cui è ispirato l'art. 1467 c.c., in virtù del quale un rapporto giuridico patrimoniale, ove non altrimenti disciplinato, non può essere mantenuto in vita nel caso in cui siano venute a mancare le condizioni essenziali di equilibrio nelle quali esso è sorto<sup>9</sup>. Ebbene, si evince come la giurisprudenza concepisca il rimedio risolutorio quale strumento utilizzabile in via generale per far

---

<sup>6</sup> GALLETTO, *La clausola 'rebus sic stantibus*, in I contratti in generale, a cura di Alpa e Bessone, in *Giur. Sist. Di Dir. Civ. e Comm.*, dir. Bigiavi, III, 1, pagg. 564 ss.

<sup>7</sup> GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in *Comm. Cod. Civ.*, dir. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli. Bologna – Roma, 1993, pag. 13. la presupposizione è causa di risoluzione del contratto non prevista dalla legge ma riconosciuta dalla giurisprudenza. La rilevanza della presupposizione è riconosciuta dal ricorso della giurisprudenza ad una formula standardizzata e consolidata.

<sup>8</sup> GABRIELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Contr. E Impr.*, 1996, pag. 922.

<sup>9</sup> Cass. civ. 11.11.1986 n. 6584, in *Giust. Civ.*, 1987, I, pag. 1494.

fronte al mancato funzionamento dell'operazione programmata dalle parti, indipendentemente dalla causa<sup>10</sup>. Il rimedio risolutorio si configura come strumento apprestato dall'ordinamento per fronteggiare le alterazioni sopravvenute della funzione dell'atto. L'intangibilità del contratto non va intesa *stictu sensu* come intangibilità dell'accordo ma come intangibilità di un accordo idoneo ad assolvere la funzione cui il contratto è destinato<sup>11</sup>. La regola di cui all'art. 1372 c.c. in forza della quale il contratto non può essere sciolto non vige in tutte le ipotesi in cui lo scioglimento sia giustificato da una causa sopravvenuta ed evidenzia che lo stesso non può essere vanificato mediante una semplice dichiarazione di recesso di una delle parti giacché così facendo si svuoterebbe di ogni significato la categoria del contratto contrastando con il principio fondamentale dell'ordinamento per il quale è vietato, incidere *in peius*, con una propria manifestazione di volontà, sulla sfera giuridica aliena<sup>12</sup>. Il principio della forza di legge va inteso quale espressione del principio della irretrattabilità del consenso contrattuale. La norma nulla dice in merito al tema della rilevanza delle sopravvenienze contrattuali disciplinate dalle norme in tema di risoluzione che attribuiscono rilevanza alle alterazioni funzionali al contratto stesso, ergo le cause di risoluzione del contratto non sono necessariamente solo tipiche<sup>13</sup> poiché non rappresentano l'eccezione alla regola di cui all'art. 1372 c.c.<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in Comm. Cod. Civ., dir. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli. Bologna –Roma, 1993, pag. 8. Il vizio dell'elemento funzionale del contratto provoca conseguenze giuridiche diverse a seconda che si presenti come originario o sopravvenuto; nella prima ipotesi, determina, per lo più, la nullità dell'atto, nella seconda, incide non sull'atto, bensì sul rapporto contrattuale causandone lo scioglimento, mediante risoluzione.

<sup>11</sup> GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in Comm. Cod. Civ., dir. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli. Bologna –Roma, 1993, pag. 7.

<sup>12</sup> SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. Dir. Priv., dir. Rescigno, Utet, Torino, II ed., 1995, pag. 24.

<sup>13</sup> MACIOCE, *La presupposizione*, in Alpa e Bessone, *I contratti in generale*, vol III, in Giur. Sist. Civ. e Comm., fondata da Bigiavi, Utet, Torino, 1991, pag. 513.

<sup>14</sup> GALLETTO, *La clausola 'rebus sic stantibus'* in Alpa e Bessone, *I contratti in generale*, vol III, in Giur. Sist. Civ. e Comm., fondata da Bigiavi, Utet, Torino, 1991, pag. 512. La regola del *pacta sunt servanda* e quella *rebus sic stantibus* sono tra loro compatibili in quanto la seconda occorre solo nel caso in cui si è di fronte ad un contratto diverso da quello concluso e, quindi, non è incompatibile con la regola *pacta sunt servanda*.

## L'equilibrio contrattuale

La vigenza, nel nostro ordinamento, del principio della forza di legge ex art. 1372 c.c. non impedisce di dare rilevanza alle sopravvenienze contrattuali; rilevanza ovviamente condizionata da una serie di limiti. Se si potesse affermare la vigenza, nel nostro ordinamento, di un principio di equilibrio tra le prestazioni contrattuali, in virtù del quale ai fini della validità dell'atto richiedesse un rapporto di equivalenza delle prestazioni, le sopravvenienze perturbative meriterebbero di dar luogo ai rimedi risolutivi del contratto. In realtà ad essere convinti che tra le prestazioni delle parti vi debba essere un equilibrio sono stati i fautori della teoria del giusto prezzo volta ad impedire spostamenti ingiustificati di ricchezza. Seconda la teoria *de qua* i beni dovevano essere scambiati per un corrispettivo, che rappresentava il loro valore intrinseco a cui doveva sommarsi un nutrimento, ossia un guadagno tale da consentire solo uno stile di vita dignitoso e decoroso. La teoria del giusto prezzo accoglie, quindi, la teoria della clausola *rebus sic stantibus*, pensata proprio per reagire a situazioni di squilibrio non originario ma sopravvenuto. È una teoria ormai superata in quanto è impensabile che *condicio sine qua non* della validità del contratto sia un equilibrato rapporto di valore tra le prestazioni. Ad essere in auge è oggi il diverso, seppur non privo di eccezioni, principio della libertà delle parti nella determinazione del rapporto di scambio tra prestazione e controprestazione<sup>15</sup>. Il recepimento della teoria del giusto prezzo nella Costituzione si evince dall'art. 36 in virtù del quale il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro e, in ogni caso, sufficiente ad assicurare a se e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa. Ancora, l'applicazione oggettiva della teoria del giusto prezzo si può riscontrare in materia di mutuo per ovviare a eventuali fenomeni usurari. Tuttavia, dalla disciplina sulla rescissione del contratto emerge chiaramente che lo squilibrio tra le prestazioni non ha rilevanza in sé in quanto la tutela della parte è subordinata non alla semplice lesione ma alla sua posizione di debolezza<sup>16</sup>. Questa irrilevanza si spiega con il fatto il rapporto tra le prestazioni contrattuali è determinato dalle parti in base alla loro utilità, in funzione di valutazione soggettiva fatta dal contraente<sup>17</sup>, ragion per cui l'ordinamento non interviene a protezione del contraente vittima di un cattivo affare<sup>18</sup>. In altre parole, è del tutto irrilevante, per l'ordinamento, lo squilibrio tra le prestazioni a meno che esso non sia dovuto ad un vizio del processo decisionale della parte come stato di bisogno e stato di necessità che legittimano la rescissione per lesione o errore violenza

---

<sup>15</sup> LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, pag. 312.

<sup>16</sup> GATTI, *L'adeguatezza delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, I, pag. 426; GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 117.

<sup>17</sup> Principio cardine del mercato è quello della libertà contrattuale.

<sup>18</sup> LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1985, pag. 309.

e dolo. Se si ammette che l'unico equilibrio rilevante è quello voluto dalle parti è pur vero che l'ordinamento deve disporre di una valutazione affidabile per determinare il concreto rapporto tra le prestazioni, dando così rilevanza alle alterazioni successive. Non tutte le alterazioni vengono considerate rilevanti ma solo quelle che provocano una notevole alterazione dell'equilibrio convenzionale tra le prestazioni: l'art. 1467 c.c. prevede che la straordinarietà dell'evento sopravvenuto deve provocare una eccessiva onerosità. Il rapporto che caratterizza la razionalità dell'operazione economica non è quello tra prestazione e controprestazione ma è la sua utilità soggettiva per cui una sopravvenienza contrattuale non è sufficiente a dimostrare l'irrazionalità economica degli effetti del contratto ma la può solo presumere. L'ordinamento prevede delle conseguenze giuridiche a questa presunzione solo nel caso in cui la sopravvenienza incida gravemente sul valore delle prestazioni cercando, così, di tutelare l'interesse generale sotteso al principio *pacta sunt servanda*. Non tutte le sopravvenienze vengono ritenute rilevanti ma solo quelle che lasciano presumere che i loro effetti non rientrano nelle eventualità razionalmente amministrate o che avrebbero dovuto essere amministrate dalle parti.

### **La relatività della forza di legge**

Il principio *pacta sunt servanda* sancito dall'art. 1372 c.c. non è assoluto ma soggetto ad una serie di eccezioni, riconducibili a tutte le ipotesi in cui difettano le condizioni di razionalità del principio *de quo*. Per individuare, quindi, i limiti della forza di legge, occorre individuare la sua funzione e le sue condizioni di razionalità. Parte della dottrina ritiene che la *ratio* della forza di legge consiste nella volontà del promittente di assumere un vincolo giuridico<sup>19</sup> ma se così fosse non vi sarebbe alcuna necessità dell'intervento dell'ordinamento volto a garantire valore giuridico all'operazione. Altra opinione, più condivisibile, ravvisa nella vincolatività della promessa non un interesse del promittente ma del promissorio che potrà agire giudizialmente, per ottenere l'adempimento, nel caso in cui il vincolo assunto dal promettente non venga rispettato<sup>20</sup>. La concezione del contratto quale espressione della volontà del privato è stata soppiantata da una diversa ideologia che lo considera strumento, frutto di scelte consapevoli delle parti, di formazione e attuazione del mercato, che giustifica l'intervento del legislatore volto ad impedire il verificarsi di situazioni in grado di inficiare il processo decisionale delle parti<sup>21</sup>. Come già innanzi specificato l'ordinamento reagisce solo in caso di sopravvenienze caratterizzate da una certa gravità sia per tutelare il legittimo

---

<sup>19</sup> GORLA, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1955; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. Dir. Priv., dir. Rescigno, Utet, Torino, II ed., Torino, 1995.

<sup>20</sup> SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in Giur. It., 1999, pag. 229.

<sup>21</sup> La scelta del legislatore è dettata dalla convinzione che the result of a fair bargain must by definition be fair, ATIYAH, *Contact and fair exchange*, in *Essays on contracts*, Clarendon, Oxford, 1986, pag. 330.

affidamento dell'altro contraente sia perché la razionalità dell'operazione può essere messa in dubbio solo quando la sopravvenienza sia di tale entità da incidere sulla convenienza dell'affare. I limiti di efficacia del principio *pacta sunt servanda* vanno ravvisati nelle sue stesse condizioni di razionalità. Soprattutto nei contratti di durata è necessario assicurare la perdurante efficienza economica in quanto è più probabile che si verifichi una variazione delle circostanze in base alle quali si è formata la volontà contrattuale e quelle in cui il contratto deve produrre i suoi effetti. Se è vero che l'equilibrio tra le prestazioni non è la *condicio sine qua non* della validità del contratto è pur vero, però, che non sono del tutto irrilevanti le condizioni che hanno indotto le parti a scegliere un certo rapporto di scambio tra le prestazioni, conseguentemente, vi saranno delle conseguenze giuridiche solo nell'eventualità in cui si verifichino delle turbative tali da far ritenere che l'effetto economico dell'atto sia privo di razionalità economica e non ci sono sicuri indici che le parti abbiano accettato tale eventualità. Il principio della forza di legge non è, quindi, un imperativo incondizionato ma una regola relativa destinata a cedere il passo a regole ulteriori, laddove queste appaiano giustificate razionalmente. A tal proposito la teoria dell'inadempimento efficiente serve a dimostrare concretamente la giustificazione della relativizzazione della forza di legge nel senso che il debitore può scegliere di non adempiere se questa sua scelta sia economicamente efficiente<sup>22</sup>.

### **La clausola *pacta sunt servanda***

Con il verificarsi della sopravvenienza contrattuale l'interprete può essere indotto a ritenere che il contratto realizzato dalle parti non sia titolo sufficiente degli effetti economici che deriverebbero dalla sua esecuzione; in altri termini, di fronte all'evenienza di una sopravvenienza perturbativa si riscontrerebbe una lacunosità del contratto. In tal caso deve essere l'ordinamento a stabilire le sorti, in senso giuridico, del rapporto che le parti hanno instaurato con il contratto<sup>23</sup>. Una prima soluzione, in tale eventualità, sosterrrebbe l'idoneità della *regola pacta sunt servanda* a coprire tutte le sopravvenienze che dovessero verificarsi e, per le quali le parti non hanno previsto alcun esonero di responsabilità per l'obbligato. La ricostruzione, che si basa essenzialmente sulla negazione della lacuna, ha la funzione, apprezzabile, di stimolare la parti a predisporre regolamenti contrattuali completi, nei quali le condizioni di liberazione dal vincolo contrattuale siano espresse in modo

---

<sup>22</sup> GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in Comm. Cod. Civ., dir. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli. Bologna - Roma, 1993, pag. 12.

<sup>23</sup> Per colmare la lacuna contrattuale la teoria tradizionale impone al decisore di scegliere la clausola equa. Per un utilitarista il problema dell'equità si riduce a quello dell'efficienza, il risultato moralmente corretto massimizza l'utilità, SCHWARTZ Alan, *Le teorie giuridiche sui contratti e i contratti incompleti*, in Fabbri, Fiorentini e Franzoni, *L'analisi economica del diritto*, NIS, Roma, 1997, pag. 105.



chiaro ed esaustivo. Ciò nonostante, tale soluzione non è esente da critiche: si è osservato come il problema non consiste solo nella giustificazione del pregiudizio che subisce il contraente imprevidente, laddove questi avesse colposamente omissivo di disciplinare una sopravvenienza non può dolersi successivamente per la sua mancanza ma investe la stessa idoneità del meccanismo di stimolo dei futuri contraenti a predisporre regolamenti contrattuali esaustivi. La promessa di un comportamento futuro presuppone anche il perdurare del vincolo in casi di mutamenti della realtà: il promittente può stabilire che il proprio vincolo si modifichi o venga meno al verificarsi di certe situazioni, (clausola di indicizzazione del corrispettivo), se ciò non avviene significa che il promittente accetta i rischi dell'operazione. Senza considerare che se presupposto della conclusione del contratto è l'adempimento della controparte è lampante che il promittente dovrebbe vedersi accollato l'onere di esprimere con chiarezza le condizioni alle quali ritiene che il vincolo non esista più. Ragion per cui si è affermato che la funzione della clausola *pacta sunt servanda* è quella di stimolare le parti a predisporre regolamenti contrattuali completi prevedendo esplicitamente le ipotesi che derogano al principio. Come già innanzi accennato questa soluzione presta il fianco a diverse critiche. Innanzitutto, la razionalità della regola *de qua* necessiterebbe, per la sua dimostrazione, che le parti l'avessero scelta pur non avendo disciplinato l'eventualità. Va poi osservato che lo stimolo alle parti di predisporre regolamenti contrattuali completi vale solo per le sopravvenienze che gli stessi sono in grado di prevedere. I casi rispetto ai quali si pone sovente il problema della sopravvenienza riguardano eventi imprevedibili e, quindi, conseguentemente, le parti li prendono in considerazione durante le trattative. Lo stimolo alla predisposizione di un regolamento contrattuale adeguato è altamente ipotetico. Tuttavia, per quanto alcune circostanze possano essere considerate remote, queste possono sempre essere ipotizzate dalle parti e previste nel regolamento contrattuale anche se non sarebbe conveniente laddove il costo transattivo risultasse essere superiore al beneficio previsto contrattualmente. Il debitore non può pretendere la risoluzione del contratto tutte le volte in cui avrebbe potuto inserire nel regolamento contrattuale una clausola ad hoc per la gestione della sopravvenienza. Il problema delle sopravvenienze non può semplicisticamente essere ricondotto all'esistenza o meno di una colpa in capo al soggetto gravato, in quanto se il nocciolo della questione è stabilire quale tra i contraenti debba sopportare il rischio contrattuale non si può prendere in considerazione uno solo dei soggetti del rapporto. Assodato che la regola *pacta sunt servanda* è idonea a stimolare un comportamento precontrattuale efficiente, bisogna verificare se essa è idonea anche a stimolare comportamenti efficienti anche *ex post*. All'uopo si potrebbe accollare il rischio della sopravvenienza al promittente in modo che reagisca alla turbativa mediante la figura dell'inadempimento efficiente<sup>24</sup>. La regola di stabilità del contratto

---

<sup>24</sup> L'inadempimento efficiente consiste nel permettere alla parte di rifiutare l'adempimento purchè tenga l'altra parte

consente al debitore di rendersi inadempiente a condizione che indennizzi il creditore per il pregiudizio arrecatogli e, nello stesso tempo, mantenendo un vantaggio economico come se avesse adempiuto<sup>25</sup>. Altra parte della dottrina<sup>26</sup> ritiene, invece, che nell'eventualità in cui le parti non hanno gestito in via autonoma il rischio, questo debba essere accollato a quello che tra loro può essere definito SUPERIOR RISK BEARER. Diversi sono i criteri per stabilire quale fra i contraenti debba essere considerato il SUPERIOR RISK BEARER: capacità di conoscere l'entità del pregiudizio; capacità di conoscere la probabilità di verifica del pregiudizio; i costi necessari per assicurarsi contro il rischio o attraverso la stipulazione di una polizza assicurativa o mediante il ricorso all'autoassicurazione. Secondo questa impostazione, di fronte ad una sopravvenienza perturbativa, nel caso in cui il superior risk bearer sia il promissorio si dovrebbe consentire la risoluzione del contratto, se invece tale è il promittente, il suo mancato adempimento dovrebbe essere fonte di responsabilità<sup>27</sup>. In alcuni casi risulta difficile stabilire chi tra le parti sia il superior risk beaber, nell'eventualità si fa operare una regola finale di gestione della sopravvenienza, basata sulla riproposizione pura e semplice della clausola *pacta sunt servanda*. La teoria, in realtà, presta il fianco a diverse critiche in quanto risolve il problema della sopravvenienza mediante una regola di accollo del rischio all'una o all'altra parte. senza contare, poi, che bisogna stabilire chi tra le parti sia il superior risk bearer, rischiando che nessuna delle parti ponga in essere alcun comportamento razionale di gestione del rischio nell'erronea convinzione che sia l'altra parte a doverlo supportare. Altro punto debole di questa ricostruzione consiste nel fatto che essa si basa sull'ammissibilità del rischio, qualità di cui spesso la sopravvenienza è priva. A tal proposito qualche autore ha evidenziato come è poco opportuno affidarne la gestione ad una regola giuridica basata sull'amministrabilità, quando esse non sono amministrabili *ex ante* in modo razionale ed efficiente. Si tratta di eventi che devono essere disciplinati con regole attente alla oggettiva razionalità che producono: si sostituisce alla prospettiva *ex ante* quella *ex post*<sup>28</sup>. Altra impostazione, invece, evidenzia come sia economicamente razionale che un processo economico venga attuato e perseguito solamente fin quando sia positivo cioè generi utili e non perdite<sup>29</sup>. La regola di stabilità del contratto si porrebbe, dunque, in contrasto con la linea evolutiva del contratto mediante l'inserimento di clausole di revisione contrattuale. Se nella

---

dei danni conseguenti al suo inadempimento.

<sup>25</sup> Se per circostanze sopravvenute il costo dell'adempimento è cresciuto notevolmente, il debitore potrebbe trovare più conveniente risarcire controparte del danno patito.

<sup>26</sup> POSNER e ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines* In *Contact Law: An Economic Analysis*, in *Journ of Legal Stud.*, 1977, pagg. 83.

<sup>27</sup> POSNER e ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines* In *Contact Law: An Economic Analysis*, in *Journ of Legal Stud.*, 1977, pag. 90.

<sup>28</sup> TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law: an Economic Analysis*, in *Intern. Rev. of Law and Econ.*, 1991, pag. 63.

<sup>29</sup> GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 390.

prassi si è soliti inserire clausole di revisione, la soluzione più efficiente dal punto di vista economico sarà quella di adeguare il tipo legale a quanto avviene nella prassi. Altro motivo per ritenere superata la regola *pacta sunt servanda* è la considerazione degli suoi effetti economici : l'efficienza economica complessiva risulterebbe ampiamente avvantaggiata se il rischio venisse trasferito dagli anelli intermedi della catena produttiva fino al responsabile finale dell'intero processo produttivo in questione. Tale teoria, però, finirebbe con l'attribuire rilevanza a qualsiasi tipo di sopravvenienza svuotando, così, di ogni significato la regola della forza di legge. Nei contratti a lungo termine, l'indicazione del corrispettivo finirebbe per essere privo di rilevanza, potendo essere superato dalla invocazione delle mutate condizioni di mercato tornando, in qualche modo, alla teoria del giusto prezzo in virtù della quale i beni non possono essere scambiati per un corrispettivo liberamente scelto dalle parti ma solo per un prezzo intrinsecamente giusto. A questa obiezione l'ideatore della teoria in esame risponde che la soluzione consiste in un collegamento tra rilevanza della sopravvenienza ed alea normale del contratto. Viene così proposta la distinzione tra sopravvenienza a portata generale e sopravvenienza a portata particolare (sciopero aziendale, guerra). Nel caso di sopravvenienza a portata generale se un imprenditore pattuisce la fornitura di materie prime per un periodo di dieci anni e in questo arco temporale il costo della materia prima aumenta, egli ha un vantaggio sui concorrenti, per l'autore questo vantaggio fuoriesce dall'alea normale del contratto: ' il criterio fondamentale per delimitare l'alea normale del contratto pare dunque essere quello di considerare se si tratta di oneri che il committente sarebbe in ogni caso tenuto a sopportare anche nel caso in cui si rivolgesse ad altri o meno<sup>30</sup>. Orbene, oltre a finire con dare rilevanza alle sopravvenienze in termini molto ampi, mentre l'esperienza giuridica insegna come le sopravvenienze sono rilevanti solo in casi eccezionali quando incidono in modo straordinario sul rapporto contrattuale vengono trascurate del tutto le sopravvenienze a portata particolare che rappresentano una parte importante della casistica. Il principio in esame ha il ruolo importantissimo di salvaguardare la certezza dei traffici giuridici: il contratto non può essere vanificato da una dichiarazione di recesso di una delle parti in quanto si contrasterebbe con un principio fondamentale del nostro ordinamento in virtù del quale non è possibile con la propria volontà modificare *in peius* una sfera giuridica aliena<sup>31</sup>. In difetto, della regola nessun contraente potrebbe fidarsi delle promesse fatte dall'altra parte e accetterebbe di privarsi di un bene o di

---

<sup>30</sup> GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 404. La considerazione degli effetti ex post, quale criterio per valutare la rilevanza della sopravvenienza, sarebbe subordinata all'impossibilità di una efficiente gestione ex ante del problema.

<sup>31</sup> GALGANO- VISENTINI, op.cit, pag. 7; il principio rientra tra le norme di diritto il cui rispetto si impone alle istituzioni comunitarie nell'esercizio delle loro funzioni, quale principio fondamentale di ogni ordinamento e in particolare dell'ordinamento giuridico italiano Tribunale di primo grado delle Comunità Europee 14.4.2005, T 69/00 CoG, 2006, 5, 629.

effettuare un'altra prestazione solo in cambio di una prestazione attuale<sup>32</sup>. La funzione della regola *pacta sunt servanda* è quella di favorire la cooperazione tra i consociati<sup>33</sup>.

### La clausola *rebus sic stantibus*

La clausola *rebus sic stantibus*, volta ad ancorare le obbligazioni assunte alla permanenza dello stato di fatto esistente al momento del loro sorgere per tutto il tempo dell'esecuzione<sup>34</sup>, dominava la materia delle sopravvenienze prima della entrata in vigore del Codice del 1942<sup>35</sup>. Qualche autore ha trovato tracce della clausola in alcuni scritti classici<sup>36</sup> anche se la sua compiuta formulazione si è avuta nel periodo intermedio ed è correlata alla diffusione della teoria del giusto prezzo<sup>37</sup>. Le fonti canoniche sono state fondamentali per il suo sviluppo, il che dimostra che la clausola era un limite rispetto ad altra regola generale, operava come temperamento alla regola di efficacia della promessa, il cambiamento delle circostanze non eliminava la validità del contratto ma paralizzava solo la possibilità di pretendere l'adempimento. Durante la vigenza del codice del 1865 il dibattito tra chi ne sosteneva la vigenza e chi la negava era assai acceso come pure si discuteva in merito al suo fondamento giuridico<sup>38</sup>. Nella Relazione del Guardasigilli al Re, relativa agli artt. 1476 ss c.c.1942 si legge: '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', l'affermazione non è affatto pacifica<sup>39</sup>. L'interesse per la clausola si è successivamente sopito con la codificazione delle norme in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta e con il diffondersi della teoria della presupposizione. Il progressivo declino della clausola è in parte legato all'insuccesso della teoria del giusto prezzo e in parte alla difficoltà di individuare il suo fondamento giuridico.

---

<sup>32</sup> AMBROSOLI, op. cit., 2002, pag. 4.

<sup>33</sup> MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta nei recenti orientamenti giurisprudenziali* in *Il diritto privato oggi* a cura di Cendon, 2008, pag.18.

<sup>34</sup> GALLETTO, *La clausola rebus sic stantibus*, in *Alpa e Bessone, I contratti in generale*, III; in *Giur. Sist. Civ. e Comm.*, dir Bigiavi, Utet, Torino, 1991, pag. 546.

<sup>35</sup> PUGLIESE, *Laesio superveniens*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1925, I, pag.1.

<sup>36</sup> Tra gli scritti non giuridici nei quali si evince l'esistenza della clausola si segnalano Cicerone e Seneca.

<sup>37</sup> GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, pag. 74.

<sup>38</sup> OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza: la cd. Clausola rebus sic stantibus*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1913, pag. 471.

<sup>39</sup> DI BLASI, *La clausola 'rebus sic stantibus' nel nuovo codice civile e nelle prime applicazioni della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 1949, IV, pag. 132.

## Introduzione alle sopravvenienze disciplinate

Il nostro codice civile disciplina due diverse figure di sopravvenienza contrattuale: l'impossibilità sopravvenuta art. 1218, 1256 c.c. e l'eccessiva onerosità sopravvenuta art. 1467 c.c. Appare superfluo precisare che pur in assenza di una puntuale definizione da parte del legislatore del concetto di impossibilità rilevante, questa debba avere i caratteri dell'oggettività e dell'assolutezza, circostanza, questa, confermata implicitamente dalla previsione della eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>40</sup>. A dire il vero, però, la dottrina maggioritaria ritiene che il requisito dell'assolutezza debba essere temperato attraverso il riferimento allo sforzo diligente esigibile per la diversa tipologia di obbligazione presa in considerazione<sup>41</sup>, ergo, il dovere di adempimento troverebbe un limite non solo nell'impossibilità ma anche nella cd. Inesigibilità<sup>42</sup>. Al contrario, il nostro codice ci fornisce un concetto ben preciso di eccessiva onerosità, delineandone sia i caratteri essenziali sia l'ambito di applicazione: si tratta di una soluzione presa ad esempio in altri ordinamenti<sup>43</sup>, recepita nel Codice europeo dei contratti<sup>44</sup>, accolta nei principi Unidroit<sup>45</sup>. Il rimedio trova applicazione anche nei contratti ad esecuzione periodica o continuata ovvero ad esecuzione differita<sup>46</sup> mentre è escluso nei contratti reali in cui la *datio* della *res* segna simultaneamente sia il perfezionamento che l'esaurimento del contratto. L'istituto trova applicazione anche nei contratti ad

---

<sup>40</sup> BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III Milano, 1948, pag. 265; MOSCO, voce Impossibilità sopravvenuta, pag. 426.

<sup>41</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, pag. 57. L'impossibilità deve essere oggettiva ma non anche assoluta, cioè non deve essere intesa nel senso naturalistico dell'espressione, come un impedimento all'esecuzione della prestazione che non possa in alcun modo essere vinto da forze umane ma la si deve intendere in senso economico, nel rapporto tra mezzi e fini: l'impossibilità è relativa alla specie di obbligazione entro la quale la prestazione è dedotta. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1995, pag. 532. L'impossibilità liberatoria ricorre tutte le volte in cui si verifica un impedimento non prevedibile e insuperabile da parte del debitore con lo sforzo diligente cui è tenuto.

<sup>42</sup> CABELLA-PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in Comm. Cod. civ., Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2002, pag. 9. la dottrina italiana mutua il concetto di inesigibilità dalle elaborazioni tedesche che hanno soddisfatto l'esigenza di limitare il dovere di adempimento anche rispetto al prodursi di sopravvenienze non strettamente riconducibili all'impossibilità sia attraverso una interpretazione estensiva delle norme in tema di impossibilità, sia facendo ricorso al principio della buona fede nell'esecuzione dei contratti. BESSONE, *Adempimento e ischio contrattuale*, Milano, 1969, pag. 160; GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, pag. 96.

<sup>43</sup> Una disciplina generale delle sopravvenienze onerose è prevista nel codice civile greco all'art. 388, in quello portoghese agli artt. 437-438, in quello russo e anche diversi paesi dell'America latina.

<sup>44</sup> L'art. 97 sancisce che non può considerarsi inadempiente il debitore la cui prestazione sia diventata particolarmente onerosa in seguito a fatti eccezionali e imprevedibili; l'art. 157 prevede il dovere di rinegoziazione quale rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta.

<sup>45</sup> Il principio è accolto dall'art. 6.2 in base al quale se l'adempimento diviene più oneroso per una delle parti il debitore si intende liberato solo se lo squilibrio sia stato determinato da accadimenti successivi alla conclusione del contratto e che possono definirsi eccezionali. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in *Europa e diritto privato*, 2002, pag. 35.

<sup>46</sup> TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in Enc. Dir. XXX, Milano, 1980, pag. 161.

effetto reale purchè, però, l'effetto sia differito<sup>47</sup> come pure nei cd. Vincoli preparatori e, in particolare, nel contratto preliminare e nell'opzione. Non rientrano nell'ambito applicativo della norma i contratti che per loro natura sono aleatori<sup>48</sup> e quelli resi tali dalle parti.

### **L'eccessiva onerosità sopravvenuta**

L'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta è disciplinato in modo organico all'interno del codice civile nella sezione dedicata alla risoluzione del contratto e, più precisamente, dagli artt. 1467, 1468 e 1469 c.c. La sua introduzione rappresenta una novità assoluta rispetto al codice precedente che non prevedeva alcuna norma che contemplasse oltre le classiche cause di scioglimento del contratto il principio della risolubilità o riduzione *ad aequitatem* dei contratti, in seguito al verificarsi di eventi che rendono particolarmente onerosa la prestazione del debitore. L'eccessiva onerosità, al pari della impossibilità sopravvenuta e dell'inadempimento, rappresenta una ipotesi di difetto funzionale della causa<sup>49</sup> in quanto lo squilibrio delle prestazioni determina una anomalia nel funzionamento della corrispettività, impedendo così, la realizzazione del risultato economico giuridico cui il contratto era diretto<sup>50</sup>. Dalla Relazione al Re (n. 655) si evince come le disposizioni sull'eccessiva onerosità rappresentassero la consacrazione definitiva del principio generale della implicita soggezione dei contratti alla *clausola rebus sic stantibus*<sup>51</sup>, regola, peraltro, mai recepita dalle moderne codificazioni<sup>52</sup>. Il principio, a seguito di interventi di dottrina e giurisprudenza, subì un significativo ridimensionamento e fu utilizzato solo per attribuire rilevanza giuridica a eventi che presentassero le caratteristiche della eccezionalità e imprevedibilità che si verificavano in un momento successivo alla conclusione del contratto ( cd. Principio della

---

<sup>47</sup> TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, pag. 70; TARTAGLIA, voce *onerosità eccessiva*, op.cit., pag. 162 che fa l'esempio del contratto di vendita sottoposto a termine o a condizione sospensiva.

<sup>49</sup> La qualificazione dell'eccessiva onerosità quale difetto funzionale della causa non ha solo rilevanza teorica ma anche pratica nel caso ad esempio di determinazione dell'ambito di operatività di una clausola compromissoria. Il tema è stato sottoposto all'attenzione della Cassazione nel caso specifico di risoluzione di un contratto con un ente pubblico in merito alla fornitura di carburante. Secondo l'amministrazione convenuta la risoluzione per eccessiva onerosità riguardando la validità e non l'esecuzione del contratto non rientrava nell'ambito della clausola compromissoria che rimandava al Collegio arbitrale le problematiche relative alla interpretazione e esecuzione del contratto. Nella specie la Cassazione 27.05.1981 n. 3474 ha ritenuto che la domanda di risoluzione per eccessiva onerosità si qualificasse come controversia sull'esecuzione, in particolare l'eccessiva onerosità rompe il vincolo di corrispettività eliminando così la giustificazione causale che unisce le reciproche prestazioni legittimando la richiesta di scioglimento del contratto'.

<sup>50</sup> CASELLA G., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, pag. 5

<sup>51</sup> La clausola indica quel principio, sconosciuto nel diritto romano, in virtù del quale i contratti di durata restano vincolati alla permanenza dei presupposti di fatto che hanno indotto le parti alla conclusione del contratto.

<sup>52</sup> Si tratta di una clausola che avrebbe minacciato alla certezza dei rapporti negoziali ed è legata ad una forte concezione volontaristica, BARANTI, *La clausola rebus sic stantibus*, Firenze, 1989, pag. 26 per il quale la clausola de qua presupporrebbe una tacita volontà delle parti; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, Torino, 1930, pag. 235, per l'autore la clausola sarebbe espressione di un principio legale di equità.

sopravvenienza). La questione, in verità, ha assunto maggiore importanza in occasione del primo conflitto mondiale quando l'inflazione raggiunse livelli elevati e la depressione economica era imperante: risalgono proprio a questo periodo i primi interventi legislativi in materia<sup>53</sup>. Tuttavia, questa legislazione d'emergenza fu successivamente abrogata da coloro che sostenevano l'estraneità della clausola *rebus sic stantibus* all'ordinamento. L'acceso dibattito dottrinale ha influito significativamente sulla formulazione degli art. 1467- 1469 del codice vigente, dai quali si evince la cautela utilizzata dal legislatore nel disciplinare un istituto che, grazie alla sua portata innovativa, avrebbe potuto mettere in crisi la clausola *pacta sunt servanda* minando la sicurezza e la stabilità delle contrattazioni<sup>54</sup>.

### **LA RATIO DELL'INTRODUZIONE DELLA ECCESSIVA ONEROSITA'**

In seguito alla previsione dell'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c. diverse sono state le argomentazioni utilizzate dalla dottrina moderna per spiegare il fondamento della sua introduzione. Diverse le teorie scaturite dal dibattito dottrinale, tutte accomunate dal fatto che ricollegano il rimedio in esame all'elemento essenziale della causa e ai concetti di equità e solidarietà. Tra queste diverse teorie meritano attenzione quelle che si basano sui criteri dell'equilibrio e dell'attuabilità. I sostenitori di quest'ultimo indirizzo ravvisano la *ratio* dell'istituto nel principio in virtù del quale il creditore non può esigere la prestazione dedotta nel contratto laddove questa dovesse diventare particolarmente gravosa per il debitore, sulla scorta dei principi di equità e buona fede che impediscono di costringere una delle parti a sacrifici sproporzionati all'entità e alla natura della prestazione stessa. Semplificando, il criterio di valutazione dell'eccessiva onerosità è interno alla prestazione nel senso che la valutazione va fatta comparando la prestazione originaria con quella dovuta al momento dell'adempimento, prescindendo, dunque, dal rapporto sinallagmatico. Ebbene, l'entità dell'eccessiva onerosità non si evincerebbe dal confronto tra le reciproche prestazioni ma in riferimento ad un *tertium comparationis*, estraneo al negozio, rappresentato dalla moneta quale unità di misura idonea da sola ad indicare il mutamento di valore della prestazione dovuta<sup>55</sup>. La teoria dell'attuabilità se da un lato permette una ricostruzione unitaria delle sopravvenienze in quanto è in grado di individuare sia per le ipotesi di

---

<sup>53</sup> L'art. 1 d.l. 27.05.1915, n. 730 introdusse il rimedio dell'eccessiva onerosità equiparandola, sotto il profilo delle conseguenze all'impossibilità sopravvenuta: ' la guerra è considerata caso di forza maggiore non solo quando rende impossibile la prestazione ma anche quando la rende eccessivamente onerosa..

<sup>54</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, pag. 3.

<sup>55</sup> GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, 1960, pag. 420; TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, pag. 46.

cui all'art. 1467 c.c. (contratti a prestazioni corrispettive) sia per le ipotesi di cui all'art. 1468 c.c. (contratti unilaterali) lo stesso fondamento, dall'altro, non è allo stesso modo in grado di fornire una soluzione soddisfacente per le ipotesi di svilimento della controprestazione. Se l'istituto *de quo* tutela il debitore che non deve essere costretto a sacrifici sproporzionati alla natura e all'entità della prestazione la perdita economica subita a causa della perdita di valore della controprestazione integra gli estremi di uno sforzo inesigibile poiché la prestazione dovuta non ha mutato le sue caratteristiche originarie. Più idonea a risolvere questo problema si rivela, invece, la teoria dell'equilibrio<sup>56</sup> per la quale la *ratio* dell'istituto risiederebbe nell'esigenza di mantenere l'originaria proporzione tra le prestazioni dedotte in contratto per cui nel caso si dovesse verificare una loro alterazione, dovuta a eccessiva onerosità o svilimento della controprestazione, il contratto può essere risolto o ricondotto ad equità. Parte della dottrina<sup>57</sup> fa riferimento ad un concetto di equilibrio eccessivamente oggettivo prendendo come parametro il valore economico delle prestazioni al momento della conclusione del contratto, altra parte della dottrina<sup>58</sup>, invece, applica un concetto di equilibrio soggettivo nel senso che va valutato il rapporto di reciproca convenienza voluto dalle parti, prescindendo, dunque, dal solo valore economico delle prestazioni. Per diversa opinione il giudizio di eccessiva onerosità non può esaurirsi nella mera comparazione di valori economici ma deve tener conto dell'economia generale del contratto<sup>59</sup>. La teoria dell'equilibrio mal si attaglia all'art. 1468 c.c. che disciplina i contratti con prestazioni unilaterali e, proprio per questo motivo, le si rimprovera di infrangere l'unità dogmatica dell'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. A una simile critica i suoi sostenitori hanno replicato affermando che l'art. 1468 c.c. ha una sfera di applicazione differenziata rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive e che, pertanto, si fonderebbe su una *ratio* completamente diversa<sup>60</sup>. Orbene, se la *ratio* dell'art. 1467 c.c. risiede nella necessità di un intervento normativo in caso di significative alterazioni del sinallagma contrattuale, la *ratio* dell'art. 1468 c.c. risiede nel mantenere un rapporto equilibrato tra soggetto obbligato e la prestazione oggetto del suo obbligo, in tal caso l'eccessiva onerosità va valutata confrontando la prestazione al momento dell'assunzione dell'obbligo e quella al momento dell'esecuzione. Gli accesi dibattiti dottrinali in merito alla *ratio* dell'istituto non hanno avuto

---

<sup>56</sup> BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, VI, 1960, pag. 334 secondo il quale l'onerosità va concepita come quell'ostacolo all'adempimento della prestazione che deriva da un divario o da un perturbamento dell'equilibrio patrimoniale determinatosi tra prestazione dovuta e controprestazione.

<sup>57</sup> BUFFA, *Di alcuni principi interpretativi in materia di risoluzione per eccessiva onerosità*, 1948, pag. 89; COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, pag. 397.

<sup>58</sup> BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, VI, 1960, pag. 148, l'autore come OSTI ritiene che tra le prestazioni vi debba essere quel rapporto di valore originariamente voluto dalle parti.

<sup>59</sup> DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950, pag. 23 il concetto di eccessiva onerosità si amplia sino a ricomprendere anche le ipotesi in cui essa si presenta come disagio dell'oneroso a vincolarsi a un contratto di accresciuta entità ed eventualmente sproporzionato alla sua potenzialità economica.

<sup>60</sup> BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, VI, 1960, pag. 150. l'art. 1467 c.c. avrebbe una funzione dogmatica diversa dall'art. 1468 che si applicherebbe solo ai contratti gratuiti.



alcuna influenza sulla giurisprudenza che sin dalle sue prime pronunce ha ravvisato il fondamento dell'istituto nella volontà del legislatore di approntare uno strumento di tutela contro il sopravvenuto squilibrio delle prestazioni<sup>61</sup>. Aderendo sostanzialmente alla teoria dell'equilibrio, la giurisprudenza ravvisa nell'art. 1467 c.c. un principio generale in virtù del quale un rapporto giuridico patrimoniale non può essere mantenuto in vita nel caso in cui dovessero mutare in misura significativa le originarie condizioni di equilibrio<sup>62</sup>. Affinché il rimedio possa operare è necessario che eventi straordinari ed imprevedibili alterino, significativamente, l'originario rapporto di equivalenza sul valore di una prestazione rispetto all'altra<sup>63</sup>.

### **Ambito di applicazione**

A norma dell'art. 1467 c.c. nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle due parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti previsti dall'art. 1458 c.c. La risoluzione non può essere richiesta se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. L'art. 1468 c.c. prevede che, nelle ipotesi previste dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto con obbligazioni a carico di una sola parte, questa può richiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modifica delle modalità di esecuzione sufficiente a ricondurla ad equità. Il rimedio non si applica, a norma dell'art. 1469 c.c., ai contratti aleatori per loro natura o resi tali dalle parti. Ebbene, dalla normativa codicistica si evince chiaramente che il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta opera solo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, non si deve trattare di contratti aleatori, l'onerosità deve essere eccessiva. Delle differenze si riscontrano, piuttosto, in riferimento alla tipologia del contratto: mentre nei contratti sinallagmatici l'ordinamento prevede due rimedi, esperibili in via alternativa, dal debitore (risoluzione, riduzione ad equità), nei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte gli si nega la possibilità di richiedere la risoluzione del contratto consentendogli solo la possibilità di chiedere o una riduzione della sua prestazione o una modifica delle modalità di esecuzione, sufficiente a ricondurlo ad equità. La *ratio* di questo diverso trattamento risiede nella considerazione che se il legislatore consentisse la risoluzione dei contratti previsti dall'art. 1333 c.c., il rimedio finirebbe

---

<sup>61</sup> Cass. civ. 23.5.1988, n. 3575 l'eccessiva onerosità implicherebbe per il debitore un sacrificio sproporzionato rompendo l'economia del contratto e l'equilibrio tra prestazioni corrispettive.

<sup>62</sup> Cass. civ. 11.11.1986, n. 6584, RFI, 1986, Comunione e condominio, n. 433.

<sup>63</sup> Cass. civ. 13.2.1995, n. 1559, RFI, 1995, contratto in genere, 1995, n. 521.

per eliminare l'obbligo assunto dal promittente senza alcuna tutela per la controparte<sup>64</sup>. L'art. 1468 c.c. sarebbe mal formulato e, anche la promessa con obbligazioni a carico di una sola parte potrebbe essere risolta senza inconvenienti se prevenisse ogni disturbo o sacrificio della controparte: la promessa condizionata al fatto del promissorio potrebbe essere risolta se integra la garanzia prestata per il terzo che potrebbe essere risolta prima che il credito sia accordato al terzo<sup>65</sup>. Non si può non tener conto di quell'autorevole orientamento dottrinale secondo il quale il contratto a prestazioni corrispettive sarebbe sottratto alla disciplina dell'art. 1467 c.c. tutte le volte in cui una delle due prestazioni è stata eseguita, in tal caso si potrebbe applicare la disciplina dell'art. 1468 c.c. sulla scorta della considerazione che quando un contratto sinallagmatico viene eseguito *ex uno latere* la situazione che si viene a creare rievoca quella di cui all'art. 1468 c.c. Pregio di questa ricostruzione, che fa una applicazione analogica del rimedio della revisione contrattuale alla fattispecie in esame, è quello di evitare il sorgere di obbligazioni restitutorie da indebitato o da arricchimento conseguenti alla risoluzione di un contratto totalmente adempiuto da una delle parti<sup>66</sup>. La soluzione non pare essere condivisa né dalla giurisprudenza<sup>67</sup> né dottrina maggioritaria la quale ritiene che si deve sempre prendere in considerazione la funzione commutativa originaria del contratto, quindi anche se una sola prestazione viene eseguita i rimedi esperibili sono sempre quelli di cui all'art. 1467 c.c. L'orientamento è confermato da un caso nel quale in riferimento ad un contratto istitutivo di un diritto di passaggio di fornitura idrica attraverso canali di irrigazione si lamentava l'eccessiva onerosità sopravvenuta a carico del concedente, in conseguenza della dichiarazione di demanialità delle acque. Nell'occasione la Corte ha avuto modo di precisare che la circostanza che una prestazione fosse già interamente eseguita all'atto della conclusione del contratto mediante il pagamento in unica soluzione non giustifica l'applicazione analogica del rimedio ex art. 1468 c.c. in considerazione del fatto che il contratto sebbene eseguito *ex uno latere*, non può perdere la sua struttura di negozio a prestazioni corrispettive<sup>68</sup>. Non si riscontrano pronunce che abbiano fatta applicazione analogica dell'art. 1468 c.c., vi sono però sentenze che escludono, esplicitamente, l'operatività del rimedio in tema di mutuo, in tema di singole clausole contrattuali<sup>69</sup> e, ancora, in tema di contratti di borsa a premio dont<sup>70</sup>; altre sentenze, pur ritenendo applicabile in astratto il

---

<sup>64</sup> Se il fideiussore dovesse mai ottenere la risoluzione del contratto, farebbe venir meno, unilateralmente, la garanzia del credito a discapito dell'altra parte che aveva fatto pieno affidamento nella sua garanzia personale.

<sup>65</sup> SACCO, *Il contratto*, pag. 985 e SACCO DE NOVA *Trattato di diritto privato*, pag. 535.

<sup>66</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, pag. 57.

<sup>67</sup> Cass. 16.6.1983, n. 4141, RFI, 1983, *Contratto in genere*, n. 244. si esclude l'applicazione analogica dell'art. 1468 c.c. ai contratti a prestazioni corrispettive in cui la prestazione di una delle parti sia stata interamente eseguita. In particolare si esclude il ricorso alla disciplina dell'art. 1468 in relazione alla clausola penale prevista a carico di una sola parte nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive.

<sup>68</sup> Cass. 11.6.1991, n. 6616.

<sup>69</sup> Cass. 10.1.1986, n. 74 in relazione ad una clausola che disciplinava le restituzioni conseguenti alla inefficacia del contratto per mancato avveramento della condizione sospensiva.

<sup>70</sup> Cass. 27.11.1990, n. 11412.

rimedio della riduzione ad equità, non ne ravvisano nelle fattispecie i presupposti per la sua applicazione<sup>71</sup>. E' opportuno segnalare che le norme contenute nella sezione dedicata alla risoluzione del contratto non sono isolate ma rappresentano l'emersione di un principio generale che, con elementi di specialità, trova applicazione in ipotesi particolari. Esistono altre norme speciali che disciplinano il fenomeno dell'eccessiva onerosità: in materia di appalto l'art. 1664 c.c. prevede la revisione del prezzo allorché per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto; ancora procedure di rettifica dei costi sono previsti in materia di forniture pubbliche<sup>72</sup>, in tema di contratto di assicurazione gli artt. 1897 e 1898 c.c. disciplinano gli effetti della diminuzione o dell'aumento del rischio dell'assicurato; in tema di clausola penale l'art. 1384 c.c. consente al debitore di chiedere la riduzione della penale qualora il suo ammontare sia manifestatamente eccessivo e, infine, le disposizioni relative all'adeguamento automatico del canone nei contratti di locazione<sup>73</sup> e quelle sulla 'scala mobile' in tema di rapporto di lavoro subordinato.

### **Presupposti**

Il primo requisito dell'eccessiva onerosità si fonda su di un criterio d'ordine quantitativo : ai fini dell'applicabilità del rimedio non è sufficiente che la prestazione dedotta in contratto sia divenuta onerosa ma è necessario che sia diventata 'eccessivamente' onerosa. In merito al concetto di onerosità, nonostante i molteplici richiami, nessuna norma del codice civile ne fornisce una definizione, lasciando il compito all'interprete che è tenuto ad effettuare una valutazione obbiettiva del concetto di eccessiva onerosità, una valutazione, dunque, che prescinde da ogni elemento soggettivo quale la situazione economica del debitore. La nozione di eccessiva onerosità deve essere inquadrata su basi esclusivamente oggettive. Autorevole dottrina ritiene che l'eccessiva onerosità sopravvenuta non può essere considerata una forma di responsabilità relativa ovvero una ipotesi di impossibilità attenuata, ridotta in senso quantitativo rispetto a quella assoluta poiché, pur se resa onerosa da circostanze oggettive la prestazione è sempre possibile. Il concetto di onerosità è autonomo e va ricostruito in considerazione della *ratio* dell'istituto che risiede nell'esigenza di

---

<sup>71</sup> Cass. 26.11.1994, n. 10062 in relazione ad un patto di non concorrenza.

<sup>72</sup> r.d. 13.6.1940, n. 901 convertito in l. 26.10.1940, n. 1676.

<sup>73</sup> Art. 24, l. 27.7. 1978, n. 392.

mantenere l'originaria proporzione tra le prestazioni. Alla luce di quanto appena affermato si deve concludere che per eccessiva onerosità deve intendersi quella alterazione macroscopica dell'entità della prestazione causata da eventi eccezionali ed imprevedibili<sup>74</sup>. Il criterio prevalente di valutazione dell'eccessiva onerosità sarebbe dato quindi dal confronto, monetario, della prestazione dovuta con la controprestazione al momento della conclusione del contratto. Una simile ricostruzione, tuttavia, non offre esatte indicazioni sull'effettivo contenuto dell'equazione eccessiva onerosità squilibrio delle prestazioni, senza contare, poi, che questo squilibrio può essere determinato da due diverse ipotesi: o si verifica un aumento dell'onerosità della prestazione o uno svilimento del valore della controprestazione. Anche la dottrina avverte l'esigenza di individuare un criterio di valutazione del rimedio *de quo* che metta al riparo da incongruenze cui può portare una impostazione ricollegata ad una generica ed astratta nozione di macroscopico squilibrio tra le prestazioni. In assenza di parametri legislativi il requisito dell'eccessiva onerosità viene valutato dal giudice che opera entro certi spazi di discrezionalità<sup>75</sup>. Nelle poche ipotesi in cui la giurisprudenza è stata chiamata ad affrontare la questione relativa alla valutazione della misura dell'onerosità l'indagine si è soffermata sul fenomeno inflattivo senza l'individuazione preventiva di parametri di riferimento<sup>76</sup>. In relazione a contratti preliminari aventi ad oggetto terreni, la Suprema Corte<sup>77</sup> ha ritenuto che fosse diventato eccessivamente oneroso per il promittente alienante il trasferimento del terreno a seguito di sanzioni amministrative a carico dei venditori del terreno abusivamente lottizzato; ancora, ha ritenuto eccessivamente onerosa la prestazione del promittente venditore a fronte del quadruplicarsi del valore dei terreni agricoli oggetto del contratto<sup>78</sup>, come pure ha ritenuto evento straordinario ed imprevedibile ai fini della risoluzione per eccessiva onerosità l'aumento dei costi di costruzione dovuta ad una inflazione del 52 %.<sup>79</sup> Ai fini della operatività del rimedio in esame l'onerosità oltre ad essere eccessiva deve essere determinata, per esplicita previsione normativa (art. 1467 c.c.), da fatti straordinari ed imprevedibili. Il concetto di straordinarietà fa riferimento alla bassa probabilità di verificazione di un evento, si tratta, dunque, di un concetto di natura obiettiva che attiene alla contrapposizione straordinario/ordinario, che ha riguardo a leggi causale, quanto meno di carattere statistico. Diversamente, la prevedibilità avrebbe carattere soggettivo perché riguarderebbe la sfera conoscitiva delle parti e si riferirebbe alla capacità dei contraenti di rappresentarsi come probabile la verificazione di un determinato evento quale conseguenza o sviluppo di un preciso atto, fatto o situazione. Non si registrano contrasti tra dottrina

---

<sup>74</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, pag. 130.

<sup>75</sup> PUNZI, *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, RDC, 1968, pag. 1247.

<sup>76</sup> Cass. 30.10.1991, n. 11637, FI, 1992.

<sup>77</sup> Cass. 9.6.1987, n. 5036, GI, 1988.

<sup>78</sup> Cass. 26.6.1994, n. 4249, FI, 1994.

<sup>79</sup> Cass. 29.4. 2000, n. 1983, GI, 2000.

e giurisprudenza in merito alla nozione e alla portata dei suddetti criteri. La Suprema Corte, nel confermare che la sussistenza o meno dei requisiti della straordinarietà e della imprevedibilità che spettano al giudice di merito non sono sindacabili in sede di legittimità se sorrette da valide motivazioni e immuni da vizi, precisa che i due criteri vanno tenuti ben distinti e non sono sovrapponibili in quanto l'uno, la straordinarietà, ha carattere oggettivo, l'altro, l'imprevedibilità, invece, ha natura soggettiva<sup>80</sup>. È necessaria, ai fini dell'applicabilità del rimedio, la presenza simultanea sia del requisito della straordinarietà che di quello della imprevedibilità, che pur avendo diversa natura possono combinarsi nello stesso evento: lo scoppio di una guerra ad esempio è al contempo sia un evento straordinario in quanto fuoriesce da una normale evoluzione degli eventi sia un evento imprevedibile in quanto non prevedibile dai contraenti. Tuttavia, può anche accadere, che un evento anche se straordinario può risultare prevedibile: è molto probabile che ad una guerra faccia seguito una grave crisi economica. I requisiti della straordinarietà e della prevedibilità possono riguardare non solo l'evento in sé ma anche la sua misura e l'entità, nel senso che un fatto prevedibile al momento della conclusione del contratto può verificarsi in misura eccezionale ed imprevedibile<sup>81</sup>. Le categorie in esame non state previste dal legislatore in astratto poichè ha fatto riferimento ad una accezione relativa da valutarsi caso per caso con particolare riguardo al contesto in cui l'accordo si è perfezionato<sup>82</sup>. Va rilevato, però, che ogni evento straordinario può essere genericamente prevedibile: il contraente può rappresentarsi la probabilità che a breve o lungo termine si verificheranno fatti straordinari; l'art. 11467 c.c. fa riferimento a previsioni dotate di un maggiore margine di specificità e certezza. In tal senso un evento può considerarsi prevedibile quando i contraenti sono in grado non solo di prevedere la possibile sopravvenienza ma anche di determinarne la portata e l'entità nonché gli effetti e l'incidenza sull'equilibrio contrattuale. Il parametro di riferimento è quello dell'uomo medio cioè dell'uomo di normale diligenza che eserciti quel particolare ramo di attività del contraente che chiede la risoluzione (cd. Previsione in concreto)<sup>83</sup>. È ovvio che quanto maggiore si fa la distanza nel tempo dell'evento al quale viene riferito il giudizio di probabilità, tanto minore risulta la prevedibilità dell'evento al momento della conclusione del contratto.

---

<sup>80</sup> Cass. 12. 4. 1987. n. 2345.

<sup>81</sup> È il caso di una svalutazione monetaria in atto al momento della stipula a cui fa seguito una inflazione in misura assolutamente eccezionale ed imprevedibile.

<sup>82</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, pag. 151.

<sup>83</sup> SACCO, *Il contratto*, pag. 998 secondo il quale l'eccessiva onerosità va riferita alla prestazione considerata oggettivamente e non alla condizione soggettiva in cui si trova il debitore. Cass. 23. 3. 1991, n. 1944.

## ECCESSIVA ONEROSITA' SOPRAVVENUTA E IMPOSSIBILITA': DIFFERENZE.

Le continue e diverse interpretazioni del concetto di impossibilità sopravvenuta, che sono passate da una impossibilità *strictu sensu* e quindi in senso oggettivo e assoluto a un concetto più temperato, ha comportato una notevole incertezza nella determinazione dei rapporti tra l'istituto della eccessiva onerosità e quello della impossibilità sopravvenuta di cui agli artt. 1218, 1256, 1463 c.c.<sup>84</sup>. Non è mancato chi ha ritenuto che i due istituti presentassero delle somiglianze sull'assunto che entrambi fanno riferimento al concetto di difficoltà della prestazione<sup>85</sup> e alla reazione dell'ordinamento al verificarsi di certi aggravii della prestazione<sup>86</sup>. Altri ritengono che il rigore generale dell'art. 1218 c.c. in virtù del quale il debitore inadempiente non è tenuto al risarcimento solo in caso di impossibilità sopravvenuta, dovrebbe essere letto in combinato disposto con gli artt. 1467 c.c. ss di guisa che verrebbe stemperato dalla disciplina speciale sull'eccessiva onerosità, con la conseguenza che il debitore potrebbe difendersi eccependo non solo l'impossibilità sopravvenuta ma anche l'eccessiva onerosità<sup>87</sup>. Alle due ricostruzioni bisogna, però, preferirne una terza che sostiene l'esigenza di mantenere distinte le due figure sull'assunto che mentre l'eccessiva onerosità tutela il debitore in caso di sproporzione dei valori economici, l'impossibilità sopravvenuta prescinde dai valori economici e fa riferimento all'impossibilità materiale di eseguire la prestazione<sup>88</sup>. L'eccessiva onerosità sopravvenuta potrebbe tramutarsi in impossibilità solo laddove la sua entità è tale da snaturare la prestazione originaria trasformandola in una nuova e diversa<sup>89</sup>. Opinione, quest'ultima, condivisa da quella parte della dottrina secondo la quale l'eccessiva onerosità sopravvenuta sarebbe un istituto 'che si esprime al di fuori del tema della responsabilità debitoria, nell'affermazione di un diverso principio di equilibrio economico equilibrio sul quale può incidere anche solo la variazione del valore della controprestazione. D'altra parte, pur quando consiste in un mutato costo della prestazione, l'eccessiva onerosità rimane sempre una nozione che esprime un mutato rapporto di valori e cioè un'anomala sproporzione tra costo originario e costo successivo. Da questa nozione si distacca quindi chiaramente quella di impedimento della prestazione quale sopravvenuto ostacolo superiore allo sforzo diligente richiesto al debitore. Da tale impostazione discende che, traducendosi l'impossibilità sopravvenuta e l'eccessiva onerosità in criteri operanti su piani distinti, è possibile che la stessa ipotesi si qualifichi come impedimento giustificativo della

---

<sup>84</sup> ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta*, pag. 1249.

<sup>85</sup> GAMBINO, op. cit. pag. 440

<sup>86</sup> COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore, Problemi generali*. Milano, 1955, pag. 130.

<sup>87</sup> OSILIA, *Eccessiva onerosità ed impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Genova, 1950, pag. 43.

<sup>88</sup> REDENTI, *Sulla nozione*, pag. 347.

<sup>89</sup> TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*. RTPC, 1970, pag. 531.

prestazione e ricada insieme nello schema dell'eccessiva onerosità<sup>90</sup>. In nessun caso il *discrimen* tra le due figure può dipendere dalla natura dell'avvenimento sopravvenuto poiché lo stesso avvenimento, straordinario ed imprevedibile, può essere causa di risoluzione contrattuale, indistintamente, sia per impossibilità che per eccessiva onerosità sopravvenuta. Al fine, può risultare utile, piuttosto un'analisi della struttura della prestazione: se l'evento sopravvenuto comporta una modifica materiale della stessa trasformandola in una diversa e più gravosa rispetto a quella dedotta in contratto il debitore potrà chiedere la risoluzione ex art. 1463 c.c. se invece, l'evento sopravvenuto turba l'equilibrio contrattuale aumentando in modo considerevole e sproporzionata la prestazione dovuta senza modificare la condotta materiale che il debitore deve adottare si potrà ricorrere al rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Successivamente alla chiusura del canale di Suez nel 1956 un vettore, che aveva assunto l'obbligo di trasportare merci da Napoli a Mogadiscio, giustificò l'inadempimento allegando in via principale l'impossibilità sopravvenuta e, in subordine, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione; il Tribunale investito accolse la domanda principale e dichiarò il contratto risolto ai sensi dell'art. 1463 c.c.<sup>91</sup>. Successivamente, una questione simile è stata risolta con un lodo arbitrale promosso dall'AGIP spa che a seguito della crisi del settore petrolifero e del forte aumento del greggio sospendeva la periodica fornitura di gasolio alla Compagnie Generale Mediterraneenne de Combustibles pour Soutes et Industries che, ovviamente, presentava richiesta di risarcimento danni. Anche in questo caso l'AGIP resistette alla richiesta allegando in via principale l'impossibilità sopravvenuta e, in via subordinata, l'eccessiva onerosità. Il collegio arbitrale rigetto la domanda principale dell'AGIP basandosi sulla nozione tradizionale di impossibilità della prestazione, quale impedimento oggettivo ed assoluto, accogliendo, invece la richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta dovuta ad eventi bellici<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> BIANCA, *Inadempimento*, pag. 144. l'impossibilità sopravvenuta può anche essere data da un eccessivo sacrificio economico del debitore, ma solo se si tratti di un sacrificio che supera lo sforzo diligente dovuto in quanto del tutto anormale rispetto al risultato dovuto.

<sup>91</sup> Trib. Genova, 8.4.1959, DM, 1960, 507; nello stesso senso Cass. 18.9.1961, n. 2029, GC, 1962, I; pag. 87.

<sup>92</sup> Lodo arb. 26.1.1971, GI, 1972, I, 2, pag. 692.

## LA CONVENZIONE DI VIENNA E L'ECESSIVA ONEROSITA'

L'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta non trova alcun esplicito riferimento nella Convenzione di Vienna che disciplina la vendita internazionale di beni mobili ed è stata firmata da tutti i paesi aderenti alle Nazioni Unite, Italia compresa<sup>93</sup>. L'art 79 rubricato cause di esonero prevede che 'una parte non è responsabile per l'inadempimento di una delle sue obbligazioni se prova che l'inadempimento era dovuto ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo e che non era ragionevolmente tenuto a prevedere al momento della conclusione del contratto o ad evitare e a superare le conseguenze'. La dottrina maggioritaria ritiene che nell'art. 79 non rientri anche l'eccessiva onerosità sulla scorta della considerazione che il succitato articolo usa il termine impedimento che, essendo paragonabile al concetto di impossibilità, esclude tutte quelle ipotesi in cui la prestazione non è impossibile ma solo eccessivamente onerosa per il debitore<sup>94</sup>. L'opinione non è condivisa da coloro che ritengono opportuno dover distinguere il problema della rilevanza della eccessiva onerosità da quello degli effetti che possono derivare al rapporto contrattuale. Secondo questo diverso orientamento la dicitura dell'art. 79 non si limita a ricomprendere solo i casi di impossibilità oggettiva e assoluta ma anche tutti quei casi in cui, pur essendo materialmente e giuridicamente possibile, risulta onerosa al punto che pretenderla risulterebbe irragionevole<sup>95</sup>. Alla luce di quanto appena evidenziato, dunque, in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione il debitore non potrebbe chiedere la risoluzione o revisione del contratto ma la potrebbe invocare come causa esimente del proprio adempimento<sup>96</sup>. La giurisprudenza domestica ha aderito al primo orientamento ritenendo che l'eccessiva onerosità non rientri tra le cause di risoluzione del contratto<sup>97</sup>. A questa soluzione si è giunti attraverso l'analisi dell'art. 4 della Convenzione medesima che delimita l'ambito di applicazione *ratione materiae* della normativa uniforme, stabilendo che vi rientrano la formazione del contratto di vendita e i diritti ed obblighi che esso fa sorgere in capo alle parti mentre restano esclusi gli aspetti inerenti la validità del contratto e gli effetti che lo stesso può avere sulla proprietà delle merci vendute. La sentenza arriva a questo risultato adducendo che l'eccessiva onerosità sopravvenuta non attiene né alla validità del contratto né agli effetti traslativi della proprietà delle merci, tanto più che il rimedio

---

<sup>93</sup> L. 11.12.1985, n. 765 entrata in vigore l'1.1.1988.

<sup>94</sup> TALLON, in BIANCA e BONELL, op. cit., pag. 591.

<sup>95</sup> BONELL, *Force majeure, e hardship nel diritto uniforme della vendita*, DCI, 1991, pag. 543.

<sup>96</sup> BONELL, *La prima decisione italiana in tema di Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, 1994, I; pag. 148; in senso contrario DE NOVA, *Risoluzione per eccessiva onerosità e Convenzione di Vienna*, pag. 580.

<sup>97</sup> Trib. Monza 14.1.1993, GI, 1994, I, 2, pag. 146. la questione riguardava una domanda di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di un contratto stipulato nel 1988 tra una società italiana ed una svedese ed avente ad oggetto la consegna di ingenti quantità ad opera della prima di ferracromo. La richiesta si basava sulla considerazione che il tempo intercorso tra la data di conclusione e quella di esecuzione del contratto il ferracromo aveva subito un forte rialzo del prezzo.



risolutorio non risulta espressamente contemplato in nessuna norma della Convenzione, atteso che per il carattere speciale della legge uniforme non vi sarebbe spazio per una eventuale integrazione con la disciplina generale dettata dal codice civile agli artt. 1467 e segg.

### **L'impossibilità sopravvenuta nelle obbligazioni alternative**

Nel caso in cui una delle obbligazioni dedotta in contratto si configura come alternativa<sup>98</sup>, a fronte della prestazione di una parte si contrappone un'obbligazione oggettivamente complessa nella quale sono dedotte disgiuntamente due o più prestazioni<sup>99</sup>. Attraverso la scelta<sup>100</sup>, in genere operata dal debitore (ma che può essere anche fatta dal creditore o da un terzo ex art. 1286 c.c.) l'obbligazione alternativa si trasforma in obbligazione semplice. E' pacifico in dottrina che la scelta non ha effetti retroattivi e che, quindi, produce effetti *ex nunc* la concentrazione dell'obbligazione nella prestazione su cui cade<sup>101</sup>. Nei contratti con obbligazioni alternative e sinallagmatiche, nell'attesa della scelta ci sono tanti rapporti sinallagmatici quante sono le prestazioni dedotte in obbligazione, a seguito della scelta solo uno di questi prenderà forma. Nel lasso di tempo intercorrente tra la nascita dell'obbligazione e la scelta le sopravvenienze possono riguardare o tutte le prestazioni dedotte nel contratto o solo alcune di esse o, ancora, una sola di essa: nella prima ipotesi, prevista e disciplinata dall'art. 1290 c.c., nel caso in cui a scegliere sia il debitore, questi risponde per l'obbligazione divenuta impossibile se, al contrario, a scegliere è il creditore questi può scegliere l'equivalente dell'una o dell'altra<sup>102</sup>. Il nostro ordinamento disciplina con ben due articoli il caso in cui la sopravvenienza riguardi solo una delle prestazioni dedotte in obbligazione: il primo è l'art. 1288 c.c. in virtù del quale ' l'obbligazione alternativa si considera semplice se una delle due prestazioni non poteva formare oggetto di obbligazione o se è divenuta impossibile per causa non

---

<sup>98</sup> CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, Padova, 1997; GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto dell'obbligazione*, Napoli, 1999, pag. 218.

<sup>99</sup> BIANCA, *Diritto civile*, IV, pag. 123 secondo il quale si definiscono alternative quelle obbligazioni nelle quali sono previste due o più prestazioni e un solo adempimento; l'alternatività può trovare fonte o nella volontà delle parti o in un provvedimento del giudice. Nel diritto inglese il termine alternatives indica sia le c.d. contract options sia le c.d. performance options. Le prime ricorrono quando sono presenti due o più prestazioni in alternativa tra loro le seconde prevedono, invece, diverse modalità di esecuzione di una stessa prestazione. L'impossibilità sopravvenuta non conduce alla frustation nel caso di performance option mentre può determinarla nel contract option: nella prima ipotesi una volta optato per una delle prestazioni, l'impossibilità sopravvenuta di quest'ultima determina il discharge of the contract; nell'ipotesi della performance option, invece, l'impossibilità sopravvenuta di una delle modalità di esecuzione non comporta il discharge e, pertanto, il contratto deve essere eseguito secondo una delle modalità ancora possibili.

<sup>100</sup> RUBINO, *Delle obbligazioni*, pag. 59. L'autore nega la natura negoziale dell'atto di scelta. Contra DI MAJO, INZITARI, voce *Obbligazioni*, pag. 219 distingue le ipotesi a seconda che la scelta sia fatta dal debitore, dal creditore o addirittura ad un terzo assegnandole natura negoziale nel primo e di atto di arbitraggio nel secondo.

<sup>101</sup> RUBINO, *Delle obbligazioni*, op. cit., pag. 53; DI MAJO, INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*, pag. 219; CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, pag. 106.

<sup>102</sup> AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, 2004, pag. 127.

imputabile a nessuna delle parti<sup>103</sup>; l'art. 1289 c.c., in riferimento all'impossibilità colposa, distingue a seconda che la scelta spetti al debitore o al creditore e a seconda dell'imputabilità della sopravvenienza<sup>104</sup>. Le norme appena citate si applicano per espressa previsione dell'art. 1291 c.c. nelle obbligazioni con alternativa multipla cioè quando le prestazioni sono più di due, nell'eventualità l'impossibilità di una delle prestazioni non comporterà la concentrazione ma eviterà che la scelta cada sulla prestazione colpita, non incidendo in alcun modo il nesso di alternatività riguardo alle prestazioni residue<sup>105</sup>. Tali regole hanno una estensione molto meno ampia rispetto alle tante ipotesi in cui l'impossibilità può manifestarsi nelle obbligazioni alternative<sup>106</sup>, senza considerare che non sono state esaminate le ipotesi diverse dall'impossibilità. Considerando le sole sopravvenienze non imputabili emergono due questioni: la prima riguarderebbe l'individuazione della disciplina applicabile in caso di simultanea impossibilità totale non imputabile di tutte le prestazioni dedotte in obbligazione sia sotto il profilo dell'obbligazione isolatamente considerata sia sotto quello del contratto a prestazioni corrispettive in cui questa si inserisce; la seconda farebbe riferimento all'incidenza delle sopravvenienze diverse dall'impossibilità sulle obbligazioni alternative. In riferimento alla prima questione si è affermato che l'omessa previsione di una disposizione per il caso della sopravvenuta impossibilità non imputabile di tutte le prestazioni disgiuntivamente dedotte, deve giustificarsi in base al fatto che, trovando già applicazione l'art. 1256 c.c., essa risulterebbe una ripetizione<sup>107</sup>. La simultanea impossibilità non imputabile di tutte le prestazioni dedotte in alternativa determina l'estinzione dell'obbligazione, la risoluzione nel contratto a prestazioni corrispettive anche se quest'ultima è sempre disciplinata dall'art. 1463 c.c. anche nel caso in cui tutte o solo alcune delle attribuzioni si configurano come prestazioni di dare cose specifiche: in tal caso, però, l'operatività dell'art. 1465 c.c. si esclude sul presupposto che precedentemente alla scelta la concentrazione ancora non è avvenuta e, quindi, non può considerarsi avvenuto nemmeno il trasferimento di nessuno dei diritti disgiuntamente previsti<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> BUTERA, *Il codice civile italiano, Libro delle obbligazioni*, I, 1, Torino, 1943, pag. 217, l'autore osserva come nel codice abrogato mancasse una disposizione simile ma si limitava a prevedere all'art. 1179 solo l'impossibilità originaria.

<sup>104</sup> Nel caso in cui la scelta spetta al debitore l'art. 1289, comma I, prevede che l'obbligazione alternativa diviene semplice se una delle prestazioni diventa impossibile anche per causa a lui non imputabile. Se una delle prestazioni diventa impossibile per colpa del creditore, il debitore è liberato dall'obbligazione, qualora non preferisca eseguire l'altra prestazione e chiedere il risarcimento dei danni. Nel caso in cui, invece, la scelta spetta al creditore, si applica l'art. 1289 comma II in virtù del quale il debitore è liberato dall'obbligazione se una delle due prestazioni diviene impossibile per colpa del creditore, salvo che questi preferisca esigere l'altra prestazione e risarcire il danno. Se dell'impossibilità deve rispondere il debitore, il creditore può scegliere l'altra prestazione o esigere il risarcimento del danno.

<sup>105</sup> BIANCA, *Diritto civile*, IV; cit., pag. 124.

<sup>106</sup> GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto della obbligazione*, cit. pag. 91.

<sup>107</sup> GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto della obbligazione*, cit., pag. 218.

<sup>108</sup> RUBINO, *Delle obbligazioni*, pag. 117.

## Sopravvenienze non disciplinate: lo svilimento della controprestazione

Una delle prime questioni che gli interpreti hanno dovuto affrontare è stata quella di capire se la risoluzione ex art. 1467 c.c. operi solo nelle ipotesi di eccessiva onerosità della prestazione o se possa operare anche in tutti quei casi in cui l'equilibrio sinallagmatico è alterato dalla diminuzione di valore della controprestazione. Anche se oggi la questione si è risolta in senso affermativo diversi sono stati i dibattiti. Un primo orientamento, aderente alla teoria dell'equilibrio, ha sostenuto che poichè la funzione dell'art. 1467 c.c. è quella di mantenere inalterato l'equilibrio tra prestazione e controprestazione e, pertanto, trova applicazione tutte le volte in cui eventi straordinari ed imprevedibili alterino detto equilibrio, il rimedio della risoluzione troverebbe applicazione sia nel caso di aggravio della prestazione a carico della parte che la domanda sia nel caso di svilimento della controprestazione che la stessa parte deve ricevere<sup>109</sup>. È stato, però, giustamente osservato che una simile ricostruzione romperebbe il concetto unitario di eccessiva onerosità<sup>110</sup> e che nell'art. 1467 c.c. non vi è alcun richiamo al concetto di corrispettività<sup>111</sup>. Partendo dal presupposto che la *ratio* delle norme in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta è quello di garantire la conservazione dell'onere economico originario della prestazione dovuta<sup>112</sup>, l'onerosità deve essere valutata solo in riferimento alla prestazione dovuta, indipendentemente dalla sinallagmaticità delle prestazioni. Da tanto, discenderebbe, dunque, che l'eccessiva onerosità si configura come una sorta di impossibilità attenuata<sup>113</sup> e che l'ordinamento preveda gli stessi rimedi sia per l'insorgenza della

---

<sup>109</sup> MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, pag. 241; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2 Milano, 1952, pag. 524; DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943, pag. 353; BRACCANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano, 1946, pag. 80.

<sup>110</sup> DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1950, pag. 22; ID., *Eccessiva onerosità della prestazione, diminuita utilità della controprestazione e principio di corrispettività nella dinamica del contratto*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1951, III, pag. 683, legare la risoluzione ex art. 1467 c.c. al concetto di corrispettività significherebbe inquadrare l'eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 e 1468 nell'ambito di principi rispettivamente diversi: la prima in quello di corrispettività e la seconda in altro principio che la dottrina non si è preoccupata nemmeno di identificare. Sicchè si verrebbe a determinare una frattura del sistema in contrasto con ogni esigenza di coerenza tra i due rimedi di cui all'art 1467 e 1468 c.c. e, tutto ciò al fine di dare alla disposizione una interpretazione che nemmeno corrisponde alla sua lettera. Contra BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, cit., pag. 100.

<sup>111</sup> DE MARTINI, op. cit., pag. 683.

<sup>112</sup> BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, pag. 199 la *ratio* delle norme in tema di eccessiva onerosità debba rivenirsi in una esigenza di conservazione del costo iniziale della prestazione; DE MARTINO, op. cit., pag. 681; MORUZZI, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, in *Temi*, 1954, pag. 263. da una simile concezione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta si fa discendere il corollario per cui l'applicazione dell'art. 1467 c.c. deve aver luogo anche qualora, pur rimanendo invariato il rapporto di valore tra le prestazioni corrispettive, il costo di entrambe sia notevolmente aumentato.

<sup>113</sup> DE MARTINI, *Eccessiva onerosità della prestazione, diminuita utilità della controprestazione e principio della corrispettività nella dinamica del contratto*, op. cit., pag. 687, l'eccessiva onerosità dell'art. 1467 c.c. è, in fondo, una impossibilità attenuata, o relativa, della prestazione: una difficoltà nella attuazione di questa, che, pur non assurgendo a

impossibilità che della eccessiva onerosità sopravvenuta: la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ex art. 1463 c.c. per l'impossibilità totale e ex art. 1467 c.c. eccessiva onerosità; modifica delle condizioni contrattuali art. 1464 c.c. per la riduzione della prestazione in caso di impossibilità parziale e 1467 e 1468 c.c. per la riduzione della prestazione o modifica equitativa delle modalità di esecuzione del contratto in caso di eccessiva onerosità. I rimedi in parola operano automaticamente in caso di impossibilità mentre per l'eccessiva onerosità operano solo se sussistono determinate condizioni. Una simile ricostruzione oltre ad essere poco convincente dal punto di vista teorico presenta, dal punto di vista pratico, l'inconveniente di trascurare lo svilimento della controprestazione; inconveniente, tra l'altro, che si acuisce se si considera che nelle sopravvenienze onerose le norme in tema di eccessività sopravvenuta hanno trovato applicazione, nella stragrande maggioranza dei casi, per liberare dal contratto la parte che, pur essendo tenuta ad eseguire una prestazione dal valore conforme a quello originario, subisce la svalutazione della controprestazione<sup>114</sup>. Alla luce delle considerazioni appena espresse deve concludersi che né la teoria dell'equilibrio né quella dell'attuabilità riescono a ricostruire, adeguatamente, l'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta perché ambedue vogliono spiegare il sistema muovendo da una prospettiva parziale e cioè rispettivamente dall'obbligazione isolatamente considerata per la teoria dell'attuabilità e del contratto sinallagmatico per la teoria dell'equilibrio. Anche la giurisprudenza si è espressa in favore della rilevanza dello svilimento della controprestazione<sup>115</sup> senza però indicarne con chiarezza la *ratio* anzi, se ne evince proprio una certa difficoltà nel ricostruire una disciplina delle sopravvenienze onerose che sia al contempo aderente al tenore letterale delle norme codicistiche ed idonea a legittimare soluzioni soddisfacenti delle questioni pratiche che si profilano in materia<sup>116</sup>. Altro problema che gli interpreti si sono trovati a dover affrontare è la collocazione dello svilimento della controprestazione nel nostro ordinamento. All'uopo è stato necessario analizzare la disciplina delle sopravvenienze tenendo presente che sia l'impossibilità che l'eccessiva onerosità devono essere prese in considerazione in una duplice prospettiva cioè sia come cause di estinzione o attenuazione del dovere di adempimento dell'obbligazione atomisticamente considerata sia come cause di scioglimento del contratto a prestazioni corrispettive. Sotto il primo profilo, nel caso di impossibilità totale l'art. 1256 c.c.

---

vera e propria impossibilità, rappresenta tuttavia un gradino nella scala della possibilità della prestazione più basso della impossibilità che costituisce l'ultimo gradino. Contra ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of the contract*, in Riv. Trim. dir. E proc. Civ., 1983, II, pag. 1239.

<sup>114</sup> SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, pag. 682.

<sup>115</sup> Cass. 10.06.1991, n. 6616, nella cui motivazione si legge che solo una notevole alterazione dell'equilibrio contrattuale inizialmente voluto dalle parti fra le coppie di prestazioni provocato da un rilevante mutamento del rapporto può determinare uno squilibrio della controprestazione. Tale pronuncia altro non fa che riconfermare un consolidato orientamento Cass., 9.10.1989, n. 944; Cass. 11.11.1986, n. 6584, in Foro it., 1987ncon nota di MASSA che ammette la risoluzione di un vincolo perpetuo di destinazione di un immobile il cui corrispettivo in denaro era divenuto irrisorio a seguito della svalutazione monetaria.

<sup>116</sup> AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, pag. 22.

dispone l'estinzione dell'obbligazione e la liberazione del debitore dall'obbligo di risarcire il danno derivante dalla mancata esecuzione della prestazione (art. 1218 c.c.); laddove, invece, l'impossibilità sia solo parziale, il debitore si libera eseguendo la parte di prestazione ancora possibile (art. 1258, comma I, c.c.)<sup>117</sup>; la medesima regola trova applicazione anche nel caso in cui essendo dovuta una cosa determinata, questa ha subito un deterioramento, o quando residua alcunché dal perimento totale (art. 1258, comma II, c.c.); l'impossibilità temporanea, poi, può condurre all'estinzione dell'obbligazione qualora perduri fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla e, in ogni caso, esclude la responsabilità del debitore per il ritardo (art. 1256, comma II, c.c.); l'art. 1468 c.c., infine, dispone che nei contratti con obbligazioni di una sola parte<sup>118</sup> colui che deve eseguire la prestazione diventata eccessivamente onerosa a causa di eventi straordinari ed imprevedibili possa chiedere una riduzione di questa ovvero una modifica delle modalità di esecuzione sufficienti per ricondurla ad equità. Nei contratti a prestazioni corrispettive, il legislatore, risolvendo problematiche che sotto la vigenza del codice abrogato avevano causato incertezze interpretative<sup>119</sup>, ha stabilito che in caso di impossibilità totale la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che hanno già ricevuto secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito (art. 1463 c.c.). La norma disciplina la ricaduta degli effetti dell'impossibilità di detta prestazione nell'ambito del contratto sinallagmatico con l'intento di evitare che la parte la cui prestazione corrispettiva è possibile rimanga ugualmente vincolata al contratto nonostante l'estinzione della controprestazione<sup>120</sup>. La stessa regola è sancita,

---

<sup>117</sup> COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*; TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in Trattato dei contratti diretto da Rescigno, I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, pag. 1545; CABELLA-PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, pag. 213.

<sup>118</sup> In merito ai contratti che rientrerebbero nell'ambito applicativo dell'art. 1468 c.c. si riscontra un acceso dibattito dottrinale. Per alcuni autori ( BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, cit. pag. 334) l'art. 1468 c.c. sarebbe applicabile ai soli contratti unilaterali onerosi, per altri, invece, ( DE SIMONE, *Il contratto con prestazioni corrispettive in Riv. Trim. dir e proc civ.*, 1948, pag. 29) si applicherebbe ai soli contratti unilaterali gratuiti. Altri ancora ritengono che nessuna delle posizioni sopra esposte può essere considerata corretta in quanto non vi sarebbe coestensione delle categorie contrattuali bilaterali-contratti a prestazioni corrispettive, da un lato, e contratti unilaterali-contratti con obbligazioni di una sola parte dall'altro TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, op. cit., pag. 173.

<sup>119</sup> Per una esaustiva ricostruzione del dibattito che sotto la vigenza del codice abrogato si era acceso in riferimento alla questione se, nei contratti corrispettivi, la parte la cui prestazione era rimasta possibile fosse ugualmente tenuta ad eseguirla anche nel caso in cui la sopravvenuta impossibilità della controprestazione avesse determinato l'estinzione dell'obbligazione della controparte GORLA, *Del rischio e del pericolo nelle obbligazioni*, Padova, pag. 75. Secondo l'opinione all'epoca maggioritaria in dottrina, in assenza di una norma espressa, il principio generale a cui fare riferimento era quello del *casum sentit creditor*. Pertanto il rischio derivante dall'estinzione dell'obbligazione per sopravvenuta impossibilità fortuita doveva essere sopportato dal creditore della prestazione estinta per impossibilità, ugualmente tenuto, nonostante il credito perduto, ad eseguire la propria prestazione rimasta possibile.

<sup>120</sup> Nella Relazione del Guardasigilli, n. 20 si legge che, pur non potendosi dubitare che il fortuito produca la liberazione del debitore sembra però iniquo e contrario alla natura del sinallagma costringere il creditore a eseguire la sua prestazione malgrado sia mancata la prestazione corrispettiva. La scelta del legislatore è condivisa da MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II; 2, pag. 230.

implicitamente, dall'art. 1464 c.c. che, in relazione all'impossibilità parziale, prevede a favore della parte che attende di ricevere la prestazione interessata dalla sopravvenienza la facoltà di scegliere tra una corrispondente riduzione della prestazione dovuta ovvero di recedere dal contratto in mancanza di un apprezzabile interesse all'adempimento parziale<sup>121</sup>. A norma dell'art. 1467 c.c. la parte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di eventi straordinari ed imprevedibili può chiedere la risoluzione del contratto, salva la possibilità per la controparte di evitarla mediante una offerta di riconduzione ad equità. Alla luce di quanto appena esposto si può affermare che il parallelismo tra le norme in tema di impossibilità sopravvenuta ( artt. 1256, 1258, 1463, 1464 c.c.) e quelle in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta (artt. 1467 e 1468 c.c.) deve essere formulato considerando che i due concetti assumono valenze diverse nei due ambiti indicati<sup>122</sup>. Sotto il profilo dell'obbligazione isolatamente considerata il parallelismo corre tra l'art. 1256 c.c., che sancisce il principio in virtù del quale l'impossibilità determina l'estinzione dell'obbligazione con conseguente liberazione del debitore, l'art. 1258 c.c., che a fronte dell'impossibilità parziale prevede che il debitore si liberi eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile e l'art. 1468 c.c. che, in riferimento ai contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, legittima colui che deve eseguire la prestazione divenuta eccessivamente onerosa a chiedere una riduzione di questa ovvero una modifica delle modalità di esecuzione sufficiente a ricondurla ad equità. Solo in un simile contesto appare condivisibile la teoria dell'attuabilità secondo la quale l'accostamento tra eccessiva onerosità e impossibilità dovrebbe operarsi prescindendo da ogni richiamo al concetto di corrispettività. È invece inopportuno estendere il predetto assunto anche ai contratti a prestazioni corrispettive in quanto si dovrebbe finire con l'affermare che la risoluzione opera a favore della parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa e di quella la cui prestazione è divenuta impossibile<sup>123</sup>, laddove il codice prevede che essa opera a favore della parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa e di quella che, pur potendo eseguire la propria prestazione, assiste all'estinzione della

---

<sup>121</sup> BIANCA, *Diritto civile*, V, pag. 374; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, pag. 50 secondo gli autori l'art. 1464 c.c. trova applicazione anche in caso di deterioramento.

<sup>122</sup> BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, cit., pag. 100 secondo il quale la fattispecie dell'art. 1468 c.c. ha fondamento e finalità assolutamente distinti da quelle che caratterizzano l'istituto della risoluzione disciplinato dall'articolo precedente; TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, pag. 173 secondo il quale la ratio dell'art. 1467 c.c. risiede nella necessità di un intervento normativo di fronte a rilevanti alterazioni del sinallagma contrattuale, quella dell'art. 1468 c.c. consiste nell'evitare alla parte che si obbliga ad eseguire una prestazione senza ricevere nulla in corrispettivo, di sottrarsi al sopravvenuto aggravio della prestazione dovuta e nel mantenere quindi una proporzione nel rapporto tra soggetto obbligato e prestazione oggetto del suo obbligo. Ergo la figura dell'eccessiva onerosità non può concepirsi in modo unitario poiché l'art. 1468 c.c. non riguarda il tema della risoluzione e si trova inserito nel medesimo contesto legislativo solo per affinità in materia e non perché obbedisce alla eadem ratio dell'art. 1467 c.c.

<sup>123</sup> A tali risultati conduce l'applicazione della teoria dell'attuabilità la quale, nata in un contesto in cui non era preso in considerazione l'operare della impossibilità quale causa di risoluzione dei contratti sinallagmatici, non può calarsi con esiti soddisfacenti nel tessuto normativo attuale in cui questa 'seconda dimensione' dell'impossibilità è presa in considerazione.

controprestazione divenuta impossibile ex art. 1463 c.c. L'impostazione criticata risulta difficilmente conciliabile sia con quanto disposto dall'art. 1464 c.c. che prevede la riduzione della prestazione a fronte di una impossibilità parziale della controprestazione sia con l'art. 1467 c.c., comma III, che consente il mantenimento in vita del contratto attraverso un'offerta di riconduzione ad equità proveniente dalla parte contro la quale è domandata la risoluzione; entrambe le norme presuppongono, infatti, il riferimento alla nozione di corrispettività<sup>124</sup>. Si può però ipotizzare che l'evidenziato errore di prospettiva dipenda dal fatto che la teoria della attuabilità, essendo stata formulata già sotto la vigenza del codice abrogato, abbia ricostruito il sistema in relazione al tessuto normativo di quell'epoca, nel quale sia l'impossibilità che l'eccessiva onerosità erano prese in considerazione solo nell'ottica della prestazione isolatamente considerata<sup>125</sup>. Nella diversa prospettiva dei contratti a prestazioni corrispettive, invece, il parallelismo corre tra l'art. 1463 c.c. e l'art. 1467 c.c. e sembra potersi ricostituire in questi termini: la prima norma, sul presupposto dell'estinzione dell'obbligazione ex art. 1256 c.c., sancisce la liberazione automatica del vincolo contrattuale per la controparte la cui prestazione è rimasta possibile; la seconda segna il confine oltre il quale, in caso di sopravvenienze onerose, l'ordinamento consente alla parte svantaggiata di domandare la risoluzione del contratto per ottenere lo scioglimento o indurre la controparte ad effettuare una offerta di riduzione ad equità. Il punto di contrasto tra le disposizioni *de qua*, dunque, va individuato nel fatto che ambedue appaiono riconducibili alla tematica della compatibilità tra circostanze sopravvenute e dovere di adempimento da svolgersi alla stregua del criterio guida della buona fede<sup>126</sup>: risulterebbe, infatti, iniquo e contrario alle regole della correttezza tanto che il debitore di una prestazione divenuta impossibile avanzasse pretese in ordine all'adempimento della prestazione corrispettiva rimasta possibile, quanto, nel caso dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, che il creditore della prestazione rimasta invariata avanzasse pretese in ordine all'esecuzione della prestazione della controparte divenuta eccessivamente onerosa<sup>127</sup>. Per i contratti sinallagmatici, dunque, il parallelismo tra impossibilità ed eccessiva onerosità deve operarsi nel senso che la

---

<sup>124</sup> TURNATURI, *Sacrificio economico del creditore e risoluzione per eccessiva onerosità*, op. cit., pag. 288.

<sup>125</sup> SCALFI, voce *Risoluzione del contratto*, cit., pag. 13, afferma che la tesi sostenuta da De Martini risulta in armonia con il tessuto normativo precedente al codice del '42 ma è insostenibile sulla base di quello attuale.

<sup>126</sup> Sul tema della compatibilità tra sopravvenienze contrattuali e dovere di adempimento BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, pag. 34.

<sup>127</sup> La risoluzione per impossibilità, per eccessiva onerosità e per svilimento della controprestazione sembrano rispondere tutte alla medesima esigenza, quella cioè di liberare dal contratto la parte che a seguito di eventi sopravvenuti si trovi a dover eseguire una prestazione non più remunerata o non più sufficientemente remunerata dalla controprestazione. La Relazione del Ministro guardasigilli n. 246 pone alla base dell'art. 1467 c.c. una generica esigenza di equità a proposito della risoluzione per impossibilità sopravvenuta della controprestazione; inoltre nella Relazione del Ministro Guardasigilli n. 240 si legge che, pur non potendosi dubitare che il fortuito produca la liberazione del debitore sembra però iniquo e contrario alla natura del sinallagma costringendo il creditore a eseguire la sua prestazione malgrado sia mancata la prestazione corrispettiva; si può ritenere che le stesse ragioni siano sottese alla previsione contenuta nell'art. 1464 c.c., che a fronte della sopravvenuta impossibilità parziale della controprestazione prevede la facoltà per il creditore di scegliere tra la riduzione della prestazione da eseguire o il recesso dal contratto.

possibilità di sciogliersi dal contratto è data a quel contraente che nella veste di creditore non trae più sufficiente remunerazione dalla prestazione che deve ricevere affinché egli si possa liberare dall'obbligo di eseguire, in veste di debitore, una prestazione che, alla stregua di circostanze sopravvenute, risulta priva di giustificazione. In base all'ipotesi ricostruttiva proposta, determinano tale situazione l'impossibilità della controprestazione totale (art. 1463 c.c.) o parziale (art. 1464 c.c.), l'eccessiva onerosità della prestazione e lo svilimento della controprestazione ( art. 1467 c.c.). In questa prospettiva lo svilimento della controprestazione costituisce un tassello che completa il disegno del legislatore: se l'eccessiva onerosità della prestazione da eseguire può essere accostata all'impossibilità di eseguire la prestazione da parte del debitore, ponendosi nell'ottica del creditore che è in attesa di ricevere la controprestazione, si delinea un parallelismo tra impossibilità della controprestazione e svilimento della controprestazione, atteso che tanto nella prima ipotesi quanto nella seconda la risoluzione opera a tutela della parte che deve ricevere la prestazione colpita dalla sopravvenienza.



## La presupposizione

Le sopravvenienze rilevanti non si esauriscono alla categoria della impossibilità sopravvenuta e della eccessiva onerosità in quanto, l'art. 1467 c.c., pur ricollegandosi alla clausola *rebus sic stantibus*, disciplina il fenomeno delle sopravvenienze solo sotto il profilo dell'incremento dei costi, tralasciando del tutto quelle ipotesi nelle quali il sopravvenuto mutamento delle circostanze, pur incidendo sull'assetto originariamente voluto dalle parti, non incide sul valore delle prestazioni<sup>128</sup>. È appena il caso di evidenziare che la norma considera i rapporti tra presupposti del contratto e sopravvenienze solo sotto il profilo dei presupposti oggettivi che le parti hanno tenuto presenti e fatto emergere nel regolamento contrattuale e non anche sotto il profilo dei presupposti oggettivi cioè i calcoli di convenienza e i piani di destinazione dei contraenti<sup>129</sup>. Nel nostro ordinamento l'esigenza di attribuire rilevanza a sopravvenienze che, seppur non riconducibili all'eccessiva onerosità e all'impossibilità, pongono un limite al dovere di adempimento si appalesa attraverso la figura della presupposizione<sup>130</sup>. Figura, questa, definibile come 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 dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione, che possa, pur in mancanza di uno specifico riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi nella formazione del loro consenso, quale presupposto indefettibile dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale<sup>131</sup>. Vero è che in una simile definizione possono essere ricomprese ipotesi che con le sopravvenienze nulla hanno a che vedere. Opinioni divergenti si registrano anche in dottrina: per alcuni, infatti, la presupposizione rappresenta un tema trasversale che interseca i territori dell'errore e della sopravvenienza, della condizione, dei rapporti tra volontà espressa e tacita, dell'interpretazione e integrazione del contratto e, della relazione tra causa e motivi<sup>132</sup>. Occorre verificare fino a che punto la presupposizione coincide con la sopravvenienza e, quindi, i rapporti tra presupposizione e le altre figure di sopravvenienza. Bisogna operare un distinguo tra l'ipotesi in cui la situazione presupposta,

---

<sup>128</sup> GALLO, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., pag. 276; NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e diritto privato*, pag. 848.

<sup>129</sup> CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997, pag. 400; BIANCA, *Diritto civile*, III, pag. 390, la rilevanza dei presupposti generali del contratto cioè le condizioni di mercato e della vita sociale che incidono sull'economia del contratto viene riconosciuta dall'art. 1467 c.c. mentre per i presupposti specifici occorre riferirsi alla presupposizione.

<sup>130</sup> BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in *Riv. Dir. Priv.*, diretto da Bessone, IX; IV, Torino, 1998.

<sup>131</sup> Cass. 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. Civ.*, 1998, I, pag. 3161.

<sup>132</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit. pag. 1041, riconduce la presupposizione entro la condizione; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, pag. 194; RESCIGNO, voce *Condizione* in *Enc. Dir.*, VIII; Milano, 1961, pag. 787 si tratterebbe di un ibrido tra condizione e motivo; GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, pag. 274 atterrebbe, invece, alla causa; MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, 1958, I, pag. 103, va ricondotta alla figura dell'errore.

presente o passata, non sia mai esistita o non esisteva al momento della conclusione del contratto da quella in cui la situazione prevista come futura non si verifichi: nel primo caso la presupposizione è causa di invalidità del contratto ed esula dalla tematica della sopravvenienza, nel secondo caso, invece, si configura come limite alla vincolatività del contratto a prestazioni corrispettive e quindi come figura di sopravvenienza rilevante ulteriore rispetto a quelle positivamente previste<sup>133</sup>. Già sotto la vigenza del codice abrogato era stato evidenziato il collegamento tra la clausola *rebus sic stantibus*, la presupposizione e le sopravvenienze onerose<sup>134</sup>. Tale consapevolezza ha assunto maggiore vigore con l'espressa previsione da parte del legislatore del '42 della eccessiva onerosità sopravvenuta. Particolare rilevanza è stata attribuita alla Relazione al Re, n. 133 con cui si afferma che con l'art. 1467 c.c. si introduce in modo espresso e in via generale il principio dell'implicita soggezione dei contratti a prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*. Si è ritenuto, pertanto, che la presupposizione potesse trovare spazio nell'ordinamento quale diversa presentazione dello stesso fenomeno sotteso all'art. 1467 c.c.<sup>135</sup>. Dunque, l'art. 1467 c.c. rappresenta la norma attraverso la quale la presupposizione è stata introdotta nel nostro ordinamento in via generale e in modo espresso<sup>136</sup>. La giurisprudenza, in merito al venir meno del carattere edificabile di alcuni suoli successivamente alla conclusione del contratto, ha ritenuto che pur non legittimando l'applicazione dell'art. 1467 c.c. legittimava invece la risoluzione mediante il ricorso alla presupposizione<sup>137</sup>. In particolare, dall'affermazione secondo cui nel caso di specie non ricorreva la figura dell'eccessiva onerosità ma quella più generale della presupposizione, che si ritiene prescindere dalle condizioni fissate dall'art. 1467 c.c., si ricava l'impressione che l'eccessiva onerosità venga intesa alla stregua di una specificazione codificata della presupposizione<sup>138</sup>; impressione confermata, poi, dal fatto che il legislatore del '42 ha sancito espressamente agli artt. 1467 segg c.c. la rilevanza delle cause straordinarie ed imprevedibili, sopravvenute ad alterare l'originale economia contrattuale, dando così maggiore consistenza normativa all'istituto della presupposizione. In una successiva pronuncia, concernente la

---

<sup>133</sup> Cass. 24 marzo 1998, n. 3083 che ricollega al venir meno della presupposizione il rimedio della risoluzione; BELFIORE, *La presupposizione*, cit., pag. 1 secondo cui la presupposizione ha il compito di segnalare una fattispecie di invalidità e/o risolubilità del contratto.

<sup>134</sup> OSTI, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in Riv. Dir. Civ., 1912, pag. 13.

<sup>135</sup> BIGIAMI, *In tema di presupposizione*, in Giur. It., 1949, I, pag. 173 riconduce la presupposizione quale causa di risoluzione del contratto al principio sotteso all'art. 1467 c.c.; GALGANO, *Il negozio giuridico*. II, ed., in Tratt. Di dir. civ. e comm. diretto da Ciccio e Messineo, continuato da Schlesinger, Milano, 2002, pag. 575, l'opinione che attribuisce rilevanza alla presupposizione tende a basarsi sull'applicazione delle clausole generali di buona fede nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti; si dà rilievo al venir meno della funzione del contratto, al fatto che l'evento sopravvenuto produce, come in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, una alterazione funzionale della causa, rendendo non più giustificativo lo scambio fra le prestazioni resi non più equivalenti dall'evento sopravvenuto; e lo stesso art. 1467 c.c. viene considerato come applicazione, in una specifica situazione, di un siffatto principio generale.

<sup>136</sup> Cass. 28 agosto 1993, n. 9125 in I Contratti, 1993, pag. 677.

<sup>137</sup> Cass. 17 maggio 1976, n. 1738.

<sup>138</sup> GALGANO, *Il negozio giuridico*, pag. 575.

permanenza in vita di un vincolo, giudicato in un successivo giudizio un onere reale, il cui corrispettivo era divenuto vile, la Corte riscontrata l'impossibilità di applicazione dell'art. 1467 c.c. che opera solo nei rapporti obbligatori, trova il fondamento della risoluzione del detto contratto nell'istituto della presupposizione intesa come principio generale di cui l'art. 1467 c.c. altro non è che una specificazione<sup>139</sup>. La posizione viene riconfermata anche da pronunce di merito: il ricorso alla presupposizione è stato fatto, evidenziandone il legame con l'art. 1467 c.c., per legittimare la risoluzione di un contratto di opzione di vendita di azione di una srl in cui, a seguito del venir meno del capitale sociale e della sua messa in liquidazione, si è ritenuto fosse venuto a mancare anche il presupposto sul quale si reggeva<sup>140</sup>; ancora, per dichiarare risolto un contratto di smaltimento di rifiuti tra un ospedale e una società il cui corrispettivo era stato calcolato sul presupposto, venuto poi a mancare, che lo smaltimento potesse avvenire nell'area urbana<sup>141</sup>. Nella giurisprudenza formatasi subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice civile la presenza del concetto windscheidiano della presupposizione è confermato da tutte quelle pronunce che risolvono il problema della presupposizione attraverso il procedimento ermeneutica che permetterebbe di evidenziare l'effettiva volontà delle parti in relazione alla situazione di fatto o di diritto da queste presupposte<sup>142</sup>: il problema della presupposizione verrebbe, dunque, assorbito dal più ampio e generale problema dell'interpretazione dell'atto negoziale trattandosi di una *quaestio voluntatis*<sup>143</sup>. La giurisprudenza più recente, pur avendo abbandonato le originarie impostazioni soggettivistiche<sup>144</sup> considera la presupposizione come condizione inespressa, precisando che tale istituto ricorre quando una determinata situazione di fatto o di diritto passata, presente o futura

---

<sup>139</sup> Cass. 11.11.1986, n. 6584. l'acquirente di un immobile lamentava la presenza di un vincolo perpetuo di destinazione ad alloggio al portiere il quale era tenuto a versare al condominio un corrispettivo irrisorio; vincolo che secondo l'attore doveva configurarsi come locazione ultratrentennale. La Corte ritenne che il vincolo avesse natura di onere reale e si pronunciò per l'impossibilità di rivalutazione del canone. Successivamente l'attore modificò la domanda chiedendo che la clausola costitutiva dell'onere reale fosse dichiarata risolta per eccessiva onerosità sopravvenuta rectius svilimento della controprestazione. La Corte affermò che l'art. 1467 c.c. altro non è che l'applicazione del principio della presupposizione riassumibile nell'espressione *rebus sic stantibus*. Poiché l'art. 1467 c.c. è un principio generale dell'ordinamento un rapporto giuridico patrimoniale, ove non altrimenti disciplinato, non può essere mantenuto in vita quando siano venute meno, in misura notevole, le condizioni di equilibrio sulle quali è sorto.

<sup>140</sup> App. Cagliari, 26 gennaio 1996.

<sup>141</sup> Trib. Genova, 31 luglio 1995.

<sup>142</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., pag. 12.

<sup>143</sup> L'indagine diretta all'individuazione di una presupposizione si esaurisce sul piano propriamente interpretativo del contratto e, costituisce pertanto, accertamento riservato al giudice di merito e insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici Cass., 28.1. 1995, n. 1040, RFI, 1996, Contratto in genere, n. 299; CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, in Commentario del codice civile Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, pag. 70 secondo l'autore la presupposizione si riduce a semplice accertamento della comune intenzione delle parti.

<sup>144</sup> Cass. 9.2. 1985, n. 1064, FI, 1986, I, 1986 con nota di ESPOSITO la quale imposta il problema della presupposizione su basi obbiettive: ' la categoria della presupposizione va riconosciuta solo in una accezione del tutto spogliata dalla sua originaria impronta soggettivistica, vale a dire è un certo qual strumento oggettivo di interpretazione e di controllo della validità ed efficacia dei contratti che, prescindendo totalmente dalle motivazioni soggettive, si ispira al criterio dell'equilibrio delle prestazioni e della ripartizione del rischio in presenza di una situazione di fatto che sembra sconvolgere le pattuizioni concordate fra le parti'.

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) chiedendo all'uopo che la presupposizione sia comune a tutti i contraenti, che l'evento supposto sia stato assunto come certo nella rappresentazione delle parti (elemento, questo, che differenzia la presupposizione dalla condizione evento futuro ed incerto), 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 loro specifica obbligazione<sup>145</sup>. In ragione di questa definizione molte sentenze distinguono tra ipotesi nelle quali la situazione presupposta manchi sin dalla stipula del contratto, cd. Falsa supposizione, nelle quali il contratto è nullo per difetto funzionale della causa e ipotesi in cui la situazione supposta venga meno in un secondo momento e, per le quali, opera il rimedio della risoluzione<sup>146</sup>.

È appena il caso di sottolineare come la dottrina maggioritaria neghi che il fondamento della presupposizione possa essere rinvenuto nell'art. 1467 c.c.: non potendo dedurre dall'interpretazione *a contrariis* della norma *de qua* l'irrelevanza delle sopravvenienze estranee alla sua area di applicazione, non è nemmeno possibile dilatarne la portata sino a ricomprendervi tutte quelle situazioni incompatibili con l'adempimento, che seppur non previste dal regolamento contrattuale, risultano prevedibili<sup>147</sup>. Si tratta, dunque, di situazioni che sono di certo riconducibili alla presupposizione, in questo caso, però, non da ricondurre al principio sotteso all'art. 1467 c.c. quanto al principio di buona fede oggettiva quale criterio per risolvere il problema della compatibilità tra il dovere di adempimento e le circostanze sopravvenute<sup>148</sup>. La presupposizione trova terreno fertile nella non coincidenza dei problemi che ricadono nella sua area con quelli che sono coperti dall'eccessiva onerosità sopravvenuta. Spesso il sopraggiungere di nuove circostanze pur privando lo stipulante dell'utile che contava di trarre dalla esecuzione del contratto non comporta un incremento dei costi: ed è propria questa la situazione che esula dall'applicazione dell'art. 1467 c.c. e costituisce una fattispecie a sé stante nella quale la presupposizione trova il proprio terreno di

---

<sup>145</sup> Cass. 31.10.1989, n. 4554, RFI, 1991, Contratto in genere, n. 289 viene confermata la decisione di merito che aveva ritenuto potesse invocarsi da parte del promettente 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 promettente venditore che 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.

<sup>146</sup> Cass. 24.3.1998, n. 3083, GI, 1999, pag. 511; Cass., 5.1.1995, n. 191, RGI, 1995, Obbligazioni e contratti, n. 336; Cass. 29.8.1995, n. 9067.

<sup>147</sup> BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., pag. 83.

<sup>148</sup> BESSONE, D'ANGELO, voce *Presupposizione*, pag. 341 dall'art. 1467 c.c. non sarebbe possibile dedurre né l'intenzione legislativa di stabilire regole che valgono anche per circostanze prevedibili né quella di sanzionare la loro irrilevanza.

elezione<sup>149</sup>. In questa direzione l'art. 1467 c.c. richiede una misurabilità dei vantaggi, dei costi e dei rischi di ogni affare in quanto nell'ambito della presupposizione vengono in considerazione fattori che, non essendo presi in considerazione nel regolamento contrattuale, non sono suscettibili di una valutazione patrimoniale ai fini dell'eccessiva onerosità<sup>150</sup>. L'art. 1467 c.c. risolve un problema che con quello della presupposizione ha solo alcune affinità, senza dividerne la specificità: entrambe le figure, infatti, si occupano dei rapporti tra presupposti del contratto e sopravvenienze ma la differenza sta nel fatto che mentre l'art. 1467 c.c. prende in considerazione i presupposti oggettivi che le parti hanno tenuto presente e fatto emergere nel contratto, la presupposizione afferisce ai presupposti soggettivi cioè ai calcoli individuali di convenienza e ai piani di destinazione di ciascun contraente<sup>151</sup>. Il *discrimen* tra presupposizione ed eccessiva onerosità deve essere ravvisato nell'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico di quest'ultima, elemento che può essere completamente assente nella prima. Nel filone che nega la possibilità di sovrapposizione tra presupposizione ed eccessiva onerosità è stato sostenuto che la prima fungendo da causa di risoluzione per impossibilità relativa qualitativa potrebbe essere assimilata all'impossibilità sopravvenuta<sup>152</sup>, quindi la regola più idonea da applicare non sarebbe l'art. 1463 c.c. che sul presupposto dell'impossibilità totale prevede la risoluzione automatica del contratto ma l'art. 1464 c.c. che sembra più aderente alle ipotesi nelle quali il contratto non può essere rispettato non tanto per impossibilità assoluta della prestazione quanto, piuttosto, perché non si può prestare ciò che si era dedotto così come lo si era dedotto<sup>153</sup>. In più occasioni la giurisprudenza ha avuto modo di confermare che la presupposizione viene spesso invocata in contratti nei quali il venir meno dell'evento presupposto rende l'esecuzione non impossibile ma difficilmente realizzabile rendendolo privo del significato originario<sup>154</sup>. In definitiva, la presupposizione pare poter essere

---

<sup>149</sup> GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, cit., pag. 277.

<sup>150</sup> CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, pag. 400.

<sup>151</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, pag. 463.; ID, *Diritto civile*, V, pag. 390.

<sup>152</sup> CAVALLARO, Nota di commento a App. Trieste 12 ottobre 1987, in *Nuova giur. Civ comm*, I, 1989, pag. 27 in entrambe le ipotesi sussiste una inidoneità dell'oggetto della prestazione a soddisfare l'interesse di una delle parti, causata da eventi indipendenti dalla volontà delle parti.

<sup>153</sup> CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, pag. 457 fa riferimento a tutti quei casi in cui pur essendo la prestazione materialmente possibile, la sua esecuzione, non si rivelino privi di giustificazione in relazione al modo di essere con il quale la prestazione medesima era stata dedotta in contratto.

<sup>154</sup> Cass. 3 dicembre 1991, n. 12921. si tratta di una domanda di risoluzione di una compravendita di azioni di una società per mezzo della quale si mirava ad ottenere l'acquisto di una imbarcazione di cui questa era proprietaria; Cass. 28 agosto 1998, n. 9125 in riferimento ad un terreno edificabile la Corte ha affermato che il venir meno di questa caratteristica, essenziale per le parti, del terreno, legittimava il ricorso alla presupposizione introdotta in modo espresso e in via generale dall'art. 1467 c.c. nel nostro ordinamento e che la risoluzione per impossibilità sopravvenuta rappresentava, nel caso di specie, il provvedimento conseguente e necessario alla sopravvenuta inedificabilità. Emergerebbe, dunque, una sorta di incertezza nell'individuare l'istituto a cui ricondurre la presupposizione, risultando evidente il contrasto tra l'assunto per cui essa si considera introdotta in via generale dall'art. 1467 c.c. e quello secondo cui al suo verificarsi si ricollega la risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Cass. 24 marzo 1998, n. 3083 in riferimento ad un contratto di distribuzione carburante per una stazione di servizio ancora da costruire la cui risoluzione veniva demandata perché successivamente all'esercizio del diritto di opzione da parte della società di distribuzione

invocata per risolvere tutte quelle sopravvenienze riconducibili in senso lato sia al concetto di impossibilità che a quello di eccessiva onerosità sopravvenuta o svilimento della controprestazione, permettendo di limitare il principio di vincolatività del contratto anche in presenza di situazioni che, pur non coincidendo perfettamente con le categorie di sopravvenienza rilevante dal legislatore, possono essere accostate ad esse. Detto altrimenti la presupposizione ricomprende tutte quelle fattispecie di sopravvenienza che sebbene non sussumibili entro le categorie dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità meritano di essere considerate rilevanti. La presupposizione non può essere considerata né come la base dell'art. 1467 c.c. né come un allargamento del concetto di impossibilità quanto piuttosto come una autonoma fattispecie che non si sovrappone alle altre con le quali condivide la stessa base cioè la *clausola rebus sic stantibus*. Una simile impostazione ha degli importanti risvolti pratici: *in primis*, guardare la presupposizione in prospettiva unitaria, nella quale le singole figure poggiano su una base comune e vengono viste come parti di un unico sistema, rappresenta il presupposto per poter sostenere che le regole dettate per l'impossibilità e l'eccessiva onerosità sopravvenuta possono valere anche per le sopravvenienze riconducibili entro la presupposizione<sup>155</sup>; dall'altro bisogna considerare sia i profili di differenziazione tra impossibilità e eccessiva onerosità sia che la presupposizione racchiude figure tra loro eterogenee e in un certo senso spurie, ossia in senso lato accostabili alle sopravvenienze disciplinate ma non propriamente riconducibili a nessuna di esse. Ne deriva che non tutti i problemi che si manifestano riguardo a sopravvenienze riconducibili alla presupposizione possano essere risolti facendo capo alle medesime regole. Anzi, proprio il fatto che la presupposizione racchiuda in sé figure di sopravvenienza eterogenee, consiglia un approccio che tenda a verificare caso per caso se essa venga invocata per far fronte ad una situazione in senso lato riconducibile all'impossibilità, ovvero alla categoria delle sopravvenienze onerose, per poi dare applicazione alla relativa disciplina.

---

carburante, intervenivano normative che imponevano di realizzare la stazione di servizio diversamente da come originariamente stabilito con considerevole aumento dei costi di realizzazione,

<sup>155</sup> A tale proposito si pensi al generale principio detta irrilevanza delle sopravvenienze auto-indotte, valido per ogni genere di sopravvenienze e quindi indifferentemente applicabile sia alle ipotesi di presupposizione accostabili all'impossibilità che a quelle riconducibili alle sopravvenienze onerose. Considerazioni analoghe valgono per la regola generale secondo cui le sopravvenienze rilevano finché non può dirsi eseguito non può dirsi eseguita l'attribuzione da esse interessate, regola, anche questa, valida per qualsiasi tipo di sopravvenienza.

## La revisione del contratto

Il nostro ordinamento in svariate<sup>156</sup> situazioni prevede la possibilità di revisione del contratto: in alcuni casi la modifica del contratto viene disposta da un provvedimento giudiziale in altri, invece, è la parte avvantaggiata che onde evitare l'eliminazione del vincolo fa una offerta di riconduzione ad equità. Tra le diverse figure normative di revisione<sup>157</sup> si segnalano l'offerta di modificazione del contratto rescindibile ex art. 1450 c.c.; il potere del giudice di ridurre, su istanza di parte, la penale eccessiva ex art. 1384 c.c.; il mantenimento del contratto viziato da errore, rispetto al quale la parte il cui consenso non sia viziato offra ' di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto' che l'errante voleva concludere ex art. 1432 c.c.; l'onerosità o difficoltà di esecuzione del contratto di appalto ex art. 1664 c.c.; l'offerta di modifica del contratto a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, periodica o differita, divenuto eccessivamente oneroso ex art. 1467 c.c.<sup>158</sup>; la domanda di riduzione della prestazione, nel caso di contratto con obbligazioni di una sola parte, divenuto eccessivamente oneroso; la richiesta di aumento o diminuzione del fitto, in conseguenza di interventi normativi che modifichino il rapporto d'affitto, in modo da causare ad una parte un vantaggio e all'altra un danno ex art. 1623 c.c.; la modifica del rapporto di assicurazione nel caso di mutamento delle condizioni di rischio ex art. 1897 c.c. Data la molteplicità delle fattispecie in cui è prevista una modifica del rapporto contrattuale la dottrina ha iniziato ad interrogarsi in ordine alla possibilità di costruire una categoria unitaria di revisione contrattuale identificando l'elemento unificante nell'esistenza di un diritto potestativo riconosciuto alla parte per ottenere la modifica del contratto<sup>159</sup>. Pur presentando dal punto di vista strutturale un elemento costante le varie forme di revisione del contratto rispondono a logiche di volta in volta diverse: se, infatti, la regola sulla riconducibilità della penale sembra giustificata con i principi validi in materia di risarcimento danni in altri casi la priorità risiede nella tutela dell'integrità del consenso e della causa dell'atto. Le norme in tema di revisione del rapporto rappresentano una moltitudine rispetto alla quale non si possono estrapolare direttive generalizzabili; la revisione del contratto, non è, dunque, un principio

---

<sup>156</sup> TOMMASINI, *Revisione del rapporto* (diritto privato), voce in Enc. Del Dir., Giuffrè, Milano, 1989, XL, pag. 110.

<sup>157</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovine, Napoli, 1996, pag. 99 in alcuni casi la revisione è ammessa dalla giurisprudenza anche al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore come ad esempio nel caso di sentenze ex art. 2932 c.c. emesse a seguito dell'inadempimento di un contratto preliminare e nel caso in cui il contratto definitivo non rispetta fedelmente il contratto preliminare.

<sup>158</sup> TOMMASINI, *Revisione del rapporto* (diritto privato) voce in Enc. Del Dir., Giuffrè, Milano, 1989, XL, pag. 112 la norma viene interpretata come attuativa della direttiva contenuta nell'art. 1467 c.c.; la differenza tra le due figure si rinviene solo dal punto di vista degli effetti giuridici.

<sup>159</sup> TOMMASINI, *Revisione del rapporto* (diritto privato) voce in Enc. Del Dir., Giuffrè, Milano, 1989, XL, pag. 112.

al quale va attribuita rilevanza fuori dalle ipotesi previste dal legislatore<sup>160</sup>. A conferma di quanto appena asserito depone una solida tradizione giuridica<sup>161</sup>, confermata dalla giurisprudenza e accolta dalla gran parte degli ordinamenti<sup>162</sup>, che esclude per il giudice la possibilità di fare o rifare il contratto. È opportuno evidenziare come la tradizione giuridica più che le tecniche revisionali predilige l'alternativa tra stabilità e risoluzione del contratto anche se quest'ultimo spesso risulta particolarmente difficile dipendendo, spesso, dallo stadio in cui si trova l'esecuzione del contratto. Si considerino i costi sostenuti per l'adempimento che, già sostenuti dal debitore, non si sono ancora tradotti in vantaggio per il creditore: essi non appaiono agevolmente ammissibili attraverso le norme quasi contrattuali, chiamate a governare le obbligazioni tra le parti susseguenti allo scioglimento del vincolo. Problema, questo, sentito sia in Italia che negli ordinamenti di Common Law dove, di fronte alla sopravvenienza contrattuale si predilige il rimedio risolutorio mentre negli ordinamenti tedesco e francese si predilige l'adeguamento del contratto con conseguente recupero dei costi anzidetti tramite l'esecuzione alle nuove condizioni. Nel nostro ordinamento i costi sostenuti da una parte che si traducono in vantaggio per l'altra sono disciplinati dalle norme sulla ripetizione dell'indebitum ed arricchimento senza giusta causa<sup>163</sup> anche se parte della dottrina ritiene che i rapporti tra le parti in seguito alla risoluzione del contratto devono avere una disciplina *ad hoc*, ricavata dallo stesso interprete in base al principio di buona fede che, avrebbe, così una operatività *post* contrattuale<sup>164</sup>. L'impostazione, in realtà, appare piuttosto debole nel senso che pur evidenziando un problema reale e l'insoddisfazione per una disciplina delle restituzioni dipendenti da risoluzione contrattuale individua la soluzione del problema in un principio ignoto al nostro ordinamento: la buona fede, infatti, viene spesso utilizzato dal legislatore (artt. 1337, 1375, 1175 c.c.) ma non di certo per i rapporti *post* contrattuali. È pur vero che sembra anche molto difficile trarre delle regole dal principio succitato: ammesso il dovere di buona fede bisognerebbe imporre alla parte di rimborsare i costi sostenuti per l'inadempimento dall'altra o una ripartizione in parti uguali<sup>165</sup>. È evidente, la soluzione non è praticabile, anche perché la regola della buona fede dovrebbe operare oggettivamente indipendentemente dal titolo di imputabilità, dolo o colpa, del comportamento delle parti. Da quanto sin ora affermato si deduce che il rimedio della risoluzione

---

<sup>160</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovine, Napoli, 1996.

<sup>161</sup> SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giurisp. It.*, 1999, pag. 229.

<sup>162</sup> La giurisprudenza esclude che il giudice possa rifare il contratto per le parti: si tratta di un principio condiviso da tutti gli ordinamenti di civil law, con esclusione di quello tedesco, e di common law.

<sup>163</sup> GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 316 l'autore distingue a seconda che il contratto abbia già iniziato ad essere eseguito o meno.

<sup>164</sup> BESSONE e D'ANGELO, *Presupposizione*, voce in *Enc. Del Dir.* XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pag. 346 la buona fede può costituire lo strumento di distribuzione tra le parti, in coerenza con l'assetto economico contrattuale, del pregiudizio che consegue alla risoluzione e che non possa essere annullato con il meccanismo delle restituzioni e con l'applicazione dell'art. 2041 c.c.

<sup>165</sup> GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 316.



contrattuale comporta numerosi svantaggi<sup>166</sup>, considerazione, questa, che fa optare per la risoluzione solo come *extrema ratio*, nei casi in cui non è possibile un accordo revisionale. Al verificarsi della sopravvenienza perturbativa, la migliore tutela per gli interessi delle parti sembra rappresentata dalla conservazione del vincolo con gli adattamenti necessari a consentire alle parti di trarre il massimo vantaggio, verificando, all'uopo, se tale risultato possa essere raggiunto solo nel caso in cui il convenuto offra di ridurre ad equità il rapporto o anche nel caso in cui sia lo stesso attore ad avanzare pretese revisionali. Il parametro di riferimento per determinare la sorte di un contratto interessato da una sopravvenienza perturbativa va, dunque, individuato negli artt. 1476 ss c.c. in virtù dei quali due sono le opzioni per le parti: risoluzione del contratto richiesta dall'attore o riduzione ad equità richiesta dal convenuto. Nessun potere è attribuito al giudice che può solo valutare se non essendoci stata alcuna accettazione da parte dell'attore della proposta modificativa formulata dal convenuto, questa possa considerarsi adeguata. Di fronte ad una simile situazione appare scontato che un sistema che ammetta la possibilità, per la parte pregiudicata dalla sopravvenienza, di domandare, anziché la risoluzione la revisione del contratto è sicuramente più conveniente ed appropriato quale una migliore soluzione del problema delle spese sostenute per l'adempimento. Questo tipo di impostazione favorisce la conclusione di contratti che prevedono investimenti tecnologici ed economici *relation specific* cioè fondamentali per lo sviluppo economico perché consentendo il recupero delle spese per l'adempimento rende le stesse meno insidiose. Il rischio che gli investimenti fatti per l'adempimento di un particolare contratto non siano remunerativi, può costituire un forte fattore inibitore; se, al contrario, alla parte viene assicurato che tali investimenti incidono positivamente sulla redditività ma che non si tradurranno mai in una perdita economica è più facile riscontrare la disponibilità delle parti a impegnarsi per investimenti specifici. Il rifiuto di tecniche revisionali di gestione delle sopravvenienze può, poi, indurre la parti ad assumere atteggiamenti opportunistici<sup>167</sup>: la rigidità delle scelte comportamentali imposte dall'art. 1467 c.c., può favorire comportamenti non collaborativi dovuti dal desiderio di approfittarsi della situazione di forza derivante dal contratto già concluso. Se ad es. Caio, avvantaggiato da una sopravvenienza, rifiuta la revisione perché consapevole che Tizio è in una fase dell'adempimento tale che la scelta di non adempiere le risulterebbe più onerosa che adempiere, la pretesa di Caio di non accedere alla revisione del contratto potrebbe ritenersi abusiva: l'eccessiva rigidità del sistema delineato dall'art. 1467 c.c. rischia di favorire e legittimare abusi

---

<sup>166</sup>Nei contratti di maggiore rilevanza economica questo problema viene risolto dall'inserimento di clausole dirette a governare i fenomeni di *harship*.

<sup>167</sup>PARDOLESI, *Regole di 'default' e razionalità limitata: per un diverso approccio di analisi economica del diritto dei contratti* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1996, pag. 451 il rischio dell'opportunismo è presente sia nel caso in cui si ammette la parte onerata a domandare troppo ampiamente la revisione perché in tale eventualità essa reagirebbe ad ogni variazione peggiorativa dell'operazione snaturando così il senso e la funzione del contratto di durata concluso.

della parte creditrice. Evidenziato come la revisione del rapporto possa condurre a risultati efficienti e vantaggiosi non si può fare a meno di evidenziare come una regola generale di rivedibilità del vincolo al verificarsi della sopravvenienza, conduce, paradossalmente, ad effetti tutt'altro che positivi: un'eccessiva propensione al rimedio revisionale avrebbe l'inevitabile effetto di svuotare di ogni significato la regola *pacta sunt servanda*, la quale, tuttavia, non è così assoluta da privare di rilevanza ogni sopravvenienza diversa da quella espressamente prevista dall'ordinamento. Una teoria della sopravvenienza appare utile solo se invocata limitatamente in quelle situazioni che presentano la caratteristica della anormalità. Il rischio di uno svuotamento della regola *pacta sunt servanda* può essere evitato limitando le condizioni di operatività della teoria della sopravvenienza nel senso che il richiamo alla sopravvenienza perturbativa è ammissibile solo se incide sul rapporto al punto da evidenziare come il contratto contenga una lacuna, vale a dire sia in grado di evidenziare come gli effetti economici che si produrrebbero tra le parti non siano tali da trovare una adeguata giustificazione nel titolo. Senza contare, poi, che l'ammissione in termini eccessivi della revisione fungerebbe da disincentivo per le parti ad esplicitare in sede di formazione dell'atto le rispettive volontà e determinazioni per l'eventualità di turbative, limitando così, il ricorso alla più efficiente tecnica di gestione *ex ante* della turbativa<sup>168</sup>. In realtà una simile affermazione è vera solo in parte: la possibilità di richiedere una revisione *ex post* conduce a trascurare un'attenta disciplina *ex ante* solo se essa consente di paralizzare efficacemente i pregiudizi connessi alla sopravvenienza; se, invece, l'adeguamento viene realizzato attraverso una tecnica di *sharing*, con l'applicazione cioè degli artt. 1664 e 1467 terzo comma c.c., allora il disincentivo alla regolamentazione *ex ante* appare modesto. Ancora, tra gli svantaggi derivanti dall'ammissione generalizzata del rimedio revisionale non può non considerarsi un eccessivo ampliamento del potere giudiziale: si rischia di legittimare i giudici a riscrivere i contratti per le parti, cosa che andrebbe esclusa perché porterebbe allo snaturamento dello strumento contrattuale che passerebbe da atto di autonomia privata a regolamento imposto alle parti. Tuttavia, un simile rischio può essere ovviato da una opportuna configurazione del *modus operandi* a cui il giudice dovrebbe attenersi: due sono, in realtà, le alternative possibili o si consente al giudice di intervenire direttamente sul contenuto del rapporto o demandargli un giudizio di idoneità sull'offerta fatta dalla parte che propone la revisione del contratto. Altra ipotesi potrebbe essere quella di consentire al giudice di valutare se, in caso di impossibilità di raggiungere un accordo modificativo, sia ravvisabile la colpa di uno dei due contraenti, con conseguente possibilità di addossargli una obbligazione di carattere risarcitorio. È evidente che un intervento del giudice nell'ambito del giudizio volto a determinare una revisione del contenuto del vincolo fa sorgere numerose incertezze ed apre ampi margini di discrezionalità:

---

<sup>168</sup> SCHANZE, , Hart, Oxford, 1997, pag. 159. *Failure of long-term and the Duty to Renegotiate in Rose (ed), Failure of Contracts*

the judicial discretion is a necessary part of the loss-sharing regime<sup>169</sup>; la discrezionalità del giudice ha risvolti diversi a seconda che il questi sia autorizzato a riscrivere il regolamento contrattuale o solo a valutare la congruità dell'offerta revisionale della parte. Tra i criteri utilizzati per limitare la discrezionalità del giudice va annoverato il parametro della volontà delle parti, anche se praticamente poi la difficoltà consiste nel fatto che la volontà delle parti in ordine ad una certa sopravvenienza non è mai esistita; pertanto, se da un lato si osserva come una perturbativa confligga con l'operazione voluta dai contraenti, dall'altra non sembra possibile verificare quale regola le parti avrebbero adottato se si fossero prospettati l'eventualità della sopravvenienza poi effettivamente verificatasi. Per superare l'*empasse* si può ipotizzare di ricorrere anziché alla soluzione che avrebbero adottato le parti effettive del contratto se si fossero rappresentati la possibilità della sopravvenienza a quella che avrebbero adottato due contraenti onesti che avessero negoziato sul punto, di guisa che, la prospettiva anche se diversa da quella dei contraenti non è rappresentata solo dal senso di giustizia del giudice ma è quella dell'uomo diligente ed onesto<sup>170</sup>. In questo modo il giudice realizza un accollo *ex post* del rischio verificatosi tenendo sempre presente come le parti lo avrebbero gestito *ex ante*; in questo senso si indica al giudice, quale criterio guida, la necessità di considerare che le parti attribuiscono il rischio a quella che meglio è in grado di gestirlo<sup>171</sup>. Molti sono i dubbi che derivano dall'adozione di un simile criterio: la sopravvenienza rilevante è un evento perturbativo straordinario la cui mancata considerazione è difficile imputare a un contraente piuttosto che all'altro, pertanto ne deriva che l'idoneità di un accollo *ex post* del peso della sopravvenienza all'una o all'altra parte non può essere considerato come stimolo adeguato rispetto alla futura condotta dei contraenti e alla loro decisione di regolamentare in via negoziale il tipo di rischio manifestatosi. Allo stesso modo un accollo *ex post* non può essere considerato idoneo ad una efficiente gestione del rischio: se si considera la possibilità che una parte gestisca il rischio *ex ante* magari prevenendolo e coprendolo con una assicurazione, l'imposizione del rischio *ex post* non potrà mai avere la stessa funzione ed utilità della gestione *ex ante*<sup>172</sup>. I criteri razionali di gestione del rischio sono inadeguati vista la straordinarietà ed eccezionalità della sopravvenienza contrattuale; la mancata considerazione *ex ante* della turbativa non è sintomatico di irrazionalità delle parti come pure la valutazione *ex post* di ciò che sarebbe stato razionale non è idoneo a generare effetti razionali né in riferimento al singolo contratto né in riferimento alle contrattazioni

---

<sup>169</sup> TRACKMAN, *Winner take some: loss sharing and commercial impracticability*, Minnesota Law Rev., 1985, pag. 519.

<sup>170</sup> GALLO, *Soppravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 316.

<sup>171</sup> KULL, *Mistake, Frustration and the Windfall Principle of Contract Remedies*, in the Hasting law Journal, 1991, pag. 46.

<sup>172</sup> TRIMARCHI, *Commercial impracticability in Contract law: an economic analysis*, in Intern. Rev. of Law and Econ. , 1991, pag. 72.

future<sup>173</sup>. Onde evitare l'intervento del giudice sul contenuto del contratto è opportuno che le stesse parti, sia pure *ex post*, esplicitino le loro proposte per il superamento dell'*empasse* in cui il contratto è venuto a trovarsi. Una simile tecnica è nota nell'ordinamento francese: il giudice invita le parti a rinegoziare il contenuto del contratto, limitandosi, in caso di insuccesso, a riconoscere alla parte onerata un indennizzo pecuniario. Nello stesso meccanismo s'inserisce il nostro art. 1467 c.c. comma terzo che prevede solo una valutazione di congruità, da parte del giudice, dell'offerta fatta dal convenuto. Non è mancato chi ha suggerito di risolvere la questione, in caso di esito infausto, di imporre alle parti di formulare ciascuna una offerta per risolvere il problema originato dalla lacuna; tra le due offerte il giudice potrebbe scegliere quella più appropriata alla soluzione del caso. Anche se l'ordinamento non riconosce alla parte onerata di chiedere la revisione anziché la risoluzione sembra ragionevole ipotizzare una possibilità di revisione a richiesta della parte onerata: in questo caso il ruolo del giudice sarebbe così limitato ad una valutazione di adeguatezza della modifica proposta e non si tradurrebbe in uno sconfinato potere giudiziale di intervento diretto sul contenuto del contratto.

---

<sup>173</sup> PARDOLESI, *Regole di 'default' e razionalità limitata: per un diverso approccio di analisi economica del diritto dei contratti* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1996, pag. 451.

## La revisione del contratto: limiti

Evidenziati i vantaggi e gli svantaggi di un sistema che prevede il rimedio revisionale e, osservato che una adeguata tecnica di adattamento non deve sopravvalutare il ruolo del giudice, ma deve basarsi sulla sollecitazione delle parti, bisogna capire se il diritto attualmente vigente nel nostro ordinamento consente effettivamente esiti revisionali in caso di sopravvenienza perturbativa<sup>174</sup>. La dottrina dominante ritiene che la tutela revisionale costituirebbe un rimedio di carattere generale: attualmente la revisione del contratto costituisce la regola mentre la risoluzione rappresenta solo l'eccezione<sup>175</sup>. L'orientamento è, in realtà, smentito dalle norme vigenti: valide ragioni dogmatiche sono in netto contrasto con la generalizzazione del rimedio revisionale, senza contare che il codice prevede diversi casi di revisione che, però non rientrano in un sistema organico. A favore di una generalizzazione del rimedio revisionale non depone nè l'aumentato interventismo giudiziale in materia contrattuale con riferimento al rapporto tra contratto preliminare e contratto definitivo (possibilità di ottenere una sentenza ex art. 2932 c.c.) né la possibilità affermatasi recentemente di pronunciare d'ufficio la riduzione della penale eccessiva. Se è vero che il problema della rivedibilità del contratto non può risolversi attraverso una formula onnicomprensiva è altrettanto vero che la revisione non deve essere esclusa dal novero degli strumenti a cui l'interprete fa ricorso. In quest'ottica sembra potersi affermare almeno per l'eccessiva onerosità sopravvenuta la possibilità di una revisione in via di fatto. L'art. 1467 c.c dispone che la parte onerata dalla prestazione divenuta eccessivamente onerosa può chiedere la risoluzione del contratto<sup>176</sup>: il rimedio dell'eccessiva onerosità non opera *ipso iure*, quindi, la prestazione resta dovuta sino a quando non interviene una pronuncia giudiziale costitutiva della risoluzione che opera però con effetti *ex tunc*, rendendo non

---

<sup>174</sup> FRIGNANI, *La harship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e di common law*, in Riv. Dir. Civ., 1979, I, pag. 696. L'autore non condivide la scelta di consentire alla sola parte non onerata la possibilità di chiedere la revisione del contratto. In merito ai contratti internazionali osserva come il legislatore internazionale sia rimasto ancorato, con riferimento alla convenzione di Vienna del 1980, al dilemma tra esecuzione anche se eccessivamente onerosa ed esonero della responsabilità; in caso di eventi imprevedibili si propende, anche a livello internazionale, per la risoluzione del contratto anziché per la soluzione più conveniente per le parti vale a dire la revisione dello stesso. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in Contratto e Impresa, 1991, pag. 489 secondo il quale l'offerta di riduzione ad equità può essere fatta solo dal convenuto nel giudizio di risoluzione per eccessiva onerosità. GALLETTO, *La clausola rebus sic stantibus*, in Alpa e Bessone, I contratti in genere, III; in Giur. Sist. Civ. e Comm., dir Bigiavi, Utet, Torino, 1991, pag. 558, dall'esame di diverse norme, emerge, una duplice opzione legislativa, al verificarsi della turbativa in alcuni casi è consentita la risoluzione in altri la revisione. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovine, Napoli, 1996, pag. 93 la possibilità di adeguamento è maggiormente riscontrabile nei contratti a lungo termine come dimostrato da diverse norme ex art. 1348 c.c., 1472 c.c. 1349 c.c.

<sup>175</sup> GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 105. GIAMPIERI, *Rischio contrattuale in common law*, in Contratto e Impresa, 1996, pag. 640 secondo il quale la distribuzione del rischio in fase contenziosa deve avvenire, possibilmente, attraverso un adeguamento del contratto sia patrizio sia coercitivo da parte del giudice. Lo scioglimento del vincolo opera solo in extrema ratio o in presenza di eventi eccezionali o in presenza di apposite clausole concordate dalle parti.

<sup>176</sup> TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, voce in Enc. Del Dir., XXX, Giuffrè, Milano, pag. 170.

dovute le prestazioni già effettuate<sup>177</sup>. Nelle more di una sentenza di risoluzione il debitore può decidere di adempiere o di non adempiere. Nella prima ipotesi, il debitore rischia di causare tutti quei danni che voleva evitare con la risoluzione poiché i rimedi restitutori agiscono con notevole ritardo: è il caso dell'appaltatore che, dopo aver chiesto la risoluzione, decide di tenere fede, medio tempore, agli impegni assunti ma l'insufficienza dei pagamenti parziali convenuti nel contratto a coprire le spese effettive può portare l'appaltatore al fallimento e la vittoria nel giudizio risolutorio non sarà per lui che una modesta consolazione; ancora il contratto può avere ad oggetto cose consumabili o l'esecuzione di una prestazione di fare: nell'eventualità la pronuncia di risoluzione avrà valore limitato in quanto costituirà un credito pecuniario per equivalente. Anche nella seconda ipotesi<sup>178</sup>, il debitore corre dei rischi: se la domanda non dovesse risultare fondata al dovere di adempimento bisognerà aggiungere il diritto di risarcimento della controparte dovuta al ritardo nell'adempimento o anche la risoluzione del contratto per inadempimento collegata alla richiesta di risarcimento dei danni; se la domanda dovesse, al contrario, risultare fondata non dovrebbero sorgere problemi la giurisprudenza ha più volte affermato che il convenuto può offrire la riduzione ad equità, anche in grado di appello<sup>179</sup>, mentre la dottrina ha da sempre sostenuto la possibilità per la controparte di offrire la revisione del contratto sino al momento della precisazione delle conclusioni<sup>180</sup>, quindi il debitore che decide di non adempiere e di destinare le risorse necessarie all'adempimento ad altro scopo rischia di dover riorganizzare l'adempimento, anche a distanza di tempo, per effetto dell'offerta del convenuto<sup>181</sup>, di talché le possibilità economiche del promittente, restano assai limitate ( Tizio promette in vendita un terreno ad un prezzo che è sproporzionato al suo carattere agricolo, successivamente, per effetto di un provvedimento lo stesso terreno diviene edificabile, al contempo, detto provvedimento integra gli estremi richiesti per far operare la presupposizione; Tizio chiede la risoluzione del preliminare ex art. 1467 c.c.; il convenuto, sino al giudizio di appello, può proporre l'offerta di correzione, quindi, Tizio, per tutto il corso del giudizio non può vendere il terreno ad altri acquirenti, dovendo mantenere la possibilità di adempimento). Emerge, dunque, con l'applicazione dell'art. 1467 c.c. una situazione di incertezza a carico del contraente onerato, tuttavia, in base alle sue possibili scelte l'onerato può raggiungere un risultato

---

<sup>177</sup> Lodo Arbitrale 26.1.1971, in *Giur. It.*, I, 2, pag. 2 la pronuncia di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità può giustificare, visto il suo carattere retroattivo, gli inadempimenti della parte onerata anteriori ad essa, con esclusione, però, di quelli anteriori alla comunicazione, rivolta da detta parte all'altro contraente, di volersi valere della risoluzione.

<sup>178</sup> Si dibatte se la semplice richiesta di risoluzione consente di sospendere l'adempimento, va segnalata la mancanza di riferimenti normativi per una risposta affermativa.

<sup>179</sup> Cass. 18. 9. 1972, n. 2748; Cass. 6.2.1970, n. 257.

<sup>180</sup> TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità*, voce in *Enc. Del Dir.*, XXX, Giuffrè, Milano, 1980, pag. 169. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovine, Napoli, 1996, pag. 269 secondo il quale onde evitare i pregiudizi che potrebbero derivare da una offerta tardiva di revisione bisognerebbe far operare il criterio della buona fede. Ciò può condurre a riconoscere alla parte onerata il risarcimento del danno.

<sup>181</sup> MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovine, Napoli, 1996, pag. 269 l'autore concorda con l'applicazione del criterio della buona fede.

economico simile a quello che scaturirebbe da una possibile revisione del contratto. È il caso del debitore che, nonostante la richiesta di risoluzione ex art. 1467 c.c., decide di adempiere onde evitare di trovarsi nella posizione di debitore inadempiente in caso di esito non favorevole della richiesta. Nel caso in cui Tizio si obbliga *ex contractu* a trasferire a Caio X tonnellate di petrolio che questi deve lavorare, Tizio adempie e, successivamente, il giudice riconosce la risolubilità del contratto, Tizio ha diritto alla restituzione ma, essendo la merce già stata consumata, può ottenere solo il suo valore: la questione è come calcolare tale valore. Per costante orientamento giurisprudenziale l'indennizzo da ingiustificato arricchimento va calcolato in riferimento al tempo della sentenza<sup>182</sup>; l'indennizzo è determinato nella minor misura tra il valore del bene perduto dall'impovertito e il valore del vantaggio conseguito dall'arricchito, dunque, la valutazione deve essere fatta con riguardo al tempo della sentenza. Seguendo questo filone, quindi, l'onerato che sceglie di adempiere nonostante abbia già inoltrato richiesta di risoluzione per eccessiva onerosità, diventa creditore, in virtù della successiva sentenza di risoluzione, di una restituzione il cui contenuto non può essere pari al prezzo stabilito nel contratto ma deve essere proporzionato al valore della prestazione. In questo modo il promittente onerato realizza, di fatto, un fenomeno di correzione del rapporto, chiedendo la risoluzione e mantenendo fede all'impegno contrattuale che risulta essere dovuto sino alla sentenza risolutiva; nel caso in cui, effettivamente, si tratta di un contratto che dà diritto alla risoluzione allora la successiva sentenza non farà altro che legittimare le pretese di restituzione che, ovviamente, come sopra chiarito, saranno commisurate ai valori del tempo della sentenza, quindi diversi da quelli previsti nel contratto. In base a quanto appena esposto, possiamo, dunque, affermare che già oggi il promittente di una prestazione dovuta in virtù di un contratto risolubile può ottenere gli stessi effetti sostanziali di una revisione contrattuale<sup>183</sup>: è il caso delle obbligazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione che hanno ad oggetto beni specifici. La tradizionale avversione ai rimedi revisionali non preclude di fatto gli effetti revisionali praticabili già in base al diritto vigente. È necessario verificare se in base alla normativa vigente non sia possibile ammettere la revisione del rapporto quale strumento di reazione alla turbativa contrattuale; all'uopo bisognerà assicurare adeguata tutela ai contraenti: se la revisione garantisce una efficace tutela alla parte lesa dalla sopravvenienza, questa, non deve essere a discapito della controparte. La vicenda perturbativa del rapporto legittima la parte a chiedere la revisione del contratto solo se risulta essere vantaggiosa per la parte svantaggiata e, al contempo, risulti

---

<sup>182</sup> BIANCA, *Le responsabilità*. Giuffrè, Milano, 1994, pag. 801. Cass. 13.1.1972, n. 106 la disposizione dell'art. 1458 c. 1, c.c., secondo cui la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo fra le parti, salvo il limite stabilito per i contratti ad esecuzione continuata e periodica, significa solo che la risoluzione toglie valore alla causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali già effettuate ma l'obbligo delle reciproche restituzioni nasce dalla sentenza che ha natura costitutiva e correlativa efficacia ex nunc.

<sup>183</sup> La tecnica ha un antecedente in un caso di common law *Davis Contractors v. Fareham* nel quale si è ritenuto che il contratto non fosse perturbato al punto tale da giustificare il suo discharge sotto la dottrina della frustration.

irrilevante per la controparte. Nell'eventualità in cui sopravvenga una circostanza che pregiudichi un interesse di una parte e controparte sia in condizione, con una modifica del rapporto contrattuale e senza onerosità, di consentire alla parte svantaggiata dalla turbativa di ottenere la soddisfazione dell'interesse altrimenti pregiudicato, appare ragionevole far operare in sostituzione del rimedio risolutorio una revisione del contratto mediante una integrazione correttiva del rapporto: il criterio di integrazione del contratto rappresentato dall'equità è sufficiente a risolvere la questione indipendentemente dall'art. 1467 c.c.<sup>184</sup>. La questione inizia a complicarsi se la parte non pregiudicata dalla sopravvenienza subisce, per effetto della revisione, un sostanziale mutamento della sua posizione, anche se economicamente definibile neutro. Si supponga che, a causa di una sopravvenienza, l'interesse di una parte sia radicalmente frustato salvo una modifica del contratto che pregiudica però la controparte. Esemplicando: Tizio prende in locazione una stanza d'albergo prospiciente la piazza dove deve avvenire una manifestazione di particolare interesse che ha fatto sì che Tizio accettasse un prezzo nettamente a quello pagato per la medesima stanza in altri periodi; la manifestazione viene spostata ad altra data. In una situazione del genere si registra ampio spazio di manovra per la rinegoziazione del contratto in luogo della sua risoluzione: il conduttore della stanza potrebbe chiedere il mantenimento della locazione con un semplice spostamento della data o, ancora, potrebbe chiedere una revisione del prezzo della stanza per la data pattuita. Entrambi questi risultati sarebbero in via di principio razionali anche se l'albergatore non accetterà di buon grado la revisione del contratto ragion per cui si rende necessaria la previsione di meccanismi idonei a tutelare l'albergatore per l'eventualità in cui sia per lui impossibile ottemperare alla richiesta del cliente. La controparte, di fronte alle richieste di modifica, dovrebbe essere autorizzata a recedere dal contratto se non ha interesse alcuno al suo mantenimento nei termini modificati secondo la proposta della controparte. In verità, è lo stesso art. 1671 c.c. a consentire una simile forma di recesso<sup>185</sup>. Tuttavia, il riferimento all'art. 1671 c.c. appare inopportuno ed inadeguato: il riferimento al mancato guadagno è nella gran parte dei casi inutilizzabile per le sopravvenienze perturbative in quanto se questa dovesse consistere in una eccessiva onerosità della prestazione per il debitore, il mancato adempimento si tradurrà in un vantaggio e, conseguentemente, la pretesa al mancato guadagno sarà nulla. Altrettanto inadeguato risulta il rimborso delle spese sostenute per i lavori eseguiti: la norma fa dipendere questo effetto da una scelta del committente che, decidendo di recedere, realizza un comportamento simile ad un inadempimento, doloso, e, gli viene imposto di tenere indenne la controparte da ogni pregiudizio.

---

<sup>184</sup> SACCO, *L'integrazione*, in Sacco e De Nova, *Il Contratto*, in Tratt. Dir. Priv., dir. Rescigno, II ed., Utet, Torino, 1995, pag. 530 secondo cui l'equità è in grado di dettare norma per i casi in cui una parte rifiuta di rimuovere un ostacolo di per sé insignificante, che impedisce alla controparte il godimento della prestazione o di rimuovere un ostacolo analogo frapposto all'adempimento della controparte.

<sup>185</sup> GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, pag. 396.



Nel caso innanzi esaminato, la situazione è completamente diversa: il recesso del creditore a fronte della richiesta di revisione del debitore non costituirebbe un atto libero bensì sarebbe riconducibile ad un atto di rivalutazione delle condizioni di convenienza dell'affare, ragion per cui condizionare una tale scelta anziché con un sindacato sulla ragionevolezza della decisione con la minaccia di una sanzione appare inopportuno: andrebbe ad integrare una forma di responsabilità oggettiva non ancorata ai presupposti di imputabilità che, invece, dovrebbero giustificare l'imposizione di una obbligazione risarcitoria. Al verificarsi di una sopravvenienza perturbativa incolpevole, che abbia tutte le caratteristiche per farla considerare rilevante, allora, non deve applicarsi l'art. 1671 c.c. come sostenuto da una parte della dottrina ma potrebbe trovare applicazione l'art. 1464 c.c. in tema di impossibilità parziale: il recesso va considerato come *extrema ratio* cioè solo se la modifica del rapporto originario fa venir meno l'interesse del contraente<sup>186</sup>. Seguendo quest'ultima impostazione il contraente non onerato potrebbe recedere dal contratto solo nel caso in cui non abbia un significativo interesse al mantenimento del contratto modificato; così facendo, il giudice può valutare il comportamento della parte a cui viene proposta la modifica del contratto e decidere se il recesso esercitato risponda o meno ad un interesse apprezzabile. Tornando all'esempio sopra citato del turista che affitta una stanza d'albergo ad un prezzo maggiorato in vista di una importante manifestazione, il turista potrebbe chiedere uno spostamento temporale del contratto che coincida con la nuova data delle manifestazione; se, però, per la nuova data le camere di quello stesso albergo sono già tutte locate per un importante convegno si capisce bene che l'albergatore non ha alcun interesse alla revisione del contratto. Il suo comportamento non potrà considerarsi, allora, né pretestuoso né contrario a buona fede ma verrà annoverato nelle ipotesi di recesso previste dall'art. 1464 c.c.. L'art. 1467 c.c. dovrebbe, dunque, riconoscere alla stessa parte onerata la possibilità di richiedere la revisione del contratto in luogo della risoluzione. Dall'interpretazione letterale la norma consente alla parte onerata di chiedere la risoluzione del contratto e alla controparte di evitarla<sup>187</sup> offrendo una revisione del contratto. La ragione può essere accettata o meno da controparte; in tale ultima ipotesi è competenza del giudice valutare l'idoneità della proposta a realizzare una equa modifica delle condizioni contrattuali<sup>188</sup>. Va però osservato che la parte che fa la proposta di modifica ha tutto l'interesse a fare una proposta equa onde evitare, accertata

---

<sup>186</sup> FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione del rischio negli ordinamenti di civil law e di common law*, in riv. Dir. Civ., 1979, I, pag. 709, in questo senso si muovono le clausole di hardship

<sup>187</sup> GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1991, pag. 494 la fase preliminare, dove vi è una proposizione ad opera di uno dei due contraenti è destinata a produrre l'effetto della nascita a favore del convenuto di un potere di azione al fine di contrastare la richiesta di caducazione del contratto. Tale fase determina un presupposto sostanziale per l'esercizio dell'offerta.

<sup>188</sup> GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1991, pag. 495 l'accertamento dell'adeguatezza è un raffronto tra l'equilibrio delle prestazioni originarie e di quello che deriverebbe a seguito della modifica.

l'eccessiva onerosità, la risoluzione del contratto con conseguente perdita di ogni beneficio. Il ruolo del giudice è chiaro: non ha alcun potere di modifica del contratto<sup>189</sup> il suo compito è solo quello di vigilare sulla proposta di modifica del contratto e, dunque, sulla correttezza delle parti. Lo stesso ruolo potrebbe attribuirsi al giudice nel caso in cui si ammettesse che la proposta di modifica possa provenire dalla stessa parte onerata: nel caso in cui la proposta non dovesse essere accettata dall'altro contraente il giudice sarebbe autorizzato ad esprimere un giudizio di congruità della modifica; se controparte dovesse ritenere opportuno esercitare il diritto di recesso spetterebbe al giudice valutare se tale recesso sia da considerarsi pretestuoso e contrario a buona fede o se manchi l'interesse apprezzabile all'attuazione del rapporto modificato. Non avendo il giudice alcun potere di revisione del contratto ma solo di vigilanza sul comportamento delle parti bisogna verificare se colui che chiede la revisione del rapporto contrattuale possa rimettere al giudice il compito di determinare i termini della modifica. La giurisprudenza si è espressa in proposito in positivo e, la posizione, pare essere condivisa anche da parte della dottrina<sup>190</sup>, tuttavia, non appare condivisibile in quanto il giudice diverrebbe parte e dovrebbe riscrivere il contratto. Le difficoltà emergono anche se la sopravvenienza dovesse richiedere un intervento modificativo tale da comportare una notevole alterazione del sacrificio economico richiesto alla controparte<sup>191</sup>. In questo caso ci vengono in soccorso svariate norme dell'ordinamento che prevedono la possibilità di mantenere in vita un contratto con contenuto parzialmente diverso da quello originariamente voluto dalle parti; possibilità prevista solo se l'impegno risulti inferiore a quello originario. Se, successivamente, ad una sopravvenienza un'area venduta nella supposizione che fosse edificabile diviene inedificabile potrà trovare applicazione una domanda di revisione basata sull'analogia con la disciplina in materia di compravendita (*actio quanti minoris*) o basata sul riconoscimento di un potere di domandare la revisione anche da parte dell'onerato ex art. 1467 c.c. Nel caso contrario vengono mosse maggiori obiezioni all'ammissione della domanda revisionale: dall'esame di diverse norme ( nullità parziale, impossibilità parziale, possibilità di ottenere una riduzione della penale eccessiva,

---

<sup>189</sup> RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Egea, Milano, 1992, pag. 305 secondo l'indirizzo più attendibile, accordato al contraente contro il quale è richiesta la risoluzione per eccessiva onerosità e consistente nella proposta di una modifica del contratto idonea a ricondurlo ad equità, è potere che non può estendersi al giudice, pertanto non abilitato a proporre e, ancor meno, ad imporre una modificazione riduttiva del contratto ad equità.

<sup>190</sup> GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 1991, pag. 496 l'intervento del giudice non assume un valore in senso proprio integrativo, né contrasta con i principi del sistema, in quanto la discrezionalità che in materia l'ordinamento gli riconosce deve essere esercitata con esclusivo riferimento all'equo contemperamento degli interessi in gioco. Si tratta di un intervento solidale e non antagonistico con l'autonomia contrattuale.

<sup>191</sup> TRIMARCHI, *Commercial impracticability in Contract law: an economic analysis* in *Intern. Rev. Of Law and Econ.*, 1991, pag. 78. A volte l'adeguamento del contratto potrebbe costituire un peso insormontabile per una delle parti e potrebbe anche rivelarsi antieconomico; così, un aumento dei costi potrebbe risultare intollerabile per il compratore. L'art. 1467 c.c., basato sul potere di azione di una parte interessata ad ottenere la risoluzione e sul potere di reazione dell'altra diretta ad ottenere una revisione, rappresenta l'adeguato strumento per risolvere in modo economicamente efficiente il caso.

*l'actio quanti minoris*) si deduce una direttiva nel senso della modificabilità del contratto solo in senso riduttivo e mai ampliativo. L'inversa soluzione, che ammette la possibilità di modifiche implicanti un incremento della prestazione dovuta dalla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza provocherebbe delle difficoltà al funzionamento del meccanismo idoneo a tutelare la parte contro la quale la revisione viene domandata. Detto meccanismo può operare in base ad una applicazione analogica dell'art. 1464 c.c. in modo che il potere di recesso che viene riconosciuto al contraente risulta condizionato alla mancanza di un importante interesse ad essere vincolati al contratto modificato; in realtà, si tratta di un criterio di difficile applicazione laddove bisogna stabilire se corrisponda ad un apprezzabile interesse recedere da un contratto che implica un sacrificio economico rispetto a quello originario. Se Tizio deve consegnare a Caio un bene che vale 10 a un prezzo di 12 e, in seguito ad una sopravvenienza, il valore diviene 50 è giusto tutelare Tizio la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa ma non si capisce come si potrebbe ammettere una sua domanda volta a mantenere il contratto con un corrispettivo di 60; non si intende, infatti, in quali limiti si possa negare l'interesse di Caio a recedere da un contratto che implichi per lui sacrifici maggiori rispetto a quelli originariamente previsti. Bisognerebbe in caso di aumento della prestazione dovuta, ritenere in *re ipsa* l'interesse, cui l'art. 1464 c.c. subordina il potere di recesso; in altre parole, la revisione è fattibile solo con l'assenso della parte chiamata a sopportare l'aggravamento. Da quanto appena affermato si deve dedurre un certo favore per la revisione se in seguito ad essa l'impegno economico della controparte risulti modificato in aumento<sup>192</sup>: l'affermazione, tuttavia, incontra delle eccezioni. Si ipotizzi che Tizio abbia stipulato nel 1980 con Caio un contratto e che nel 1990 un evento perturbativo pregiudichi gli interessi di Caio che chiede la revisione del contratto trovando però il rifiuto di Tizio. Le parti affrontano un giudizio nel corso del quale Caio prova che a partire dal 1990 Tizio ha stipulato con altri contraenti contratti che hanno un contenuto economico uguale alla richiesta revisionale avanzata da Caio; è evidente che in una simile situazione il rifiuto alla rinegoziazione deve considerarsi ingiustificato e diretto a profittare di un vero *wind fall gain*. Per uscire dall'*empasse* si potrebbe ricorrere alla disciplina della buona fede contrattuale: così operando non si potrà mai giungere ad una revisione giudiziale del rapporto ma si potrà, mediante il risarcimento del danno per la violazione del principio di buona fede, conseguire un risultato revisionale indiretto<sup>193</sup> e, offrire, al contempo, uno stimolo significativo per la rinegoziazione del rapporto. Da quanto appena asserito non bisogna però

---

<sup>192</sup> KULL, *Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies*, in the Hasting Law Journal, 1991, pag. 6.

<sup>193</sup> RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Egea, Milano, 1992, pag. 305. l'autore dubita della validità delle clausole che rinviando a determinazioni future delle parti o di terzi una o più specificazioni del contenuto del contratto, ove non stabiliscono con certezza i criteri alla stregua dei quali deve compiersi la relativo.

dedurre che la parte che conclude più contratti identici sia più propensa ad accettare revisioni dei contratti già conclusi. Questa breve analisi ci permette ora di affermare, senza tema di smentita, che l'art. 1467 c.c. già attualmente può essere utilizzato per consentire la revisione del contratto su iniziativa della parte onerata anziché su iniziativa della controparte. In più occasioni, la giurisprudenza ha avuto modo di dissentire dall'idea che il contratto possa essere revisionato non solo della parte convenuta ma anche su domanda dell'attore. Solo una pronuncia arbitrale si è pronunciata in senso contrario; pur trattandosi di una pronuncia arbitrale, successivamente annullata dai giudici ordinari, rappresenta una pietra miliare dell'esperienza giuridica in quanto dimostra come, al verificarsi di una sopravvenienza, il miglior risultato non si ottiene con una pronuncia giudiziale ma con una soluzione compromissoria tra le parti<sup>194</sup>. Secondo questo filone, infatti, anche la parte onerata può chiedere la revisione del contratto in luogo della sua risoluzione. L'art. 1467 c.c., in quanto espressione del principio generale della sopravvenienza come motivo, a seconda dei casi, di risoluzione o di revisione del contratto, consente la riduzione ad equità del contratto anche al di fuori del caso in cui è previsto ed in particolare anche quando la riduzione ad equità sia domandata dalla parte onerata<sup>195</sup>. Nel caso di specie la parte onerata aveva eseguito i propri obblighi nonostante l'intervenuta onerosità; a tal proposito il Collegio Arbitrale ha osservato che non poteva essere questione di sospensione delle prestazioni e di possibili danni conseguenti da risarcirsi perché l'art. 1467 c.c. non dà facoltà al contraente onerato di risolvere unilateralmente il contratto e di cessare dalle proprie prestazioni, bensì di domandare al giudice la declaratoria di risoluzione. Durante il periodo in cui si svolge il giudizio, il contraente onerato può e deve quindi continuare le sue prestazioni, salvi e riservatigli i diritti derivatigli dalla proposta risoluzione del contratto per il caso di suo accoglimento. Il Collegio Arbitrale, partendo dal presupposto della ispirazione solidaristica della disciplina del contratto, ha sostenuto che alla eccessiva onerosità possa conseguire tanto la richiesta di risoluzione quanto la domanda di riduzione ad equità del contratto e, sulla base di tale impostazione, ha accolto la domanda della parte onerata, ripartendo in modo equo tra i contraenti il peso dell'onerosità sopravvenuta. La decisione arbitrale è stata successivamente

---

<sup>194</sup> ROSSELLO, *Soppravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Egea, Milano, 1992, pag. 391 anche nell'esperienza nordamericana se in alcuni casi il giudice è arrivato a modificare il contratto in altri il ruolo del giudice è solo quello di garante di una equa revisione del regolamento contrattuale.

<sup>195</sup> Lodo Arbitrale 28.2.1972 in *Giur. It.*, 1974, I, pag. 280; la controversia sorgeva dalla conclusione di due contratti di noleggio di motonavi per il trasporto del petrolio. Il prezzo del petrolio era stabilito per tabella costituita da due colonne una in sterline e l'altra in dollari. Le parti avevano concordato l'applicazione della colonna in sterline. Successivamente la moneta concordata subisce una notevole svalutazione rendendo, così, il contratto meno conveniente per la società proprietarie delle navi. Il contratto veniva comunque eseguito ma la società chiedeva un maggior prezzo sull'assunto che il prezzo doveva essere calcolato in dollari (obiezione poi respinta dagli arbitri) e che il contratto doveva essere ricondotto ad equità. La particolarità del caso consiste nel fatto che è stata la stessa parte onerata a presentare richiesta di revisione. Il Collegio Arbitrale accolse solo questa seconda richiesta.

annullata dal giudice ordinario<sup>196</sup>, anche se, in altra occasione, è stato proprio quest'ultimo ad ammettere la possibilità di revisione del contratto alla luce dei suoi presupposti. Nel caso di specie, Tizio alienava a Caio una porzione di maggior fondo; la parte alienata era interclusa su tre lati mentre il quarto lato si sporgeva su una strada statale. A vendita avvenuta, l'A.N.A.S. impediva l'accesso diretto alla strada, rendendo impossibile, di fatto, l'accesso a Caio l'accesso alla pubblica via con conseguente chiusura totale del fondo alienato. Nel giudizio promosso da Caio per ottenere la risoluzione del contratto i giudici hanno ritenuto che l'accesso alla pubblica via costituisse presupposizione dell'atto ma che non potesse ragionevolmente condurre alla risoluzione del contratto. In una simile ipotesi l'analogia più che con l'art. 1467 c.c. deve essere fatta con l'art. 1054 c.c. in virtù del quale ' se il fondo è divenuto da ogni parte chiuso per effetto di alienazione a titolo oneroso, il proprietario ha diritto di ottenere dall'altro contraente il passaggio senza alcuna indennità'. I giudici hanno conseguentemente imposto una servitù di passaggio coattivo gratuita sul fondo dell'alienante, mantenendo, così, in vita l'atto di compravendita, integrandolo, però, con un diritto accessorio non previsto nel momento della conclusione del contratto e in quell'epoca non dovuto in quanto l'interclusione è intervenuta in seguito ad un provvedimento dell'A.N.A.S.<sup>197</sup>. Alla luce delle argomentazioni sin ora svolte si deve concludere che esiste la necessità di sviluppare un approccio articolato al problema della gestione della sopravvenienze, fondato sul ricorso ad una pluralità di strategie, piuttosto che sulla valorizzazione di una rigida contrapposizione tra due esiti alternativi ed esaustivi (stabilità o risoluzione). Non è possibile individuare una strategia unitaria e costante da utilizzare per fronteggiare il problema sopravvenienza<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Cass. 3.10.1977, n. 4199, in Mass. Giust. Civ., 1977; Appl Genova 11.7. 1974, in Dir. Mar., 1974, pag. 755.

<sup>197</sup> Trib. Camerino, 10.5.1976, in Foro It., 1976, pag. 1414.

<sup>198</sup> GILLETTE Clayton, *Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long Term Contracts* in Minnesota Law Review, 1985, pag. 567 si evidenzia come l'adozione di una tecnica di decision-making basata sul criterio minimax non conduce ad esiti univoci ma è compatibile con diverse tipologie di clausole contrattuali, con la conseguenza di non costituire un sicuro criterio di integrazione del contratto. ZIMAGNI, *Economia politica*, NIS, Roma, 1990, pag. 469. la sopravvenienza perturbativa è sintomatica di una lacuna del contratto con la conseguenza che l'effetto economico non trova adeguata giustificazione nella volontà storica delle parti. Il criterio minimax se non fondato sulla volontà dei privati deve esserlo per lo meno produrre effetti economicamente efficienti.

## La riduzione ad equità

In alternativa alla risoluzione del contratto, nei casi contemplati dall'art. 1467 c.c. e, come unico rimedio nelle ipotesi di cui all'art. 1468 c.c. si presenta la *reductio ad aequitatem* la cui finalità è la conservazione del contratto. Essa permette di ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni sinallagmatiche turbate da eventi straordinari ed imprevedibili o, in caso di contratti unilaterali, di riportare la prestazione dovuta nell'alveo del giusto sacrificio patrimoniale esigibile dal contraente obbligato. Il contraente la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa non può pretendere che controparte accetti senza obiezioni che l'adempimento avvenga a condizioni diverse da quelle dedotte in contratto. Solo il contraente contro il quale viene richiesta la risoluzione può paralizzare l'azione, offrendo la modifica delle condizioni contrattuali, riconducendole ad equità. L'offerta di *reductio ad aequitatem* presenta, in questo caso, le stesse caratteristiche dell'offerta di modifica del contratto ex art. 1450 c.c. in tema di rescissione. È un diritto potestativo di modifica unilaterale del contratto che può essere esercitato dal convenuto per evitare lo scioglimento del vincolo contrattuale. L'obiettivo della riduzione ad equità è quella di conservare il contratto: si tratta, infatti, di una 'tecnica di salvataggio' che tende ad evitare l'effetto demolitorio della risoluzione e far prevalere l'interesse all'attuazione del rapporto e alla sua compiuta realizzazione. Il 'salvataggio' si attua mediante l'adeguamento delle condizioni dedotte in contratto che ripristini l'equilibrio tra le prestazioni sinallagmatiche fatto venir meno dall'evento straordinario ed imprevedibile. Presupposto indefettibile dell'offerta di riduzione ad equità fatta dal contraente favorito e, dunque, non imposta dall'attore né *ex officio* dal giudice, è l'interesse del convenuto a rinegoziare con la controparte non essendo automatico che il contraente favorito dalla turbativa mantenga l'interesse a conservare un contratto a costi più elevati<sup>199</sup>. In virtù dell'art. 1467 c.c., come pure come l'art. 1450 c.c. in tema di rescissione, è solo la parte contro la quale la risoluzione è richiesta che può presentare l'offerta per eccessiva onerosità, distinguendo, quindi, tra risoluzione ex art. 1467 1 comma c.c. e la riduzione ad equità ex art. 1467 3 comma c.c., riservandoli esclusivamente rispettivamente al contraente onerato e al convenuto. È evidente che il meccanismo ideato dal legislatore risponda all'esigenza di tutela dell'autonomia privata: appare ingiusto che la conservazione del rapporto sia rimessa alla discrezione della sola parte non onerata giacché solo il creditore è effettivamente interessato ad evitare la risoluzione, magari neutralizzandone gli effetti dannosi, mantenendo in vita il contratto, anche revisionato, e a prolungare il vincolo obbligatorio. Discorso diverso, invece, per il debitore che sarebbe interessato a liberarsi di un negozio ormai divenuto eccessivamente oneroso e quindi a farsi carico di un onere maggiore rispetto a quello

---

<sup>199</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 217.

preventivato<sup>200</sup>. La dottrina minoritaria<sup>201</sup>, guardando gli ordinamenti stranieri<sup>202</sup> e, per cercare di rendere anche in Italia operante l'istituto della revisione del corrispettivo nei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta, ha proposto una lettura estensiva dell'art. 1467 c.c. consentendo al giudice di concedere il rimedio della revisione sull'assunto che si tratta di un *minus* rispetto alla soluzione estrema della risoluzione. Se non si volesse seguire questa impostazione altra soluzione per generalizzare l'istituto della revisione sarebbe quella di far leva sulle numerose disposizioni<sup>203</sup>, espressione del principio generale di conservazione del contratto implicito nel nostro ordinamento, che già consentono la rivedibilità del corrispettivo: il giudice sarebbe legittimato, se non addirittura obbligato, a fare il possibile per mantenere in vita il contratto anche se con le necessarie modifiche per ricondurlo ad equità<sup>204</sup>. L'impostazione, seppur condivisibile in teoria è di diffide applicazione dato che il nostro ordinamento è ancorato al dogma della immodificabilità del contratto con le sole eccezioni previste dalla legge, tra le quali non può annoverarsi la domanda della parte onerata di modifica delle condizioni contrattuali. La giurisprudenza<sup>205</sup> ha da sempre espresso la sua contrarietà all'applicazione estensiva dei rimedi previsti dall'ordinamento per la modifica del contenuto contrattuale, ragion per cui i giudici hanno negato la possibilità di revisione del contratto anche su domanda della parte onerata, attenendosi sempre al principio restrittivo in virtù del quale la riduzione ad equità è un mezzo che compete solo alla parte alla quale sia opposta l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione mentre la parte per la quale la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa deve limitarsi a chiedere la risoluzione ex art. 1467 c. 1 c.c.

---

<sup>200</sup> L'affermazione è confermata dalla Relazione al Re n. 133 secondo la quale l'offerta costituisce un diritto della parte contro cui la risoluzione è demandata; BOSELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, op. cit., pag. 301 per il quale è impossibile, in base alla legge, concedere anche all'attore la facoltà di richiedere la riduzione del contratto in luogo della risoluzione; MARES, *L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso*, NGCC, 1996, II, pag. 61.

<sup>201</sup> MICCIO, *I diritti di credito*, II; Torino, 1977, pag. 467; GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 243.

<sup>202</sup> L'ordinamento tedesco utilizza strumenti di interpretazione correttiva che, pur mantenendo in vita il contratto, consente al giudice di adeguare il contenuto alle nuove circostanze. Alla base di questa impostazione vi è l'interesse dei privati alla realizzazione dell'affare anche se a condizioni diverse da quelle inizialmente previste.

<sup>203</sup> Artt. 1384 c.c. in tema di clausola penale; 1447 c.c. in tema di contratto concluso in stato di pericolo; 1537 c.c. in tema di vendita a misura; 1538 c.c. in tema di vendita a corpo; 1584 c.c. in tema di riduzione del canone di locazione; 1623- 1635- 1636 c.c. in tema di affitto.

<sup>204</sup> GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 243 per il quale l'art. 1367 c.c. sembrerebbe con questa ricostruzione sancire il principio di conservazione del contratto in tema di interpretazione.

<sup>205</sup> Cass. 5.1.2000, n. 46 ‘ nei contratti a prestazioni corrispettive.... L'unica parte che ha titolo a sollecitarne la rettifica delle condizioni del negozio è quella che sia stata convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione del negozio medesimo per eccessiva onerosità, essendo da escludere che una richiesta di *reductio ad aequitatem* possa essere contrapposta ad una domanda di adempimento. Cass. 11.11.1986, n. 6584, FI, 1986, I, 2177.

## La natura dell'offerta di riduzione ad equità

Sin dalla entrata in vigore del codice attuale<sup>206</sup>, assai dibattuta in dottrina è stata la natura, sostanziale o processuale, dell'offerta di *reductio ad aequitatem*. Dovendo spiegare come una proposta di modifica contrattuale possa inserirsi in un procedimento incardinato per la risoluzione del contratto le soluzioni avanzate dalla dottrina sono state svariate<sup>207</sup>. È bene anticipare che nella varietà delle argomentazioni, la dottrina prevalente propende per riconoscere natura sostanziale all'offerta di *reductio ad aequitatem*<sup>208</sup>. Alcuni autori<sup>209</sup>, facendo riferimento all'istituto della *condicio iuris* e, partendo dal presupposto che l'esercizio del diritto potestativo alla risoluzione non necessariamente porta ad essa, potendo controparte evitarla tramite l'offerta di una equa modifica delle condizioni contrattuali, hanno asserito che la risoluzione per eccessiva onerosità non opera *ipso iure* poiché essa è sottoposta alla condizione sospensiva negativa della mancata presentazione dell'offerta ovvero alla condizione risolutiva della proposizione della medesima. L'impostazione non appare condivisibile in quanto lega la sorte del contratto alla proposizione dell'offerta anziché al convincimento del giudice in merito alla congruità della *reductio*<sup>210</sup>. Altri autori, invece, ravvisano nell'offerta di riduzione ad equità l'esercizio di una *facultas solutionis*, attribuita alla parte convenuta nel giudizio di risoluzione, rispetto all'obbligo principale di restituire la prestazione ricevuta. Detta interpretazione si basa sul presupposto che il diritto alla risoluzione e rescissione costituisce un diritto potestativo; il convenuto si trova in una posizione di mera soggezione per cui non potrebbe sottrarsi all'offerta di risoluzione/rescissione ove ricorrano i presupposti previsti dalla legge. La teoria consentirebbe al convenuto, in seguito alla risoluzione del contratto, di optare, anziché per la restituzione del prezzo, per una prestazione che ripristini l'equilibrio contrattuale<sup>211</sup>. Anche questa seconda soluzione non appare condivisibile perché contrastante con la finalità dell'offerta cioè evitare la risoluzione/rescissione del contratto e di intervenire sugli effetti della

---

<sup>206</sup> Ai fini della ricostruzione e dell'analisi dei precedenti legislativi dell'istituto DEL BENE, *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*, GM, 1997, pag. 198.

<sup>207</sup> BOSELLI, *La risoluzione*, op. cit., pag. 293 secondo il quale la varietà di interpretazioni, riscontrabile anche in tema di rescissione, è dovuta alla laconicità del precetto legislativo ma anche al fatto che la proposizione dell'offerta sembra, dal dettato della norma, legata all'esercizio in atto dell'azione di risoluzione/rescissione del contratto.

<sup>208</sup> ROPPO, *Il contratto*, op. cit., pag. 896 per il quale il contesto processuale non muta la qualificazione dell'atto che resta un negozio sostanziale; SACCO, *Il contratto*, op. cit., pag. 1003: 'si sarebbe potuta inquadrare la domanda di riduzione come un atto simmetrico rispetto alla domanda di risoluzione: un atto, cioè, processuale, da proporsi nella comparsa di risposta. Ma il legislatore parla qui di offerta e non di domanda. E, così come è avvenuto in materia di contratto viziato da errore o da lesione o stato di necessità, anche qui ha prevalso l'idea dell'offerta come negozio civilistico'.

<sup>209</sup> TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1986, pag. 384; CARIOTA e FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1963, pag. 386; ENRIETTI, *Della risoluzione del contratto*, op. cit., pag. 901.

<sup>210</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 250.

<sup>211</sup> TORRENTE, nota a Cass. 29.5.1947, n. 836, FI, 1947, I, pag. 566.



sentenza che pronuncia la risoluzione/rescissione<sup>212</sup>. La teoria che afferma la natura sostanziale dell'offerta di riduzione ad equità qualifica la stessa come variandi del contratto per atto unilaterale di volontà<sup>213</sup>. Il rimedio della *reductio*, la cui finalità è la conservazione del rapporto, quindi presenta il controdiritto concesso dall'art. 1467 c.c. in opposizione al diritto di risoluzione. Ci troveremmo, dunque, in presenza di un potere di modifica unilaterale del contratto consistente in una dichiarazione di volontà unilaterale recettizia diretta non tanto alla controparte quanto, piuttosto, al giudice che, eventualmente, provvede ad accoglierla con una pronuncia che ha carattere costitutivo. La teoria è condivisa da tutti quegli autori che pur riconoscendo natura sostanziale all'offerta di *reductio* non la ritengono *sic et simpliciter* una proposta contrattuale, evidenziando che l'offerta non necessita di essere accettata dalla controparte ai fini della sua operatività, potendo il giudice ritenerla equa ad evitare l'offerta, a prescindere dalla volontà del contraente onerato<sup>214</sup>. Non dovendo essere accettata da controparte non può condividersi l'opinione<sup>215</sup> secondo la quale qualora si addivenga ad un accordo di modifica delle condizioni siamo in presenza di un vero e proprio contratto ex art. 1326 c.c. modificativo di quello originario<sup>216</sup>. Vero è che bisogna tenere ben distinte l'offerta di modifica del contratto diretta a controparte finalizzata a demolire la pretesa risolutoria dalla *reductio ad aequitatem* che s'inserisce necessariamente in un atto processuale e che è finalizzata a chiedere al giudice una equa modifica delle condizioni contrattuali tale da ripristinare l'equilibrio sinallagmatico, a prescindere dalla volontà del debitore, dunque, anche se controparte si oppone o non vi abbia interesse. La prima 'offerta' si configura come una proposta di contratto che, dovendo essere necessariamente accettata, può essere fatta, indifferentemente, nel corso del giudizio o in via stragiudiziale e che ha effetto sul giudizio solo in quanto fa venir meno la materia del contendere, al pari di una comune proposta di accordo transattivi. La seconda, al contrario, non necessitando di alcuna accettazione, è rilevante solo se proposta nell'ambito di un giudizio, ai fini

---

<sup>212</sup> TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, op. cit., pag. 168 'né potrebbe vedersi, prima della sentenza, nell'offerta di modifica, una *facultas* in senso tecnico giacché in quel momento non è neppure configurabile un'obbligazione del convenuto rispetto al cui oggetto la *facoltà* di offrire la *reductio ad aequitatem* del contratto possa dirsi in *facultate solutionis*.

<sup>213</sup> BOSELLI, *La risoluzione*, op. cit., pag. 297 che riprende una 'intuizione MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, pag. 510.

<sup>214</sup> RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1977, pag. 658; MAZZOCCHI, *La natura giuridica dell'offerta di reductio ad aequitatem e i poteri del giudice*, RDCO, 1956, pag. 49; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1992, pag. 947; PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, pag. 45 secondo il quale si tratta di una fattispecie complessa in cui all'atto di parte si aggiunge l'intervento tecnico-valutativo del giudice.

<sup>215</sup> GALLO, *Eccessiva onerosità*, op. cit., pag. 241 per il quale l'offerta deve qualificarsi come una proposta rivolta alla controparte la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa finalizzata alla conclusione di un nuovo accordo. Quello che infatti è certo è che una tale offerta può aver luogo non solo in sede processuale ma anche prima del processo. Se essa viene accettata da controparte non si pongono particolari problemi. Le maggiori difficoltà sorgono quando le parti non riescono a trovare un nuovo accordo, nel caso deve ritenersi che se la proposta è idonea oggettivamente a ricondurre ad equità il regolamento contrattuale, sorge un dovere della controparte di concludere un nuovo accordo, in caso di inadempimento spetterà al giudice pronunciare una sentenza sostitutiva del contratto non concluso ex art. 2932 c.c.; DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità*, op. cit., pag. 129.

<sup>216</sup> TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, op. cit. pag. 169.

della sua operatività è necessaria una pronuncia del giudice<sup>217</sup>. Per qualche autore<sup>218</sup> l'offerta di riduzione ad equità è una dichiarazione unilaterale, non negoziale, diretta solo al giudice mediante la quale il contraente non onerato dimostra il suo interesse all'esecuzione del contratto. Il rimedio della risoluzione funge da strumento di tutela del contraente onerato il quale non può essere obbligato ad eseguire la prestazione a condizioni inique; è pur vero, però, che bisogna tutelare la controparte ancora interessata alla esecuzione della prestazione divenuta eccessivamente onerosa. Derivando l'eccessiva onerosità da cause obiettive che non rendono impossibile la prestazione, l'ordinamento consente al contraente non onerato, ancora interessato all'esecuzione, di evitare lo scioglimento del contratto senza rischiare di rimanere vittima di atteggiamenti opportunistici del debitore che, sfruttando l'interesse della controparte all'adempimento, potrebbe ottenere il riconoscimento di pretese esorbitanti in relazione all'invocato squilibrio sopravvenuto delle prestazioni corrispettive. All'uopo il legislatore ha richiesto che il giudizio di congruità dell'offerta fosse demandata al giudice che, in quanto terzo ed imparziale, è l'unico in grado di rendere effettivamente operativo il principio di conservazione del contratto di cui il rimedio della *reductio* è espressione. In base al principio appena enunciato allo scioglimento del vincolo contrattuale divenuto eccessivamente oneroso è da preferirsi il suo mantenimento in vita, seppur con le necessarie modifiche atte a ripristinare l'equilibrio fra le prestazioni sinallagmatiche. Si tratta di una scelta rispondente alle esigenze dell'economia moderna che predilige la regolare e ininterrotta esecuzione dei traffici. Il nostro ordinamento, infatti, visto la rimediabilità del sopravvenuto squilibrio sinallagmatico, propende per la conservazione del contratto che costituisce l'obiettivo primario rispetto alla soluzione residuale della risoluzione e, richiede ai fini della sua operatività, la denuncia del debitore dei fatti causativi dell'eccessiva onerosità e la dichiarazione della controparte al permanere del suo interesse all'esecuzione nonché la sua disponibilità ad assumere un ulteriore sacrificio che permetta di ristabilire l'equilibrio fra le prestazioni sinallagmatiche. L'eccessiva onerosità, dunque, determina la risoluzione del contratto solo quando, in sede processuale, si verifica tramite la mancanza dell'offerta di riduzione ad equità che non vi è alcun interesse. Poiché non è possibile la modifica unilaterale delle condizioni negoziali, la conservazione del contratto viene attuata direttamente dall'ordinamento che, verificata la permanenza dell'interesse all'esecuzione constatabile mediante l'offerta, impone la modifica del contratto riportandolo ad equità. L'offerta si configura come una dichiarazione unilaterale, diretta al giudice, con la quale il creditore dichiara la sua disponibilità ad assumere un maggior sacrificio per ripristinare l'equilibrio sinallagmatico e che non ha nessun effetto sulla realtà negoziale che potrà essere modificata solo

---

<sup>217</sup> DEL BENE, *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*, op. cit., pag. 210; BOSELLI, *La risoluzione*, op. cit., pag. 300.

<sup>218</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 223.

con sentenza costitutiva che, previo accertamento della risolubilità del contratto, impone alle parti l'equa innovazione del regolamento contrattuale. Tanto induce alcuni autori a ritenere che l'offerta non avendo natura sostanziale di proposta contrattuale può avere contenuto generico in quanto deve solo indicare la disponibilità del convenuto ad assumere maggiori oneri che verranno successivamente determinati dal giudice<sup>219</sup>. Una specificazione dell'offerta potrebbe essere un limite a tale disponibilità, segnando i confini dell'interesse del creditore all'esecuzione del contratto. Il giudice non deve valutare la congruità dell'offerta fatta dal convenuto mediante una sentenza dichiarativa ma deve indicare direttamente mediante una sentenza costitutiva le modifiche idonee a ricondurre il contratto ad equità. L'offerta, pertanto, agisce come una vera e propria *condicio iuris*, sospensiva-negativa. Il problema della natura dell'offerta di riduzione ad equità è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza che dopo orientamento oscillanti ha mostrato una netta preferenza per la teoria processualistica, condivisa dalla dottrina maggioritaria, che attribuisce carattere negoziale all'offerta, che è vista come una manifestazione di volontà negoziale diretta all'altra parte e, al contempo, al giudice anche se formulata nelle more di un giudizio e inserita in un atto processuale<sup>220</sup>. Qualche sentenza ha, invece, ha dichiarato la natura negoziale dell'offerta solo se fatta in via stragiudiziale mentre ha dichiarato la sua natura di atto processuale se fatta nell'ambito di un giudizio nelle forme e per gli effetti di cui agli artt. 1450 e 1467 c.c.<sup>221</sup>. Altre sentenze riconoscono all'offerta natura negoziale solo se accettata da controparte: ' a differenza del caso in cui il convenuto chiede che sia il giudice stesso a determinare la modifica da apportare alle originarie pattuizioni per ricondurle ad equità, quando, invece, egli, nell'esercizio della facoltà di disporre liberamente dei propri interessi, propone direttamente questa modifica.... Poiché...tale proposta perde il carattere di proposta negoziale, rivolta alla controparte e assuma il connotato di una specifica domanda processuale, il giudice, ex art. 112 cpc, può soltanto pronunciarsi sulla efficacia di questa ad impedire l'accoglimento della contrapposta domanda di risoluzione, non anche sul se, per impedire la risoluzione, avrebbe potuto avere una minore estensione, conseguentemente riducendo la somma offerta, poiché, così facendo, deciderebbe ultra petita, invadendo la sfera dispositiva delle parti<sup>222</sup>. In un ultimo caso su cui la Suprema Corte è stata

---

<sup>219</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 224.

<sup>220</sup> Cass. 29.1.1990, n. 531; Cass. 6.12.188, n. 6630 sostengono la natura sostanziale dell'offerta che non può essere fatta dal procuratore alle liti ex art. 83 cpc ma deve essere fatta direttamente dal convenuto o da un procuratore speciale. Cass. 16.4.1951, n. 431, GI, 1995, I, pag. 530 ' detta offerta, come è stato autorevolmente rilevato in dottrina, ha carattere di una dichiarazione di volontà negoziale diretta all'altra parte, che può essere accettata da questa ovvero imposta dal giudice, in quanto riconosciuta rispondente ad equità. Con essa si invita l'attore ad accettare le nuove condizioni contrattuali e, in caso di rifiuto, si chiede al giudice di fungere da arbitratore per ristabilire l'equilibrio economico delle prestazioni'.

<sup>221</sup> Cass. 18.9.1972, n. 2748 secondo cui l'art. 1450 c.c. conferisce il potere di evitare la rescissione del contratto attraverso una modifica mentre controparte si trova in una situazione di soggezione dovendo subire la modifica senza impedire la rescissione..

<sup>222</sup> Cass. 11.1.1992, n. 247, GI, 1993.

chiamata a pronunciarsi questa ha optato per la natura processuale dell'offerta ' che vede l'offerta di *reductio ad aequitatem* come domanda, processuale, di un provvedimento giudiziale volto ad ottenere, *ope iudicis*, una modificazione delle clausole contrattuali sufficiente a ridurre il contratto ad equità. Probabilmente, la più esatta qualificazione della fattispecie deve partire dal principio che la facoltà di proporre, da parte del convenuto in risoluzione o in rescissione, una modificazione del contratto sufficiente a ricondurlo ad equità costituisce esercizio di un diritto potestativo che gli consente, compiendo una certa attività, di sottrarsi all'attuazione di una pretesa che in mancanza di una tale offerta la fattispecie si risolverebbe nella pronuncia, a suo danno, della rescissione o risoluzione del contratto. Conseguente che la offerta di *reductio ad aequitatem* non concreta una vera e propria proposta contrattuale diretta a provocare, con l'accettazione della controparte, la stipula di un nuovo accordo modificativo del precedente, ma è e resta un atto unilaterale recettizio al quale il destinatario, se lo considera vantaggioso, può prestare adesione. Se questa non dovesse avvenire, fermo restando la natura di atto unilaterale dell'offerta, occorre, al fine di impedire l'operatività della pronuncia di risoluzione/rescissione, che il giudice compia, sostituendosi alla parte destinataria dell'atto, una valutazione tecnica in ordine all'adeguatezza della prestazione offerta. Così qualificata, la fattispecie, deve ammettersi che la proposta di riduzione ad equità, non essendo diretta alla stipulazione di un nuovo contratto modificativo del precedente, non occorre che indichi esattamente le clausole da modificare e i limiti in cui debbano essere modificate, ma può anche rimettersi al giudice per la concreta individuazione delle modifiche<sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> Cass. 20.3.2002, n. 578.

## L'offerta di modifica dei contratti con obbligazioni di una sola parte ex art. 1468

Se l'eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda un contratto unilaterale il contraente obbligato non può richiedere la risoluzione ma può solo ottenere una riduzione della sua prestazione ovvero una modifica della modalità di esecuzione, sufficiente a ricondurla ad equità. La diversità di trattamento tra contratti unilaterali e quelli a prestazioni corrispettive si basa sul fatto che l'ordinamento consente la risoluzione dei contratti ex art. 1333 c.c. e che questo rimedio finirebbe per eliminare l'obbligo assunto dal promittente senza che la controparte possa ottenere un sollievo corrispondente<sup>224</sup>. A seguito della risoluzione dei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte si realizzerebbero ulteriori effetti rispetto all'interesse dell'obbligato di preservare l'impegno economico programmato, avvantaggiando controparte che verrebbe totalmente privata del credito. Il rimedio previsto dal nostro sistema, la riduzione della prestazione ad equità, evitando un aggravio del costo della prestazione in misura non ipotizzabile nell'ottica del rischio contrattuale tipico e, assecondando, la legittima aspettativa del creditore a ricevere quanto stabilito con il convenuto, è orientato alla conservazione del contratto e a tutelare esigenze di equità che verrebbero calpestate dalla risoluzione del rapporto. È appena il caso di evidenziare che la risoluzione del contratto finirebbe per avere risvolti negativi anche nei confronti dei terzi: se il fideiussore potrebbe, la risoluzione del contratto farebbe venir meno, unilateralmente, la garanzia del credito in danno della controparte che, avendo confidato nella garanzia personale, ha concesso il prestito al debitore principale. Alcuni<sup>225</sup> sostengono che l'art. 1468 c.c. sia mal formulato e che anche la promessa con obbligazione di una sola parte potrebbe essere risolta senza inconvenienti qualora la risoluzione prevenga ogni disturbo o pregiudizio della controparte: la promessa condizionata al fatto del promissario potrebbe essere risolta re integra; la garanzia prestata per il terzo potrebbe essere ritirata prima che il credito venga accordato al terzo. Altro orientamento sostiene che l'avvenuta esecuzione di una delle prestazione corrispettive sottrarrebbe il contratto sinallagmatico all'ambito di applicazione dell'art. 1467 c.c., consentendo piuttosto la esperibilità del solo rimedio dell'equa modifica delle condizioni contrattuali previsto dall'art. 1468 c.c. per i contratti con obbligazioni a carico di una sola parte<sup>226</sup>. L'opinione si fonda sull'assunto che quando un contratto sinallagmatico viene eseguito *ex uno latere*, la situazione potrebbe essere assimilata a quella di cui all'art. 1468 c.c.: l'applicazione in via analogica del rimedio della revisione contrattuale alla fattispecie in esame eviterebbe l'insorgere di obbligazioni restitutorie da indebito o da arricchimento conseguenti alla risoluzione di un contratto totalmente adempiuto dalle parti. La teoria è stata, però, criticata in

<sup>224</sup> ROPPO, *Il contratto*, op. cit. pag. 1030, secondo cui il rimedio de quo vada applicato a tutti i contratti gratuiti.

<sup>225</sup> SACCO, *I rimedi sinallagmatici* in Trattato di diritto privato, pag. 535.

<sup>226</sup> CASELLA, *Risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit. pag. 247.

quanto bisogna sempre tener presente la funzione commutativa originaria del contratto e, dunque, anche dove risultasse eseguita una sola prestazione i rimedi esperibili sono solo quelli di cui all'art. 1467 c.c. Nei contratti unilaterali, per stabilire se la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa e, non essendoci rapporto sinallgmatico e quindi un termine di paragone, è necessario far riferimento al sopravvenuto aumento del costo o del valore della prestazione idoneo a modificare significativamente l'importanza dell'impegno economico inizialmente previsto: fornitura periodica di carburante il cui costo sia lievitato notevolmente, per eventi straordinari ed imprevedibili, nel corso dell'adempimento. Il diritto potestativo del contraente onerato di ottenere l'equa riduzione si esercita mediante apposita domanda giudiziale cui segue, con l'accoglimento, una sentenza costitutiva di riduzione della prestazione o di modifica delle modalità di esecuzione della stessa, atta a contenere l'aggravio della posizione debitoria nell'ambito di quanto prevedibile sulla base di un'avveduta razionalità<sup>227</sup>. Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza questa ha da sempre escluso l'applicazione analogica dell'art. 1468 c.c. ai contratti a prestazioni corrispettive in cui la prestazione di una parte sia stata interamente eseguita. Neppure si registrano pronunce che abbiano applicato in concreto l'art. 1468 c.c. anche se alcune sentenze negano categoricamente l'operatività del rimedio in tema di mutuo, in tema di singole clausole contrattuali e in tema di contratti di borsa a premio dont. Altre sentenze, infine, pur ritenendo applicabile, almeno in via teorica, il rimedio *incidenter tantum* non ravvisano nella specie i presupposti per la sua applicazione<sup>228</sup>.

### **La risoluzione per eccessiva onerosità**

A norma dell'art. 1467 c.c. laddove si dovesse verificare un evento straordinario ed imprevedibile che renda la prestazione eccessivamente onerosa due sono le alternative: la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti di cui all'art. 1458 c. 1 cc.; la parte contro la quale la risoluzione è domandata può evitarla offrendo di modificare, equamente, le condizioni del contratto. La risoluzione consiste in un rimedio molto rigido la cui finalità è quella di far ottenere alla parte patrimonialmente onerata un effetto distruttivo del contratto. La sentenza che dichiara la risoluzione del contratto ha natura costitutiva con efficacia, limitatamente alle parti interessate, retroattiva. L'ordinamento distingue tra contratti corrispettivi ad esecuzione istantanea e ad esecuzione continuativa e periodica. In riferimento ai contratti con effetti obbligatori, la risoluzione opera diversamente a seconda che le prestazioni siano o meno state eseguite, determinando, ovviamente, due diversi risultati: nel caso di prestazioni non eseguite si avrà l'effetto

---

<sup>227</sup> TERRANOVA, *Eccessiva onerosità*, op. cit., pag. 230;

<sup>228</sup> Cass. 20.9.1993, n. 1976.

liberatorio diversamente l'effetto restitutorio per le prestazioni già eseguite che dovranno essere restituite. Se dovuta, la restituzione deve avvenire in *idem corpus* qualora la prestazione avesse ad oggetto una cosa determinata che risulti presente ed identificabile presso il soggetto passivo dell'obbligo di restituire; se, invece, il contratto ha ad oggetto una prestazione di genere la restituzione avverrà per *tantundem* e, ancora, per equivalente se l'obligato non è in grado di effettuarla mediante i metodi appena indicati (la cosa è stata già venduta). Per i contratti ad effetti traslativi o costitutivi, se non ci sono obbligazioni da estinguere, la risoluzione comporta *ipso iure* il trasferimento del diritto in capo al titolare originario, operando con efficacia reale inversa a quella propria del contratto<sup>229</sup>. La risoluzione, operando retroattivamente fra le parti, cd. Retroattività obbligatoria, non pregiudica il contratto, i diritti eventualmente acquisiti dai terzi prima della risoluzione salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione<sup>230</sup>. La compatibilità del carattere costitutivo della sentenza e la sua efficacia retroattiva dipende dal fatto che la risoluzione libera le parti dalla pronuncia (*ex nunc*) mentre obbliga alla restituzione delle prestazioni eventualmente già eseguite con effetti *ex tunc* risalenti alla stipula del contratto. L'art. 1458 c.c. esclude che la risoluzione possa operare retroattivamente nei contratti ad esecuzione continuativa o periodica in riferimento ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La *ratio* della norma consiste nella conservazione delle coppie di prestazioni corrispettive che abbiano già pienamente realizzato l'interesse dei contraenti. L'eccezione al principio di retroattività si applica esclusivamente a quei contratti in cui la continuazione o periodicità non solo esiste per entrambe le parti ma si realizza in modo che sia costantemente attuato l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione. L'opinione prevalente ritiene che la risoluzione esaurisce il suo compito nell'estinzione delle obbligazioni, non ancora adempiute e, dunque, ancora in vita, o nel trasferimento del diritto prodotti dal contratto, cioè nella determinazione di quanto è strettamente necessario e sufficiente perché il rapporto creato dal contratto si estingua. A seguito della risoluzione del contratto intervengono principi che determinano la restituzione dei contraenti. Venuta meno l'obbligazione di una parte o ripristinata in capo all'autore originario la titolarità del diritto trasmesso dal contratto, l'attribuzione patrimoniale che l'altra abbia compiuto in corrispettivo di quella obbligazione o, rispettivamente la disponibilità materiale del bene oggetto del diritto che controparte ha ottenuto, risultano privi di causa e la legge ne dispone la restituzione. Si tratta, quindi, di obblighi nuovi, autonomi che non hanno carattere né origine contrattuale<sup>231</sup>, pertanto le

---

<sup>229</sup> DALMATIELLO, *Risoluzione del contratto*, NN.D.I. XVI, Torino, 1969, pag. 144 parla di efficacia reale inversa.

<sup>230</sup> CASELLA, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 210.

<sup>231</sup> BOSELLI, *La risoluzione*, op. cit., pag. 946 il quale sottolinea come l'idea, ispirata alla concezione della risoluzione come contratto risolutorio sinallagmatico, secondo cui le prestazioni restitutorie sono reciprocamente condizionate non è condivisa dalla giurisprudenza. può, dunque, agire per la risoluzione anche chi non può più restituire la prestazione ricevuta. La restituzione è solo un effetto e non la condicio sine qua non della risoluzione.

prestazioni già eseguite saranno, *ab initio, sine causa* e daranno luogo alla ripetizione dell'indebito o restituzioni di arricchimento, salve le eventuali ragioni di danno. Per le restituzioni si applicano le norme previste dal legislatore per la ripetizione dell'indebito ex artt. 2033-2040 c.c. e quelle in tema di ingiustificato arricchimento ex artt. 2041- 2042 c.c.<sup>232</sup>. In tema di risoluzione per eccessiva onerosità, l'applicazione di tali regole agli obblighi restitutori risulta meno problematica rispetto a quanto avviene in materia di risoluzione per inadempimento<sup>233</sup>, considerato che, a differenza di quest'ultima, in tema di risoluzione per eccessiva onerosità la buona fede dell'accipiens è cosa normalmente incontestabile dal momento che lo scioglimento del contratto è determinato da circostanze oggettive che, in quanto straordinarie ed imprevedibili, esulano dalla volontà dei contraenti e non possono fondare alcuna responsabilità a titolo di colpa, andando così ad eliminare *ab origine* ogni pretesa risarcitoria in ordine al mutato potere d'acquisto del denaro oggetto della restituzione<sup>234</sup>. Diversa sarà la disciplina dei frutti e degli interessi a seconda della teoria che si condivide: i fautori della retroattività 'debole' ritengono che questi sono dovuti dal giorno della domanda poiché l'accipiens è da ritenersi sempre in buona fede mentre per i fautori della retroattività 'forte' sono dovuti dal momento del pagamento<sup>235</sup>. Se il perimento o il deterioramento della cosa determinata sono dovuti al fatto dell'accipiens in buona fede, questi risponde solo nel limite del suo arricchimento. Se l'obbligazione ha ad oggetto cose fungibili che sono state consumate o trasformate dall'accipiens in buona fede, questi dovrebbe procurarsi altrove il *tandundem* da restituire subendo, così per intero, i danni derivanti dall'aumento di valore delle cose fungibili a suo tempo ricevute. Onde evitare un simile pregiudizio al debitore in buona fede, bisognerebbe accogliere la teoria in virtù della quale in caso di aumento del prezzo delle cose dovute l'accipiens dovrebbe avere un diritto di scelta tra la restituzione del *tantundem* e il valore che le cose avevano nel momento in cui sono state consumate o trasformate<sup>236</sup>. Se il contraente ha ricevuto una somma di denaro questi è tenuto a restituirla nella stessa quantità nominale versata dal solvens al momento del pagamento: in virtù del principio nominalistico, conformemente alla tutela

---

<sup>232</sup> SACCO, *Il contratto*, op. cit., pag. 944; MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, Torino, pag. 774; BIANCA, *Diritto civile*, V, La responsabilità, op. cit., pag. 290.

<sup>233</sup> L'equiparazione dell'accipiens in buona fede al contraente adempiente e dell'accipiens in mala fede al contraente inadempiente. Contra BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, Enc. Dir., XL, Milano, 1989, che, sostenendo l'inqualificabilità della posizione del contraente inadempiente in termini di mala fede, contrappone la teoria della retroattività in senso debole a quella della retroattività in senso forte.

<sup>234</sup> BOSELLI, *La risoluzione*, op. cit., pag. 290 il quale sostiene che in tal caso non vi sono ostacoli alla operatività del principio sussidiario sancito, in tema di effetti del possesso, dall'art. 1148 c.c., in base al quale il possessore di buona fede fa i suoi frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino allo stesso giorno.

<sup>235</sup> La decorrenza posticipata degli interessi, oggetto della prestazione quinquennale ex art. 2948 c. 4 c.c. e che devono essere richiesti con apposita domanda, è disposta in funzione della tutela della buona fede dell'accipiens. L'obbligo di restituzione del denaro è esigibile dal momento del pagamento e, pertanto, dovrebbe implicare la maturazione automatica degli interessi così come con il contraente in mala fede.

<sup>236</sup> BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, op. cit., pag. 794.



della buona fede di colui che ha ricevuto l'indebito<sup>237</sup> è del tutto irrilevante l'eventuale svalutazione monetaria intervenuta *medio tempore*. Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza, da tempo questa afferma che l'obbligo di restituzione di una somma di denaro successiva alla risoluzione del contratto per inadempimento, derivando dal venir meno, per effetto della pronuncia costitutiva, della causa delle reciproche obbligazioni, configura un debito di valuta, sia quando grava sulla parte incolpevole sia quando ad essere obbligata alla restituzione è la parte che, con il suo inadempimento, ha generato la risoluzione del contratto, considerata la persistente natura non risarcitoria del relativo debito, che ha ad oggetto l'originaria prestazione pecuniaria, del tutto distinto dal risarcimento del danno spettante in ogni caso all'adempiente<sup>238</sup>.

### **La risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata e periodica**

In tema di risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata e periodica, la dottrina interpreta restrittivamente la locuzione di cui all'art. 1458 c.c. 'contratti ad esecuzione continuata o periodica', dovendosi intendere, con tale espressione, esclusivamente quei contratti che originano obbligazioni di durata per entrambi i contraenti, di guisa che la sua esecuzione comporti, per ciascuna parte, l'esecuzione di coppie di prestazioni da eseguire in modo continuativo e periodico e in grado di attuare ogni volta l'equilibrio sinallagmatico tra prestazioni e controprestazioni<sup>239</sup>. Quando si parla di carattere autonomo delle coppie di prestazioni si fa riferimento al fatto che da tali contratti scaturiscono coppie di prestazioni e di attribuzioni che, essendo in rapporto di corrispettività, possono economicamente e giuridicamente separarsi dalle prestazioni precedenti o successive, senza alcun pregiudizio per le finalità del contratto. Ebbene, restano esclusi dalla operatività del principio della irretroattività tutti quei contratti che pur essendo qualificati ad esecuzione continuativa o periodica, la prestazione di durata è a carico di una sola delle parti mentre la controprestazione è ad esecuzione istantanea da eseguire cioè all'inizio del rapporto, in via anticipata rispetto all'esaurimento della prestazione di durata ovvero differita, posticipata fino al momento finale della prestazione di durata. Se è vero che in caso di controprestazione anticipata non può ammettersi l'irretroattività della risoluzione poiché finirebbe per favorire la controparte consentendole di conservare la prestazione acquisita è altrettanto vero che anche in caso di controprestazione posticipata non può ammettersi l'efficacia della risoluzione su tutte le prestazioni

---

<sup>237</sup> BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, op. cit., pag. 793; BOSELLI, *La risoluzione*, op. cit., pag. 286 il quale contrasta l'opinione secondo la quale la risoluzione avrebbe l'effetto di ripristinare l'effetto anteriore al contratto.

<sup>238</sup> Cass. 20.5.1997, n. 4465, RFI, 1997, *Contratto in genere*, n. 519; Cass., 27.3.1996, n. 2713, RFI, 1996, *Contratto in genere*, n. 397; Cass. 23.1.1995, n. 5391, RFI, 1995, *Contratto in genere*, n. 498; Cass. S.U., 4.12.1992, n.12942, FI, 1993, pag. 401.

<sup>239</sup> ROPPO, *Il contratto*, op. cit., pag. 1030 il quale sostiene l'applicabilità del rimedio de quo a tutti i contratti gratuiti.

non ancora eseguite perché tale soluzione favorirebbe il contraente che avesse ricevuto fino ad un certo momento la prestazione continuata o le prestazioni periodiche e fosse rimasto insoddisfatto da tale momento, consentendogli, con la sua totale liberazione della controprestazione ancora ineseguita, di trattenersi la parte di prestazione continuata o tutte le prestazioni periodiche da lui ricevute, senza nulla prestare in contropartita. È appena il caso di evidenziare che la nozione restrittiva di contratti ad esecuzione continuata o periodica è condivisa anche dalla giurisprudenza : ai fini della operatività dell'art. 1458 c. 1 c.c., in virtù del quale gli effetti retroattivi della risoluzione non operano nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, per prestazioni già eseguite, sono contratti ad esecuzione continuativa o periodica quelli che fanno sorgere obbligazioni di durata per entrambe le parti, ossia quelli in cui l'intera esecuzione del contratto avvenga attraverso una serie di prestazioni da realizzarsi contestualmente nel tempo. Dunque se nella previsione dell'art. 1458 c.c. non possono annoverarsi quei contratti in cui a fronte di una prestazione continuativa vi è una prestazione istantanea della controparte, sicuramente possono annoverarsi quei contratti nei quali ad una prestazione continuativa si contrappone una periodica poiché in tal caso la corrispettività si riflette su tutte le prestazioni mediante le quali il contratto trova esecuzione. La Cassazione ha avuto modo di precisare che in caso di risoluzione del contratto solo unilateralmente ad esecuzione continuata o periodica, prevale la regola della retroattività di cui all'art. 1458 c.1 c.c., con relativo obbligo di restituzione, in *idem corpus* o per *tantundem*, o di pagamento dell'equivalente, quando l'obbligato non è in grado di attuare la restituzione<sup>240</sup>.

### **Norme comuni alle diverse sopravvenienze**

Il presente lavoro evidenzia le lacune del dato normativo sia in ordine all'assenza di riferimenti espliciti a figure di sopravvenienze rilevanti quali lo svilimento della controprestazione e presupposizione sia in riferimento alla mancata previsione di regole a fronte di questioni che possono riguardare sia le sopravvenienze disciplinate che quelle non disciplinate. Proprio in riferimento a quest'ultima categoria è emersa l'esigenza di individuare un criterio per stabilire con precisione fino a quale momento la sopravvenienza perturbativa intervenuta nel mentre dell'esecuzione possa essere considerata rilevante ai fini della risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive. La ricostruzione organica del sistema delle sopravvenienze onerose ha rappresentato un momento di importanza fondamentale per l'inquadramento e il collocamento di figure come la presupposizione e lo svilimento della controprestazione che ufficialmente l'ordinamento ignora ma sono figure ben delineate dalla giurisprudenza. Si è osservato che l'impossibilità, l'eccessiva

---

<sup>240</sup> Cass. 20.3.2000, n. 458.

onerosità e la presupposizione pur essendo tre distinte ipotesi di perturbativa contrattuale hanno una base unitaria e che, inoltre, la presupposizione non deve essere concepita come l'eccessiva onerosità o impossibilità in senso lato ma è una figura del tutto autonoma nella quale confluiscono fattispecie non perfettamente coincidenti né con l'impossibilità né con l'eccessiva onerosità ma riconducibili talvolta all'uno e talvolta all'altra. Individuato il minimo comun denominatore di tutte le sopravvenienze rilevanti è stato possibile affermare che quegli interrogativi che riguardano aspetti comuni delle diverse sopravvenienze possono essere risolte deducendo dalle norme previste dall'ordinamento principi generali applicabili anche a fattispecie per le quali non vi è alcuna previsione. Ebbene, dagli artt. 1467 c.c. (che prevede per la parte la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa la possibilità di chiedere la risoluzione) 1463 c.c.(che impedisce alla parte liberata dall'impossibilità di chiedere la controprestazione), 1664 c.c.( che riconosce alla parte lesa dalla perturbativa il diritto di chiedere la revisione del rapporto, obbligando così l'altra a mantenere in vita un contratto modificato e a fare fronte ad un impegno diverso da quello inizialmente assunto) si ricava la regola generale secondo la quale la risoluzione del contratto parzialmente eseguito è possibile finché non possa ritenersi eseguita la prestazione interessata dalla sopravvenienza. Tanto ha consentito di risolvere le incertezze attinenti alla risoluzione del contratto qualora si sia verificato lo svilimento della controprestazione o sia venuta meno la circostanza presupposta come essenziale: nella prima ipotesi, individuata la regola generale sottesa all'art. 1467 c.c. la si adatta alla fattispecie rovesciata dello svilimento della controprestazione arrivando a concludere che la risoluzione è possibile fino a quando il creditore della prestazione svilita non l'abbia ricevuta; nella seconda ipotesi, invece, l'applicazione della regola generale secondo la quale la presupposizione è rilevante fin quando resta ineseguita la prestazione da essa interessata ha indotto a considerare rilevante il sopravvenuto venir meno delle circostanze presupposte a condizione, necessaria e sufficiente, che la prestazione interessata dalla sopravvenienza risulti ancora inseguita al momento in cui la sopravvenienza si manifesta. Un principio ancor più generale si può ricavare dagli artt. 1218 e 1256 c.c.in virtù dei quali il debitore può liberarsi dall'obbligo di risarcire il danno a meno che non dimostri che la sopravvenuta impossibilità oggettiva della prestazione dipende da causa a lui non imputabile. Si tratta di un principio valido per tutte le ipotesi di sopravvenienza di guisa che può dirsi che nessuna sopravvenienza può essere invocata dalla parte che con il proprio comportamento l'abbia causata o abbia concorso alla sua verificaione. Sicuramente, poi, i principi di cui agli artt. 1221 e 1207 c.c.( che disciplinano rispettivamente l'incidenza del rischio dell'impossibilità successivamente alla costituzione in mora del debitore e del creditore) risultano idonei a risolvere i problemi che si presentano quando durante la mora si verificano l'eccessiva onerosità della prestazione, lo svilimento della controprestazione o sopravvenienze riconducibili alla

presupposizione. Così come il rischio dell'impossibilità sopravvenuta incombe sul debitore o sul creditore costituiti in mora così pure gravano su di essi i rischi diversi dall'impossibilità.

### **Colmare le lacune con regole generali applicabili alle ipotesi non disciplinate**

Prima di ogni discorso è bene tenere a mente che la possibilità di estrarre da una norma dettata in relazione ad una specifica ipotesi di sopravvenienza un principio generale valido anche per le altre è possibile solo sull'assunto che il profilo regolato si presenti negli stessi termini per tutte le tipologie di sopravvenienze rilevanti cioè investa gli aspetti comuni delle diverse figure. Da tanto consegue che le questioni non espressamente disciplinate non si adattano ad essere risolte mediante regole generali valide per ogni fattispecie. Il più importante elemento di differenziazione attiene l'aspetto del residuo margine di attuabilità dell'attribuzione interessata dalla sopravvenienza e quello della valutazione dell'eventuale residuo interesse del creditore a riceverla. In una simile ottica è possibile distinguere tra impossibilità totale da un lato e tutte le altre ipotesi di sopravvenienza dall'altro: mentre la prima è caratterizzata dalla totale e assoluta inattuabilità del vincolo e, per l'effetto, dal venir meno di un interesse del creditore a ricevere l'attribuzione interessata dalla sopravvenienza, nelle seconde permane una certa eseguibilità della prestazione ed un certo interesse del creditore alla sua esecuzione. Da tanto consegue che all'impossibilità totale vengono ricollegate l'estinzione dell'obbligazione isolatamente considerata (art. 1256 c.c.), la risoluzione automatica del contratto a prestazioni corrispettive di cui essa componga il sinallagma (art. 1463 c.c.) e la limitazione automatica della facoltà di scelta dell'obbligazione alternativa (art. 1288 c.c.). in merito ad altre fattispecie di sopravvenienze l'ordinamento prevede dei rimedi in virtù dei quali la possibilità di sciogliere o mantenere in vita il contratto è una scelta rimessa alla valutazione di almeno una delle parti: è il caso dei contratti a prestazioni corrispettive per i quali è prevista la possibilità di recesso del creditore che deve ricevere la prestazione divenuta parzialmente impossibile ex art. 1464 c.c. ovvero è possibile evitare la risoluzione mediante una offerta di riconduzione ad equità per la parte contro cui è demandata la risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione o per lo svilimento della controprestazione ex art. 1467 c.3 c.c. Nessun riferimento è, invece, previsto, per l'ipotesi in

cui una delle prestazioni alternative dedotte in obbligazione è interessata da sopravvenienze onerose o presupposizione. È proprio questo quadro normativo che impedisce di risolvere le problematiche sopra evidenziate mediante l'individuazione di regole generali valide per ogni tipologia di sopravvenienza. In merito alle obbligazioni alternative l'art. 1228 c.c. non trova applicazione per tutte quelle sopravvenienze diverse dall'impossibilità e nelle quali l'interesse del creditore non è suscettibile di essere valutato in modo generale ed astratto. Si è poi evidenziato come la possibilità di richiedere la risoluzione del contratto ex art. 1467 c.c. funge da contrappeso posto a presidio del corretto esercizio della facoltà di scelta sia per le ipotesi nelle quali il creditore sceglie la prestazione più onerosa per il debitore sia per l'ipotesi in cui il debitore dovesse decidere di adempiere eseguendo la prestazione svilita. Un simile contrappeso, però, viene a mancare nelle ipotesi di vendita alternativa di cose determinate, in cui la con testualità della scelta, del passaggio della proprietà e dei rischi esclude che il compratore possa domandare la risoluzione una volta che l'obbligazione diviene semplice. È proprio per questa ragione che l'idea di mettere un limite al potere di scelta del venditore, nel rispetto della clausola generale di buona fede, opportuna per i casi in cui la struttura dell'obbligazione alternativa si inserisce in un contratto con effetti solo obbligatori, è ancor più giustificata. In merito alle conseguenze da ricollegare alla presupposizione due possono essere gli esiti: risoluzione art. 1467 c.c. e rimedio ex art. 1464 c.c. Questo perché alla presupposizione si ricollegano figure tra loro eterogenee di sopravvenienza in alcuni casi assimilabili alla impossibilità parziale in altri, invece, all'eccessiva onerosità o svilimento della controprestazione, ma non interamente riconducibile ad esse. L'applicazione estensiva del rimedio ex art. 1464 c.c. induce ad ampliare la portata del rimedio revisionale sino ad affermare l'esistenza di un implicito dovere di rinegoziazione dei contratti a lungo termine. Dall'analisi è emerso che il nostro ordinamento fornisce al problema solo soluzioni parziali e che stanno acquistando sempre maggiore importanza regole estranee al nostro ordinamento. È il caso dei contratti stipulati secondo modelli contrattuali internazionali uniformi che disciplinano specificatamente il problema delle sopravvenienze come pure è il caso di quei contratti nei quali le parti convenzionalmente fanno riferimento ai principi del diritto uniforme.

## CAPITOLO SECONDO

### *PROFILI COMPARATISTICI*

## **Le sopravvenienze contrattuali e il Codice Europeo dei Contratti.**

Le problematiche legate alle sopravvenienze contrattuali si acuiscono se si dovessero presentare in relazione a contratti stipulati tra diversi paesi europei. In tal caso si pone il problema della disciplina applicabile: l'interrogativo se applicare la disciplina dell'un paese piuttosto che dell'altra potrebbe portare a soluzioni tutt'altro che pacifiche in danno all'interesse del mantenimento in vita del contratto. È opportuno evidenziare che molti contratti vengono stipulati con modelli internazionalmente uniformi che disciplinano in modo specifico la gestione del rischio contrattuale e sono volti alla conservazione del rapporto mediante la rinegoziazione e la revisione. Proprio grazie a questa tipologia di contratti i rimedi alternativi alla risoluzione riescono ad avere una maggiore operatività; per costante orientamento giurisprudenziale, infatti, questi modelli internazionalmente uniformi sono consentiti a condizione che perseguano interessi che, pur non trovando riscontro nel nostro ordinamento, siano giudicati meritevoli di tutela da ordinamenti affini. Va considerato che in una fase di globalizzazione dei mercati il contratto rappresenta un fondamentale strumento di innovazione giuridica che contribuisce a disciplinare in modo uniforme i rapporti commerciali che si intersecano nell'ambito dell'unità economica dei mercati, indipendentemente dagli ordinamenti e politiche dei singoli Stati. Su questi presupposti (mediante la circolazione di regole derivanti dall'autonomia degli operatori del mercato globale) nasce la *lex mercatoria* intesa quale insieme di regole create dalla classe mercantile e senza alcuna influenza della società politica. Le indicazioni dei Principi Unidroit, quelle dei Principi del diritto contrattuale europeo elaborati dalla Commissione Lando e, infine, quelle del Codice Europeo dei Contratti sono illuminanti nel momento in cui si dibatte in ordine alla configurabilità di un generale potere giudiziale di revisione del contratto e di rinegoziazione in capo alle parti: si tratta di regole oggettive della realtà economico-sociale che si affiancano a quelle statali di cui sono un indispensabile complemento. La contrattualistica internazionale, dunque, onde evitare interventi

normativi inadeguati, ha elaborato le clausole di rivedibilità; strumento efficace che, volto alla conservazione del rapporto, obbliga al verificarsi dell'evento perturbativo, i contraenti alla revisione del contratto. Siffatto strumento è del tutto diverso dalle clausole di adeguamento monetario in quanto implica la rideterminazione delle obbligazioni assunte dai contraenti o di alcuni elementi delle stesse ad opera delle parti o dei terzi. La prassi ha introdotto nelle transazioni internazionali le cd. Hardship clause vale a dire una particolare clausola che consente la revisione del contratto al verificarsi della sopravvenienza che modifica significativamente l'originario equilibrio tra le obbligazioni delle parti. Il suo frequente utilizzo si riscontra nei contratti di somministrazione di energie, materie prime o derivati, progettazione e costruzione di grandi complessi industriali, appalti sia pubblici che privati, assistenza tecnica, engineering, commercializzazione, franchising, trasporti a lunga durata, istituzioni di joint-ventures, prestiti internazionali e investimenti stranieri; è di ovvia evidenza che si tratta di contratti a lungo termine non limitati ad un singolo negozio giuridico ma che intessono tra le parti una complessa rete di affari e, per i quali, una revoca del contratto risulterebbe essere distruttiva e costosa. A seguito della sopravvenienza e, dunque, anche della controversia, onde evitare grosse perdite finanziarie le parti devono essere in grado di gestire l'affare nel modo più pacifico e amichevole possibile. Anche nei contratti internazionali le circostanze che possono determinare l'alterazione del sinallagma contrattuale possono essere calamità naturali, eventi bellici, epidemie ma soprattutto cambiamenti dell'assetto politico o monetario di un certo paese oltre che di politiche commerciali contingenti; in breve, da tutte quelle misure che turbano il commercio internazionale. Le conseguenze determinate dalla operatività delle hardship clause successivamente alla sopravvenienza possono essere di due diverse tipologie: o la sospensione dell'esecuzione nell'eventualità in cui gli effetti della turbativa sono limitati nel tempo o la rinegoziazione del contratto: in siffatta ipotesi la parte onerata potrà chiedere alla controparte un esame congiunto finalizzato alla modifica condivisa delle clausole contrattuali divenute inadeguate. In caso di mancato accordo le parti investono della causa un arbitro o un esperto del settore. Da quanto appena premesso emerge una certa similitudine tra l'istituto innanzi descritto e quello della *reductio ad aequitatem* previsto dal nostro ordinamento se non fosse che il primo ha un margine di operatività molto più ampio rispetto al secondo sull'assunto che la hardship clause fa scattare il meccanismo revisionale in presenza di eventi anche solamente non previsti dalla parte che la invoca a condizione che non siano state da questa causate mentre il secondo prevede che solo la parte non onerata può assumere l'iniziativa per la revisione del contratto lasciando alla controparte solo la possibilità di esperire l'azione di risoluzione contrattuale. Il parallelismo, allora, forse risulta più adeguato con la clausola cd. Di *imprevision* che a fronte di sopravvenienze imprevedibili e



indipendenti dalla volontà delle parti consente la rinegoziazione anche se differisce per l'imprevedibilità dell'evento. La clausola di *hardship clause*, che pur incidendo profondamente sui presupposti economici del contratto non lo rende ineseguibile, è qualcosa di diverso anche della clausola di forza maggiore in quanto contemplabile limitatamente alle poche ipotesi indicate dalle parti e che determinano l'impossibilità di esecuzione del contratto. Due sono sostanzialmente le novità ravvisabili nelle *hardship clause*: in primis, il tentativo di delocalizzazione del contratto inteso quale esclusione dell'applicazione dei diritti nazionali dei contraenti e, in secondo, il superamento del tradizionale concetto di contratto quale legge immutabile tra le parti. Ad una definizione statica di contratto se ne sostituisce e se ne impone una dinamica ed evolutiva. Emerge, quindi, chiaramente che le clausole di rinegoziazione o di revisione hanno una maggiore operatività rispetto alle clausole di adeguamento monetario poiché l'inflazione può essere solo una delle possibili cause della loro operatività.

### **Hardship e force majeure**

I Principi Unidroit prevedono le clausole di *hardship* e *force majeure* per fronteggiare le problematiche dei contratti internazionali in una loro fase patologica cioè quando si verificano dei fatti che, successivamente alla loro conclusione e al di fuori di ogni previsione dei contraenti, ne modificano significativamente l'equilibrio sinallagmatico sino ai casi più gravi nei quali viene a mancare il fondamento stesso del contratto. In realtà gli ordinamenti giuridici nazionali, anche grazie al contributo della giurisprudenza, si sono sforzati di trovare delle efficaci soluzioni contemperando il principio di santità del contratto (*pacta sunt servanda*) tipico dei sistemi di common law con l'esigenza, tipica dei sistemi di civil law, di ancorare il contratto alla permanenza di un certo equilibrio tra gli obblighi e le prestazioni (*rebus sic stantibus*)<sup>241</sup>. Su questo assunto si muove la ricerca di criteri volti alla ripartizione del rischio contrattuale, il più coerente possibile con l'assetto di interessi voluto dalle parti<sup>242</sup>. Il commercio internazionale ha evidenziato che le situazioni possibili sono di due tipi. La prima si verifica in caso di impossibilità, materiale o giuridica, della prestazione non determinata dall'obbligato alla quale i diversi ordinamenti nazionali hanno risposto con l'esonero di responsabilità per i danni provocati all'altra parte e, nei casi più gravi con la risoluzione del contratto; la seconda, invece, si verifica allorché la prestazione pur

---

<sup>241</sup> J. BONELL e F. BONELLI, *Contratti Commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Giuffrè editore, Milano, 1997.

<sup>242</sup> BESSONE, *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, Foro pad. 1971, p. 804.

essendo ancora possibile diviene, a causa di eventi imprevedibili, eccessivamente onerosa per l'obbligato; in tal caso la giurisprudenza dei diversi ordinamenti nazionali ha elaborato soluzioni diverse: in alcuni ordinamenti di common law (Inghilterra e Belgio) se ne è arrivati a negare rilevanza giuridica, in altri ( *l'imprevision* in Francia nei contratti amministrativi) hanno riconosciuto all'obbligato il diritto ad un indennizzo, limitatamente ad alcuni rapporti, altri hanno previsto l'intervento del giudice per riequilibrare il contratto ( Spagna, Germania, Stati Uniti) o la possibilità di risoluzione del contratto salva la possibilità per controparte di offrire una riduzione ad equità (Italia). Il principio *rebus sic stantibus* viene utilizzato con molta prudenza anche dall'arbitrato internazionale<sup>243</sup>. Vi sono, poi, delle situazioni nelle quali la disciplina nazionale addirittura non distingue tra le due situazioni, si parla in tal caso di forza maggiore economica o di impossibilità economica della prestazione<sup>244</sup>. Anche la pratica dei contratti internazionali ha talvolta preso le mosse da situazioni di forza maggiore per estenderne gli effetti all'adattamento del contratto alle nuove circostanze<sup>245</sup>. Proprio per fronteggiare tutte quelle situazioni che minacciano la regolare esecuzione del contratto e, di fronte alle diverse soluzioni prospettate dai diversi ordinamenti nazionali, dovute alle incertezze della giurisprudenza, la pratica commerciale internazionale ha elaborato schemi di disciplina per le ipotesi di impossibilità obiettiva della prestazione mediante le clausole di forza maggiore e di eccessiva onerosità con le clausole di *hardship*. Purtroppo, però, è frequente che queste clausole elaborate dagli operatori del commercio internazionale o da organizzazioni specializzate non vengono di fatto applicate: tale fenomeno è dovuto sia alla resistenza delle controparti negoziali sia perché il fenomeno viene sottovalutato dagli operatori. La presenza di una specifica disciplina giuridica nazionale può, a volte, suggerire alle parti di preferire il richiamo al relativo diritto anziché correre il rischio di un negoziato volto alla puntuale definizione di presupposti e delle situazioni in esame<sup>246</sup>. Per quanto riguarda la collocazione sistematica delle clausole di *hardship* e forza maggiore all'interno dei Principi Unidroit va osservato che le prime sono collocate nella Sezione 2 del Capitolo 6 e risulta quale parte integrante della più ampia regolamentazione dedicata all'Adempimento mentre la forza maggiore è collocata nel Capitolo 7 dedicato all'Inadempimento, in particolare nella Sezione I dedicata all'Inadempimento in generale. Ebbene, i Principi non assimilano, sia in riferimento agli effetti sul contratto sia in riferimento ai presupposti di operatività, due ipotesi che la pratica commerciale internazionale mantiene separate nella regolamentazione contrattuale, una finalizzata

---

<sup>243</sup> Prevalente in questo senso sembra la posizione espressa nella sentenza arbitrale resa nel caso CCI n. 1512: ' The principle Rebus sic stantibus is universally considered as being of strict and narrow interpretation, as a dangerous exception to the principle of sanctity of contracts'. Questo spiega la tendenza ad escludere che la *hardship* costituisca uno dei principi della *lex mercatoria*.

<sup>244</sup> Si tratta dell'interpretazione estensiva delle corti tedesche della *Unmöglichkeit* prevista dall'art. 275 BGB

<sup>245</sup> KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue durée*, Journ. Dr. int. 1975, pag. 478.

<sup>246</sup> J. BONELLI e F. BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Giuffe, Milano, 1997.

ad escludere la responsabilità quando la prestazione è diventata impossibile (forza maggiore), anche se solo temporaneamente (ad impossibilia *nemo tenetur*), l'altra (la *hardship*) ad adattare il contratto al mutamento delle circostanze in presenza di determinate condizioni. Emerge chiaramente che l'impostazione dei Principi conferma il principio del *favor contractus*. La diversa collocazione sistematica e le diverse finalità delle clausole di *hardship* e forza maggiore nei Principi influenzano l'interpretazione delle definizioni offerte dei due fenomeni. Rispetto alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale che ricomprende le due ipotesi nell'unica ipotesi di *exemptions* (da responsabilità), di cui all'art. 79, i Principi Unidroit rappresentato un fondamentale progresso sistematico distinguendo cause di esonero della responsabilità (forza maggiore) e cause di adattamento o risoluzione del contratto (*hardship*). La definizione di *hardship* è contenuta nell'art. 6.2.2 in virtù del quale ' Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti o per la diminuzione del valore della controprestazione, e gli eventi si verificano o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata<sup>247</sup>. La definizione di forza maggiore ci viene invece fornita dall'art. 7.1.7 ' La parte inadempiente è esonerata da responsabilità se prova che l'inadempimento era dovuto ad un inadempimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo e che non era ragionevolmente tenuta a prevedere tale inadempimento al momento della conclusione del contratto o ad evitare o superare l'impedimento stesso o le sue conseguenze. Se l'inadempimento è solo temporaneo, l'esonero produce effetto per quel lasso di tempo che appare ragionevole, avuto riguardo all'effetto dell'inadempimento sull'esecuzione del contratto. La parte inadempiente deve dare all'altra parte avviso dell'inadempimento e degli effetti di quest'ultimo sulla sua capacità di adempiere. Se l'avviso non è ricevuto dall'altra parte entro un lasso di tempo ragionevole dal momento in cui la parte inadempiente era a conoscenza dell'inadempimento, essa è responsabile dei danni derivati da tale mancata ricezione. Nessuna disposizione di questo articolo impedisce all'una o all'altra parte di esercitare il diritto di risolvere il contratto, di sospendere la prestazione o di richiedere gli interessi sulle somme di denaro dovute'. Si tratta di una definizione che copre il campo coperto nei sistemi di *common law* dalle teorie della *frustration* e dalla impossibilità di adempimento e nei sistemi di *civil law* dalle teorie della *force majeure*, *Unmöglichkeit* ma non si identifica con esse. L'espressione forza maggiore è stata scelta perché ampiamente conosciuta nella pratica del

---

<sup>247</sup> J. BONELL e F. BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 202.

commercio internazionale. Le due definizioni presentano delle differenze importanti. Presupposto di operatività della *hardship* è il verificarsi di eventi che incidono sull'equilibrio (economico) del contratto. La definizione evita la descrizione degli eventi che causano lo squilibrio come pure non evita di qualificare la sua importanza, limitandosi a richiedere che sia fondamentale. Si tratta di un concetto generico che induce gli operatori commerciali a ricercare una definizione più precisa nel loro contratto: la prassi commerciale evidenzia svariate soluzioni<sup>248</sup>. Per quanto riguarda, invece, la forza maggiore questa deve consistere in una impossibilità obiettiva della prestazione. Anche per questa ipotesi i Principi dettano una disposizione generica senza catalogare le possibili soluzioni di forza maggiore limitandosi semplicemente ad indicare una serie di eventi che nella prassi contrattuale sono soliti verificarsi. Scientemente si è evitato di riportare tra le cause di forza maggiore l'inadempimento dei fornitori o dei subappaltatori essendo una simile ipotesi già disciplinata nell'art. 79 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale e, quindi, mal si sarebbe atteggiata ad un testo destinato a regolare una pluralità di contratti e non solo la vendita. Il singolo contratto può indicare le situazioni convenzionalmente riconducibili alla forza maggiore sia perché si tratta di casi conosciuti nella pratica commerciale sia perché si può voler evitare ogni dubbio sulla riconducibilità di alcuni eventi a forza maggiore. Ad ogni modo, sia l'evento di *harship* che di forza maggiore non deve essere dovuto alla parte né doveva essere ragionevolmente previsto al momento della stipula. Ambedue i presupposti sono finalizzati a mantenere un certo equilibrio nelle posizioni delle due parti: ognuna di essa ha diritto alla regolare esecuzione del contratto secondo quanto pattuito e a vedere sanzionata l'inadempimento con quei rimedi che consentono di tutelare l'interesse che il contratto intendeva realizzare. Le deroghe a questo fondamentale principio sono assai limitate. Nell'eventualità in cui l'evento non fosse estraneo all'attività della parte che ne è colpita non si configurerebbe una *hardship*; in questa ipotesi rientrerebbe un comportamento contrario alla buona fede o, ancora, lo sciopero aziendale che l'imprenditore potrebbe evitare accogliendo le richieste dei lavoratori, il caso in cui l'evento o l'impedimento è dovuto al comportamento della parte che ne è colpita<sup>249</sup>. È una eccezione alla regola della responsabilità per inadempimento meno ampia di quella che sarebbe consentita dalla condizione dell'assenza di colpa del soggetto obbligato prevista in alcuni ordinamenti<sup>250</sup>. Il sistema è a metà strada tra il sistema degli ordinamenti di *civil law* nei quali il debitore risponde

---

<sup>248</sup> A tal proposito, Le Clauses de Hardship, aménagement conventionnel de l'imprevision dans les contrats internationaux à long terme, Dr. prat. Comm. int. 1976, pag. 7.

<sup>249</sup> Si tratta delle cd. Self-induced frustration.

<sup>250</sup> In base all'art. 1256 c.c. 'L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diviene impossibile'.

solo in caso di inadempimento colposo e la *strict liability* dei paesi di *common law*<sup>251</sup>. In merito alla imprevedibilità, si tratta di una condizione rispondente all'idea secondo la quale se la parte si rappresenta l'ipotesi di un certo accadimento allora si assume anche il rischio di un suo eventuale avvenimento. Data l'assenza di riferimento ai soli contratti di durata o a esecuzione differita la disciplina dettata dai Principi si applica ad ogni sorta di contratto. La disciplina degli effetti della forza maggiore e della *hardship* è fortemente influenzata dalla pratica contrattualistica internazionale. Nelle ipotesi di *hardship* la parte che ha il dovere di notifica all'altra parte dell'evento o dell'impedimento subisce conseguenze negative in caso di negligenza. Al contrario, laddove la notifica dovesse avvenire attiva a favore di chi la subisce la rinegoziazione tra le parti è legittima la parte interessata a ricorrere al giudice o all'arbitro se non si è raggiunto un accordo in merito alla revisione del contratto entro un lasso di tempo ragionevole dal momento della notifica; permettere di far retroagire al momento della notifica gli effetti della revisione del contratto dovute all'accordo tra le parti o all'intervento del terzo; legittima la parte che vi procede a rifiutare in determinate ipotesi la propria prestazione. La notifica oltre ad essere tempestiva deve avere un ulteriore requisito ovvero la completezza di informazione ( cause, effetti dell'onerosità invocata) onde consentire alla controparte una adeguata e tempestiva tutela dei propri interessi. In caso di forza maggiore la tempestività della notifica consente alla parte onerata di invocare l'esonero di responsabilità per l'inadempimento, in difetto, risulterà responsabile per i danni derivanti dal ritardo. Dal punto di vista della sanzione mentre in caso di *hardship* la parte che omette una tempestiva notifica avrà l'obbligo di adempiere alle originarie condizioni contrattuali, configurandosi, in pratica, una sorta di decadenza di richiedere la revisione contrattuale, in caso di forza maggiore essendo l'adempimento impossibile la sanzione altro non è che il risarcimento dei danni richiesti e provati da controparte per non essere stata posta in condizione di tutelare i propri interessi. Diversi gli effetti a seguito della notifica dell'evento per le *hardship* o dell'impedimento per la forza maggiore. Per le prime, se le parti non addivengono ad un nuovo accordo, ciascuna di essa potrà ricorrere al giudice o all'arbitro. Anche in questo caso i Principi, attraverso una disposizione formulata in termini così generali, lasciano alle parti ampio raggio di manovra. Non risulta in caso di insuccesso della trattativa che la parte onerata possa evitare l'adempimento invocando la risoluzione del contratto poiché eventualmente l'organo giudicante può solo constatare l'esistenza della *hardship* e l'impossibilità di addivenire ad un accordo pronunciando la risoluzione del contratto nonché le condizioni della stessa, soprattutto in relazione alla sorte delle prestazioni eseguite in pendenza di una *hardship* e in relazione all'osservanza della buona fede. Perplesità sorgono in relazione al requisito della ragionevolezza quale criterio di valutazione per la decisione

---

<sup>251</sup> J. BONELL, *Force majeure e Hardship nel diritto uniforme della vendita internazionale*, Dir. Comm. Int., 1990, pag. 544.

del terzo: la discussione attiene alla problematica se il criterio può indirizzare la scelta tra risoluzione o adattamento o, piuttosto, può indurre ad adottare altre soluzioni. Sembra che l'intenzione sia proprio quest'ultima anche se la soluzione non è molto condivisa sull'assunto che una pronuncia che accerti una *hardship* e che si limiti a confermare i termini del contratto vanifica la *ratio* della disposizione che è quello di risolvere le problematiche che le parti riscontrano nell'eventualità di una eccessiva onerosità sopravvenuta. Va sottolineato che se il timore di una risoluzione o la prospettiva di un adattamento disposto dall'organo giudicante rappresenta un incentivo per le parti a ad addivenire ad un accordo, al contempo l'eventualità che il giudice confermi i termini contrattuali potrebbe essere un forte disincentivo per la parte onerata ad arrivare a detto accordo. Per quanto riguarda la forza maggiore l'esonero di responsabilità per l'inadempimento della prestazione impossibile è integrato dalla previsione delle conseguenze della forza maggiore in funzione della sua durata. In caso di impedimento temporaneo la responsabilità è esclusa solo per il lasso di tempo ritenuto ragionevole in relazione all'effetto dell'impedimento sull'esecuzione del contratto. Si è voluto ancorare l'esonero di responsabilità non alla durata della forza maggiore quanto agli effetti concreti che l'inadempimento dell'obbligazione ha sull'esecuzione del contratto, conseguentemente, l'esonero di responsabilità potrà durare più o meno della forza maggiore. I Principi prevedono l'esonero di responsabilità solo per i danni seguenti l'inadempimento ma non esclude che controparte possa esercitare altri diritti seguenti l'inadempimento come la risoluzione del contratto se l'inadempimento è fondamentale o l'eccezione di inadempimento per evitare di eseguire la propria controprestazione nonché richiedere gli interessi sugli importi dovuti. È ovvio che l'esame delle disposizioni in tema di *hardship* e forza maggiore non può prescindere dalle altre disposizioni dei Principi che si intersecano con i due fenomeni. Indipendentemente dal valore che le parti attribuiscono ai Principi (mera recezione materiale nel contratto o scelta delle regole di diritto che fungono da *proper law* del contratto) le parti non possono ignorare le norme imperative dettate in materia dall'ordinamento giuridico che ha titolo ad essere applicato così come stabilito dagli stessi Principi. Considerando la complessità della disciplina in caso di scioglimento del contratto o del suo adattamento al mutamento delle circostanze, le parti non possono escludere che disposizioni inderogabili<sup>252</sup> in materia siano dettate dai singoli sistemi giuridici che addirittura potrebbero porre limiti di diversa natura, disattendendo così le aspettative delle parti. Ragion per cui è opportuno che le parti, appellandosi alla loro autonomia contrattuale, dispongono una dettagliata disciplina sia in riferimento ai presupposti di

---

<sup>252</sup> TERKI, *L'imprevision et le contrat international dans le code civil algerine*, Dr. Prat. Comm. Int., 1992, pag 2 È il caso del codice algerino che all'art. 107 prevede l'ipotesi dell'intervento del giudice finalizzato a ridurre l'obbligazione divenuta eccessivamente onerosa, stabilendo la nullità di ogni pattuizione contraria; lo stesso discorso vale per il codice civile egiziano.

operatività che agli effetti del contratto nelle due situazioni in funzione del loro rapporto e dell'equilibrio contrattuale. Un simile intervento delle parti è reso necessario dal carattere estremamente generale dei Principi che proprio in quanto tali non considerano le eventuali problematiche sollevate dal singolo contratto; ad ogni modo i Principi rappresentano un punto di riferimento per gli operatori commerciali, una regolamentazione minima ma essenziale che spesso evita negoziati lunghi ed incerti oltre che imperfetti per essere il risultato di un compromesso tra le parti.

### *Il modello inglese*

Al contrario del modello italiano nel quale il principio del *pacta sunt servanda* ha subito, grazie all'opera di dottrina e giurisprudenza oltre che dello stesso legislatore, un notevole ridimensionamento, nel sistema inglese il principio della intangibilità della volontà espressa nel contratto<sup>253</sup> non è stato ancora formalmente sovvertito pur subendo sempre maggiori restrizioni. Più in generale si può affermare che nel sistema inglese, diversamente da quello americano, sono pressoché intatti i principi generali della *common law* in tema di sopravvenienze; il che comporta il rispetto assoluto della vincolatività del contratto non solo nelle ipotesi di onerosità sopravvenuta della prestazione ma anche nell'eventualità di impossibilità sopravvenuta della stessa. Va considerato, però, che nel modello di *common law* sia l'impossibilità che l'eccessiva onerosità sopravvenuta hanno lo stesso inquadramento dottrinale e i rimedi hanno origine da precedenti giurisprudenziali comuni<sup>254</sup>. I due mezzi di tutela sono accomunati dall'intento di proteggere una delle parti contro le sopravvenienze che colpiscono la fase di esecuzione della prestazione dedotta in contratto; svariate le ragioni che inducono alla loro concessione: con il rimedio della impossibilità sopravvenuta liberando una parte dalle sue obbligazioni si libera anche l'altra dall'adempiere alle sue, con il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, invece, si tutelano esclusivamente gli interessi economici di una delle parti. Il primo periodo della evoluzione dei due mezzi è scandita dalla elaborazione della *doctrine of impossibility*, successivamente, il mutamento economico di una delle due prestazioni è stato inquadrato nell'ambito di questa *doctrine*, configurandosi come strumento di tutela contro i casi meno gravi di *impossibility* sino a quel

---

<sup>253</sup> La dottrina inglese parla a tal proposito della cd. Sancity del contratto. P.S. ATIYAH, *An introduction to the Law of Contracts*, Oxford, 1995; Id.; *Essays on contract*, Oxford, 1990.

<sup>254</sup> La giurisprudenza ha elaborato i mezzi di tutela contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta partendo dall'applicazione estensiva di quelli previsti per l'impossibilità.

momento irrilevanti. Viene così elaborata la più ampia *doctrine of frustration* che ricomprende sia i casi di impossibilità materiale di cui alla *doctrine of impossibility* sia i casi in cui l'evento turbativo non determina impossibilità materiale di una delle due prestazioni e che vengono individuati dalla dottrina come *frustration of the pur pose* o *frustration of the consideration*. La dottrina maggioritaria<sup>255</sup> rigetta la massima romana affermata nel Digesto in virtù della quale 'impossibilium nulla obligatio'<sup>256</sup>; sarebbe del tutto irrilevante che l'impossibilità sia antecedente o successiva alla stipula sull'assunto che se supportata da una adeguata *consideration*, l'obbligazione di colui che si impegna a compiere qualcosa di impossibile è fonte di obbligazione risarcitoria<sup>257</sup>. È un principio generale che in qualche occasione di impossibilità della prestazione è stata riconosciuta la valenza 'as a discharge', per il debitore<sup>258</sup>. Questa caratteristica è il principale elemento di differenziazione con il modello di *civil law* nell'ambito dei quali anche negli ordinamenti che non prevedono il rimedio dell'eccessiva onerosità sopravvenuta viene sempre tutelato che non può adempiere all'obbligazione assunta contrattualmente a condizione che sia divenuta impossibile per cause non dipendenti dalla sua volontà. Tale differenza è giustificabile in considerazione della natura di diritto rimediale della *common law* e della differente gerarchia dei mezzi di tutela tipici del sistema. In riferimento all'impossibilità sopravvenuta nei sistemi di *civil law* il principale rimedio contro l'inadempimento è rappresentato dall'esecuzione forzata, di conseguenza, divenendo impossibile l'adempimento il debitore è tenuto al risarcimento solo se l'impossibilità è dovuta a un suo comportamento doloso o colposo, nei sistemi di *common law*, data la sua natura rimediale il principale mezzo di tutela è quello per equivalente che, in quanto tale, non è mai impossibile; conseguentemente l'adempiente viene tutelato anche quando l'inadempimento di controparte non è a questa imputabile. Se non fosse stata elaborata la *doctrine of frustration* l'inadempimento non sarebbe mai stato giustificabile configurandosi una sorta di *absolute liability* della controparte per l'adempimento della propria prestazione, avvicinandosi così, alla categoria dei *torts*. Ciò ovviamente non significa che in *common law* il tema delle sopravvenienze è assente e che è privo di tutela il contraente che subisce a proprio svantaggio l'alterazione del valore della prestazione. Prima di passare ad analizzare in maniera approfondita il tema delle sopravvenienze nel sistema inglese non si può non considerare la natura rimediale del sistema inteso come un susseguirsi di

---

<sup>255</sup> G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 1994.

<sup>256</sup> Digesto 50.17.185.

<sup>257</sup> C.J. HOLT nel case *Thornbow v. Whitacre* ha sostenuto che 'when a man will for a valuable consideration undertake to do an impossible thing, though it cannot be performed, yet he shall answer in damages'.

<sup>258</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 3. In verità l'opinione non viene molto condivisa da altri autori per i quali l'impossibilità di una delle prestazioni scioglierebbe il contratto con conseguente liberazione delle parti dai rispettivi obblighi e le pronunce che decidono in tal senso non sarebbero eccezioni bensì la regola generale. In tal senso WLADIS, *Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, 75, *Georgetown Law Journal*, pag. 1575 condivisa anche da GALLO, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto in diritto privato*, in *DigestoDiscipl. Priv.*, vol VII, Torino, 1991, pag. 244.



pronunce con le quali le Corti hanno risolto i conflitti sottoposti alla loro attenzione: conseguentemente la regola che si è venuta ad affermare è solo quella emersa nei conflitti arrivati fino al giudice con esclusione di tutti quei casi per i quali le parti sono addivenuti ad un accordo prima di adire l'autorità giudiziaria o prima che questa emettesse sentenza definitiva. Ancora, non si può far a meno di considerare che la natura rimediale della *common law* significa anche mancanza di sistematicità nelle trattazioni della dottrina, quindi ogni autore può attribuire significati e importanza diversa ai precedenti ritenendo che alcuni fossero l'enunciazione della regola generale invece che, come asserito dalla maggioranza, l'eccezione e viceversa<sup>259</sup>.

### *La frustration of contract*

Nella maggioranza degli ordinamenti attualmente vigenti opera la regola in virtù della quale il debitore può liberarsi dall'obbligazione in caso di sopravvenienze impreviste non imputabili alle parti che rendano una delle prestazioni illecita o impossibile o, ancora, eccessivamente onerosa o inutile per una delle parti<sup>260</sup>. Nel sistema inglese, le regole che disciplinano il tema delle sopravvenienze sono sfuggenti<sup>261</sup> in considerazione dell'operatività del principio della *sancity of the contract* che, tuttavia, ha subito delle mitigazioni grazie alla *doctrine of frustration* che amplia progressivamente il suo ambito di operatività<sup>262</sup>, passando originariamente dai soli contratti di navigazione marittima all'intero ambito contrattuale. Il termine *frustration* viene spesso abbinato al termine *contract, adventure* e *purpose*. L'espressione *frustration of contract* indica l'intera *doctrine of frustration* che ricomprende sia le ipotesi di *frustration of the adventure* sia quelle di *frustration of purpose*, di conseguenza con il termine *frustration* viene indicato l'effetto prodotto da una sopravvenienza che ha reso irrealizzabile l'interesse che le parti intendevano realizzare mediante la stipula del contratto e che ha indotto le parti a concludere quel tipo di negozio a quelle condizioni. Ancora, il termine *frustration* accomuna tutti i casi in cui la *discharge* di colui che deve eseguire la prestazione interviene per la successiva distruzione del bene oggetto della stessa, per la sua temporanea indisponibilità o per la *frustration of purpose* o per la sopravvenuta illiceità della

---

<sup>259</sup> TRAISCI P.F., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, ESI, Napoli, pag. 173.

<sup>260</sup> ALPA, *Contratto e common law*, op. cit, pag. 98 secondo il quale il termine *frustration* coincide con l'impossibilità di realizzare lo scopo del contratto a causa di fattori esterni alla volontà delle parti, l'essenza della *frustration* risiede proprio nella sua indipendenza dal comportamento delle parti.

<sup>261</sup> ZWEIGERT- HKOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung, Band II*, Tübingen, 1994. Le pronunce giurisprudenziali sarebbero delle formule vuote è invece importante analizzare le circostanze concrete dei singoli casi. Dello stesso avviso, GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del rischio*, op. cit, pag. 67. non sempre vi sarebbe rispondenza tra quanto sostenuto dai giuristi e quello che accade nella realtà pratica delle corti.

<sup>262</sup> Nel case *Lauritzen v. Wiesmuller* BINGHAM definisce il termine 'the doctrine of frustration was evolved to mitigate the rigour of the common law's insistence on literal performance of absolute promises'.

prestazione<sup>263</sup>. Ebbene, si tratta di una grande categoria all'interno della quale si collocano delle sottocategorie o categorie più specifiche come quella della *frustration of the adventure* spesso utilizzata in accessione alternativa a quella di *frustration* 'generica', altre viene utilizzata in modo più specifico riferendosi a quelle ipotesi in cui la *frustration* non è dovuta alla distruzione dell'oggetto della prestazione cioè quando questa è solo temporaneamente impossibile<sup>264</sup>. L'espressione *frustration of the purpose* (o *consideration* a seconda dell'espressione utilizzata dai diversi autori<sup>265</sup>), se non utilizzata in termini generali ricomprendendo cioè fra le cause di *frustration* anche l'impossibilità della prestazione o la distruzione dell'oggetto della stessa, indica i casi di *frustration* non determinati da impossibilità, definitiva o temporanea di una delle due prestazioni vale a dire i casi in cui la prestazione, pur essendo ancora possibile, è diventata inutile per la controparte. In definitiva, con il termine *frustration* si indicano tutte quelle situazioni nelle quali eventi imprevedibili ed eccezionali e, non determinati da comportamento dolosi o colposi di una delle parti, rende impossibile una delle due prestazioni oppure provoca una alterazione dell'originale economia contrattuale tale da indurre il giudice a sciogliere il contratto. In tutti i casi di *frustration* identico è il suo effetto sul contratto: si ha *termination* del contratto e, conseguentemente, la cd. *Discharge* delle parti. Sotto il grande ombrello della *doctrine of frustration* sono ricompresi tutti quei casi in cui la regola della *absolute liability*, in riferimento alle obbligazioni contrattuali, ha subito un sostanziale ridimensionamento non tanto quanto principio generale quanto piuttosto nelle sue applicazioni pratiche<sup>266</sup>. La dottrina più accorta evidenzia come una prima erosione della regola *de qua* si sia registrata nei contratti di compravendita di specifici beni, nei quali in riferimento alla regola *res perit domino*, il venditore non era considerato responsabile per la distruzione o il danneggiamento dei beni prima della consegna degli stessi<sup>267</sup>. La regola fu estesa successivamente a ogni tipologia di compravendita<sup>268</sup>. La dottrina mette in evidenza che la tutela accordata all'acquirente è nettamente inferiore rispetto a quella riconosciuta al venditore non potendo il primo giustificare il proprio inadempimento sull'assunto che *'it is never impossible to pay money'*. Se, dunque, in un momento iniziale si registra un notevole squilibrio tra la tutela dei due contraenti, non venendo riconosciuta in alcun caso al compratore la facoltà di rifiutarsi di non acquistare il bene danneggiato o di pagare il prezzo di quello distrutto, le

---

<sup>263</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 48

<sup>264</sup> In tal senso BAILHACHE con il case *Admiral Shipping Co. Ltd v. Weidner Hopkins*.

<sup>265</sup> Il termine *dconsideration* è di difficile traducibilità negli schemi dei civil lawyers. In più occasioni è stato equiparato alla nostra causa anche se la sua rilevanza dal punto di vista giuridico è differente. GORLA, *Consideration*, in Enc. Dir. IX, Milano, 1964, pag. 176 che la identifica non con il concetto di causa ma con quello di scambio o di corrispettività. Nello stesso senso, ALPA, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997, pag. 60.

<sup>266</sup> Per una casistica della doctrine of frustration CRISCUOLI, op. cit., pag. 372.

<sup>267</sup> GILMORE, op. cit., pag. 79.

<sup>268</sup> GILMORE, op.cit., che riferendosi ad un precedente relativo ad un contratto di compravendita di erbe sostrirne che si sarebbe trattato di 'an implied condition of the contract that the goods, the crop or the factory should continue to be in existence'.

cose cambiano radicalmente con l'affermazione della cd. *Perfect Tender Rule* in virtù della quale l'acquirente poteva rifiutare la consegna del bene che risultava diverso da quello originariamente pattuito anche se questa diversità non gli arrecava alcun danno economico<sup>269</sup>. È solo il primo passo verso il riconoscimento della tutela dell'acquirente che porta alla distinzione tra *objective* e *subjective impossibility* per poi approdare alla *frustration of the purpose (consideration)*. I precedenti giurisprudenziali che hanno consentito al debitore di non eseguire la propria prestazione senza incorrere in alcuna responsabilità possono essere divisi in due gruppi: il primo, relativo ai casi in cui il debitore è stato liberato in quanto la prestazione sarebbe divenuta impossibile, il secondo relativo ai casi di liberazione del debitore in quanto la prestazione sarebbe divenuta, ancor prima dell'esecuzione, illecita<sup>270</sup>; in breve impossibilità materiale e impossibilità giuridica. I due gruppi non sono indipendenti e, attualmente, sono trattati in modo uniforme dalla giurisprudenza sulla scorta della considerazione che anche l'impossibilità sia causa di *frustration of the consideration* tutte le volte in cui le parti non possono conseguire gli interessi che si erano prefissati con la conclusione del negozio a causa di perimento del bene o di altri eventi che rendano la prestazione impossibile; gli intenti delle parti sono *frustrated*<sup>271</sup>. La giurisprudenza ha però avuto modo di chiarire che non è vero il contrario cioè che la *frustration* sia l'effetto di tali eventi. Il secondo gruppo rappresenta il successivo passo della giurisprudenza che tenta di ampliare l'ambito delle eccezioni alla regola degli *absolute contracts*, creando la categoria generale della *frustration*, quale mancato raggiungimento dello scopo contrattuale e che ha come cause non solo gli eventi cause di *impossibility* ma anche quelli generativi di *frustration*, diversi dal perimento del bene o dalla impossibilità della prestazione<sup>272</sup>. Alla luce di quanto sopra esposto si evince che la distinzione tra i due gruppi è soprattutto una distinzione cronologica: inizialmente la regola dell'assolutezza del contratto ha subito delle eccezioni solo per le ipotesi di impossibilità della prestazione e, solo in un secondo momento, è stata creata l'eccezione *doctrine of frustration* che ricomprende anche i casi di *impossibility* onde consentire al giudice di liberare le parti dalla promessa contrattuale.

---

<sup>269</sup> La regola si è affermata contemporaneamente sia in Inghilterra che in USA con i cases *Bowes v. Shand* e *Filley v. Pope*.

<sup>270</sup> FRANSWORTH, *On contracts*, New York, 1998, pag. 596. Si tratterebbe di una categoria preesistente alle altre essendo per molti autori una delle più antiche eccezioni alla regola degli *absolute contract*.

<sup>271</sup> MOCCIA, *Contract*, op. cit., pag. 12. Il concetto di *consideration* può essere avvicinato a quello di causa promissionis degli ordinamenti di civil law anche se con funzione diversa: in civil law i vizi della causa incidono sulla validità del negozio, quelli della *consideration* comportano il venir meno della giuridicità promessa con sua conseguente inesigibilità.

<sup>272</sup> TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e common law*, ESI, Napoli, 2003, pag. 181.

## La doctrine of impossibility

Inizialmente, l'impossibilità assoluta della prestazione del creditore non era idonea a liberare il debitore dall'obbligo di pagare il prezzo convenuto. A tal proposito il *leading case* richiamato da dottrina e giurisprudenza è *Paradine v. Jane* del 1647, nel quale Jane, che aveva preso in affitto un fondo di proprietà di Paradine per un periodo di 21 anni, periodo stabilito contrattualmente, dopo appena sei anni si vede privato della sua disponibilità per circa due anni a causa dell'invasione di un esercito nemico, impedendogli così, di fatto, di esercitare la sua attività di imprenditore agricolo. Jane viene citato in giudizio da Paradine a causa del mancato versamento del canone di affitto e viene condannato al versamento dei canoni nonostante l'effettiva impossibilità di godimento del bene. A parere della dottrina maggioritaria<sup>273</sup> solo in un momento successivo a tale pronuncia gli sarebbe stato attribuito il ruolo di *leading case* per il rigido principio generale secondo il quale le parti possono cautelarsi contro il rischio che la prestazione diventi impossibile attraverso un apposita clausola contrattuale, in difetto, esse dovrebbero essere ritenute responsabili in caso di inadempimento perché non prevedendo alcunché si assumono il rischio<sup>274</sup>. Non è mancato chi ha ritenuto che la pronuncia si basa sulla considerazione che l'obbligarsi contrattualmente in modo assoluto ed incondizionato non consentirebbe al debitore di esimersi dal rispondere per l'inadempimento a titolo di risarcimento danni<sup>275</sup>. Una simile impostazione è stata aspramente criticata da alcuni autori sull'assunto della limitata possibilità umana di prevedere il futuro e, quindi, sarebbe eccessivamente gravosa la responsabilità imposta al debitore attenendosi strettamente al contenuto letterale del contratto<sup>276</sup>. Qualche autore ha ravvisato in questa pronuncia un principio esplicitato solo in successive pronunce in virtù del quale in caso di impossibilità bisogna distinguere tra gli obblighi che per legge gravano sul soggetto e quelli che, invece, si è assunto volontariamente; solo nel primo caso l'impossibilità libererebbe il debitore dalla responsabilità per l'inadempimento<sup>277</sup> mentre nel secondo la liberazione non avverrebbe in nessun caso<sup>278</sup>. Orbene, è un principio derivante dalla distinzione tra *express e implied terms*, ritenendosi comprese nella seconda categoria tutte quelle obbligazioni che la legge fa scaturire da quella particolare tipologia contrattuale senza che vi sia nessuna previsione o quando le parti non hanno

---

<sup>273</sup> GILMORE, op. cit., pag. 44 per il quale la rilevanza del caso sarebbe dovuta ad una errata trasposizione di esso fatta dal Serjeant Williams in una raccolta del XIX secolo mentre all'epoca in cui il fatto fu deciso non ebbe alcuna rilevanza.

<sup>274</sup> Il case *Paradine v. Jane*

<sup>275</sup> CHESHIRE, C.H.S. *Fifoot e M.P. Furmston, Law of Contract*, London, 1996, pag. 582.

<sup>276</sup> MURRAY, *Murray on Contracts*, Charlottesville, 1990, pag. 634 per il quale 'to hold a promisor responsible to the literal terms of his bargain is frequently to impose a burden upon him which neither he nor the promisee has considered as a possibility'.

<sup>277</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 14

<sup>278</sup> ALPA, *Contratto nei sistemi di common law*, op. cit., pag. 185.

convenuto diversamente. Secondo questa impostazione nessuna differenza di responsabilità deriverebbe dalla diversa natura, contrattuale o extracontrattuale, dell'obbligazione quanto piuttosto dall'integrazione nel contratto degli *implied terms* nell'ottica della responsabilità per inadempimento contrattuale<sup>279</sup>. Va sottolineato, tuttavia, che la dottrina più recente non ritiene che nel caso *Paradine* venga enunciata la regola della obbligatorietà assoluta del contratto racchiusa nella *doctrine of frustration*; una simile interpretazione sarebbe dovuta ad una errata interpretazione della giurisprudenza successiva che avrebbe applicato a casi di impossibilità una regola che negli intenti della Corte avrebbe al massimo stabilito che il verificarsi di sopravvenienze prevedibili dal debitore non giustifica il suo inadempimento se nel frattempo la prestazione è rimasta possibile<sup>280</sup>. Il caso *Paradine*, dunque, non avrebbe considerato i casi di impossibilità sopravvenuta sarebbe stata erroneamente applicata a tali casi dalle Corti fino a che con il *case Krell v. Henry* si è affermata la regola opposta<sup>281</sup>. Che quel precedente abbia costituito una regola solo a posteriori è confermato dalla circostanza, evidenziata dalla dottrina maggioritaria, che esso si pone in contrasto con i precedenti dello stesso periodo e relativi a particolari settori. Sulla scorta della considerazione che nessuna Corte aveva, all'epoca, affermato alcun principio generale in riferimento alla derogabilità della regola imposta nel caso *Paradine*, probabilmente per evitare di incoraggiare l'inadempimento contrattuale, dottrina e giurisprudenza sono giunti alla conclusione per cui la presenza di suddetti specifici precedenti, nei quali l'impossibilità della prestazione aveva giustificato lo scioglimento del contratto, sarebbe dovuta al fatto che quei precedenti non rappresenterebbero una deroga alla *doctrine degli absolute contracts* sancita nel caso *Paradine v. Jane* ma ne delimiterebbero, in maniera disorganica e, soprattutto in relazione all'impossibilità giuridica della prestazione e ad alcuni particolari contratti, l'ambito di applicazione<sup>282</sup>. Non si può fare a meno di evidenziare come il *case* in esame già conteneva una prima limitazione alla *doctrine of absolute contracts*, intesa come principio generale o regola speciale; tanto si desumerebbe dal fatto che la Corte ha affermato che quando le parti si obbligano contrattualmente ad eseguire una specifica prestazione, ciascuna di esse è obbligata ad adempierla esattamente, se gli è possibile, nonostante il sopraggiungere delle sopravvenienze inevitabili. Per quanto concerne il significato da attribuire all'inciso se gli è

---

<sup>279</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 14 che definisce gli *implied terms* come quelli ' which the law implies or imposes to give expression to a number of duties which prima facie arise out certain types of contract or to terms which form legal incidents of those kind of contractual relationship.

<sup>280</sup> WLADIS, op. cit., pag. 1631 'events beyond a person's control do not excuse him from a contractual if is performance is still possible'.

<sup>281</sup> Il precedente per qualche autore rappresenta una deroga a quel principio contrariamente alla dottrina maggioritaria per la quale è un principio generale.

<sup>282</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 23 per il quale molti di essi sono antecedenti al caso *Paradine* in cui si afferma la stessa regola. Per altri il caso *Paradine* sarebbe solo una eccezione alla presunta regola generale della rilevanza del caso fortuito per lo scioglimento del vincolo contrattuale. Per GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 255 per il quale neanche nel secolo scorso il caso *Paradine* era la regola ma espressione di casi particolari in cui il caso fortuito non aveva alcuna rilevanza.

possibile la dottrina prevalente esclude che esso possa far riferimento alla possibilità fisica, avendo già il caso ad oggetto la sopravvenuta impossibilità della prestazione, e ritiene che faccia riferimento ai casi in cui la prestazione non sia divenuta illecita<sup>283</sup>. Una simile ricostruzione sarebbe confermata da altri precedenti dello stesso periodo: il *case Brewster v. Kitchell* del 1679 con il quale si afferma che se un atto legislativo obbliga un contraente ad eseguire una certa prestazione che contrattualmente si era obbligato a non effettuare, *the statute repeals the covenant*<sup>284</sup>. Nei casi successivi che escludevano preliminarmente la sopravvenuta illiceità della prestazione, la giurisprudenza avrebbe confermato una simile limitazione per fortificare il principio in virtù del quale l'impossibilità materiale non è sufficiente al fine della *discharge* del contratto<sup>285</sup>. È facilmente intuibile come la limitazione dell'ambito della *absolute contracts doctrine* avesse l'obiettivo di evitare le violazioni di legge attribuendo loro una valenza giuridica<sup>286</sup>. La stessa giurisprudenza ha poi riconosciuto delle limitazioni alla regola affermatasi nel *case Paradine v. Jane* e, dunque, una deroga alla *absolute contracts doctrine* in particolari tipologie negoziali quali la cessione temporanea del godimento di un bene<sup>287</sup>, in cui, in alcuni casi, il debitore è liberato dall'obbligo di restituire il bene se questo è andato perito e non per colpa sua<sup>288</sup>; ancora nei casi di locazione d'opera in cui il prestatore è divenuto incapace<sup>289</sup> o è deceduto<sup>290</sup> prima di fornire la prestazione o il creditore è divenuto incapace prima di riceverla<sup>291</sup> e, infine, nei casi in cui l'esecuzione della prestazione è divenuta pericolosa per la salute fisica o morale di una delle parti<sup>292</sup>. A parere di qualche autore una restrizione della *doctrine* si sarebbe verificata anche nei contratti di compravendita di particolari beni mobili; nei casi di distruzione degli stessi prima della consegna e per i quali il principio della *res perit domino* il debitore non incorre in alcuna responsabilità e nei contratti di commercio marittimo in cui il naufragio e la cattura della nave sollevavano il vettore dalla responsabilità per la mancata consegna della merce. Ritenendo giunto il momento di imporre una regola generale di delimitazione dell'ambito di applicazione della *doctrine*

<sup>283</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit. pag. 23.

<sup>284</sup> *Brewster v. Kitchell*, 1679. 1 Slak. 198.

<sup>285</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit. pag. 23; *Atkinson v. Ritchie* 1803 10 East 530; *Barber v. Hodgson* 1814 3M ; *Spence v. Chadwick* 1874 Q.B. 517.

<sup>286</sup> *Atkinson v. Ritchie* 1803 10 East 530, pag. 534 la limitazione non è solo per la contrarietà alle leggi ma anche ai principi di public policy.

<sup>287</sup> Nei contratti di bail sono previste sia figure di cessione del bene a titolo gratuito (comodato) sia ipotesi di cessione dietro corrispettivo (locazione e affitto). La giurisprudenza ha elaborato parametri di diligenza nella custodia del bene cosicché solo in alcuni casi il perimento del bene prima della restituzione viene considerato fonte di responsabilità mentre in altri casi il debitore è liberato (Cogg v. Bernard 1703)

<sup>288</sup> *Williams v. Lloyd* 1628

<sup>289</sup> *Hall v. Wright* 1858

<sup>290</sup> *Hyde v. Dean e Cannons of Windsor* 1596; *Wentworth v. Cock* 1839.

<sup>291</sup> *Beale v. Thompson* 1804 4 East 546.

<sup>292</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit. pag. 27 che si riferisce al caso *Lawrence v. Twentiman* 1 Rolle's Abridgement Condition G. pl. 10.

e riprendendo la distinzione tra *express e implied terms*<sup>293</sup>, la giurisprudenza della metà del XIX secolo nel *case Taylor v. Caldwell* del 1863<sup>294</sup> afferma il principio secondo il quale il debitore non incorrerebbe in alcuna responsabilità qualora tra le *implied conditions*, in relazione alla natura del contratto, si dovesse ritenere inclusa quella per la quale, se l'adempimento fosse divenuto impossibile per cause indipendenti dalla volontà delle parti, e non evitabile dalle stesse, il contratto si sarebbe risolto. La ricostruzione più che individuare la volontà, implicita o esplicita, delle parti evidenzia che ogni tipo negoziale ha una sua disciplina legislativa che le parti possono anche aver ommesso di inserire nel contratto ma che comunque fa parte della sua disciplina. Il caso Taylor trattava della locazione di un teatro per lo svolgimento di una serie di manifestazioni: lo stabile subisce un incendio, condizione questa che non ha impedito che al conduttore fosse negato il risarcimento per non aver usufruito dell'edificio per le manifestazioni pattuite. Per la dottrina poiché le parti avevano pattuito che l'esistenza del teatro era il fondamento del loro accordo, la sua distruzione comporta la liberazione del locatore dalla responsabilità per inadempimento<sup>295</sup>. Si registra una significativa differenza tra la regola affermata nel caso Paradine e quella affermata nel caso Taylor: la prima non riguarda una prestazione impossibile essendo intervenuta successivamente ad una richiesta di pagamento di una delle parti; la seconda fa riferimento alla possibilità che una delle parti sia liberata dall'obbligazione di adempiere la prestazione divenuta impossibile, liberando, la controparte dall'obbligo della controprestazione che è comunque possibile, in quanto trattasi in genere di una somma di denaro<sup>296</sup>. Con la decisione del caso Taylor la Corte ha ribadito il principio per cui l'impossibilità della prestazione dovuta al perimento dell'oggetto della prestazione prima della sua esecuzione fa venir meno le obbligazioni contrattuali<sup>297</sup>. Il riferimento alla impossibilità della prestazione alla stregua di una condizione implicita ha fatto sì che la successiva giurisprudenza abbia rinvenuto nella individuazione di questa categoria di condizioni il cuore della regola introdotta con il caso Taylor, facendolo diventare il punto di partenza della *doctrine of discharge* anche se quel caso non può considerarsi il suo generatore essendosi limitato a dettare un principio generale che unificasse i singoli casi in cui in precedenza le Corti avevano già *discharged* il debitore della prestazione. La regola affermata con il caso Taylor si estende dai casi in cui la prestazione è divenuta impossibile per la distruzione del bene a quei casi in cui l'impossibilità è determinata dalla perdita, temporanea o definitiva, del bene

---

<sup>293</sup> Anson's Law of Contract pag. 504.

<sup>294</sup> B&S.826, QB 1863 citato anche da ALPA, Contratto e common law, pag. 173.

<sup>295</sup> MURRAY, op. cit, pag. 635 che sostiene la liberazione del proprietario in caso di azione di inadempimento intentata dall'affittuario.

<sup>296</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit. pag. 39.

<sup>297</sup> Cheshire and Fifoot's on contracts, op. cit., pag 583 per il quale tale pronuncia vuole mitigare la regola del caso Paradine cioè se l'adempimento è impedito da una irresistibile e estranea causa, non dipendente dalla volontà delle parti, il contratto non produrrebbe i suoi effetti.

da parte del debitore<sup>298</sup> e a quelli in cui il bene era divenuto temporaneamente indisponibile per l'esecuzione della prestazione<sup>299</sup> a quelli in cui l'impossibilità riguardava le modalità di svolgimento della prestazione<sup>300</sup> e, infine, a quelli in cui l'oggetto della prestazione, anche se trattasi di un oggetto generico, dovesse essere reperito da una fonte particolare che non lo aveva più potuto fornire<sup>301</sup>.

### Le altre sopravvenienze

In riferimento alle sopravvenienze diverse da quelle impossibilitanti, una parte, ristretta, della giurisprudenza ha cercato di applicare la *doctrine of impossibility* andando ad interpretare l'impossibilità in senso economico<sup>302</sup>. In seno a questo orientamento l'impossibilità diversa dalla impossibilità materiale della prestazione viene denominata *impracticability* o *frustration of venture* difficile da distinguere dalla *frustration of purpose* cioè quella *doctrine* più diffusa che disciplina le sopravvenienze non impossibilitanti. Diversi sono i casi decisi sulla falsariga del caso Taylor relativi soprattutto ai contratti di trasporto marittimo di merci relativo al periodo di sviluppo dei commerci transoceanici tra l'Europa e l' America. Nel caso più emblematico il carico era arrivato al porto di destinazione con ritardo dovuto alle pessime condizioni del mare; tanto aveva indotto i committenti a rivolgersi ad un altro vettore e a manifestare la volontà di risoluzione del contratto concluso con il primo vettore per aver perso ogni interesse alla consegna del bene<sup>303</sup>. La Corte accolse le pretese dei committenti sollevando ambedue le parti dalle loro obbligazioni ritenendo che il contratto era *frustrated* a causa delle avverse condizioni del mare e che l'arrivo di un nuovo carico in un momento successivo avrebbe costituito un nuovo contratto<sup>304</sup>. Non si può far a meno di sottolineare come nei periodi di crisi economica sono state numerose le domande di riconoscimento della *impossibility* nel senso anzidetto ma solo in rare occasioni queste domande

---

<sup>298</sup> *Bank Line v. Arthur Capel* 1919 AC 435.

<sup>299</sup> *Jackson v. Union Marine Insurance* 1874 LR 10 CP 125.

<sup>300</sup> *Nicholl & Knight v. Aston Edridge & Co* 1901 2 KB 126

<sup>301</sup> *Howell v. Coupland* 1876 1 QBD 258.

<sup>302</sup> CORBIN, *On contracts*, One volume edition, St. Paul, 1952, pag. 1091.

<sup>303</sup> Nel caso *Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd* 1874 LR 10 CP 125 si afferma che 'the adventure was frustrated by the perils of the sea, both parties were discharged, and a loading of cargo in August would have been a new adventure, a new agreement'.

<sup>304</sup> Il caso BRAMWELL, pag. 148.



sono state accolte: l'estensione alla regola generale della *impossibility* si riscontra soprattutto durante il primo conflitto mondiale<sup>305</sup> rara, invece, durante il secondo<sup>306</sup>. Assai dibattuti dalla dottrina sono i cd. *Suez Cases* nei quali il riconoscimento della impossibilità non è dovuta alla impossibilità materiale della prestazione quanto piuttosto alle modalità di esecuzione essenziali pattuite<sup>307</sup>. Anche in questo caso si trattava per lo più di contratti di trasporto marittimo di merci in transito dal Mediterraneo verso l'Oceano Indiano e viceversa, il tutto attraverso il Canale di Suez che, a causa dei due conflitti mondiali, era stato chiuso e, di conseguenza, il trasporto era divenuto con la circumnavigazione dell'Africa più lungo e pericoloso ma non impossibile non trattandosi di merci peribili<sup>308</sup>. Alcune isolate pronunce, ritenute dalla giurisprudenza successiva non vincolanti<sup>309</sup> (overruled), rinvennero una *frustration of the contract* sull'assunto che la chiusura del Canale di Suez aveva determinato un *supervening impossibility* della prestazione. Pur essendo vero che la regola affermata nel caso *Taylor v. Caldwell* si è estesa oltre l'ambito della sopravvenuta impossibilità assoluta è altrettanto vero che all'impossibilità economica della prestazione il sistema inglese non ha mai accordato esplicitamente alcuna tutela a meno che la fattibilità economica dell'affare fosse stata considerata fra le condizioni implicite nel contratto stesso; questo anche per evitare la *discharge* della parte che doveva effettuare la prestazione rivelatasi eccessivamente onerosa in considerazione del cattivo esito economico dell'affare. Ebbene, nel sistema inglese, solo in via eccezionale l'*impracticability* ha legittimato la *termination* del contratto e, solo nei contratti a tempo indeterminato mentre sarebbe del tutto irrilevante in quelli a tempo determinato salvo esplicita previsione contrattuale<sup>310</sup>. Queste poche pronunce non devono essere lette come accoglimento del principio *rebus sic stantibus* quanto piuttosto come il riconoscimento della rilevanza dell'eccessiva onerosità sopravvenuta solo se determina l'impossibilità assoluta della prestazione o risultasse essere legata alla *consideration* necessaria per la rilevanza giuridica del contratto, in applicazione della *doctrine of frustration of the purpose* o *of the consideration*. La dottrina maggioritaria<sup>311</sup> ravvisa in queste pronunce il tentativo della giurisprudenza di evitare che il

<sup>305</sup> *Scottish Navigation Co. Ltd. v. W.A. Souter & Co* 1917 1 KB 222; *Bank Line Ltd v. Athur Chapel & Co* 1919 AC 435; *Alcetyme Co. of GB v. Canada Carbide Co* 1922 8 Lloyd's Law Rep. 456.

<sup>306</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 50 che richiama il caso *Morgan v. Manser* 1948 1 KB.

<sup>307</sup> Anche la dottrina italiana si è occupata di tali pronunce ai fini della comparazione con gli istituti della impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità. ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità e frustration of contract*, in Riv. Trim. di Dir e Proc. Civ., 1973, pag. 1239.

<sup>308</sup> *Carapanayoti & Co Ltd v. E.T. Green Ltd* 1959 1 QB 131; *Soc. Tunisienne d'Armement v. Sidemar SpA*. 1961 2 QB 278.

<sup>309</sup> MOCCIA, *Case Law*, in Glossario per uno studio della Common Law, Milano, 1983, pag. 11. l'autore approfondisce il concetto di overruling e la sua aderenza agli istituti di civil law.

<sup>310</sup> ALPA e DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, op. cit., pag. 164. Si rileva che in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta, se il contratto è a tempo indeterminato è consentito nel sistema inglese alla parte onerata di richiedere la risoluzione del contratto previo ragionevole preavviso se, invece, il contratto è a tempo determinato la parte onerata non può chiedere alcunché salvo espressa previsione contrattuale.

<sup>311</sup> PHANG, op. cit., pag. 286.

contraente possa rimediare ad un cattivo affare<sup>312</sup>. Altra parte della dottrina, invece, pur ritenendo un simile orientamento conforme al principio giuridico della libertà contrattuale e a quello in virtù del quale l'imprenditore deve assumersi il rischio economico quale contropartita al profitto che ritiene di poter trarre dall'affare concluso, sostiene che l'aumento dei costi è la principale causa che spinge le parti a chiedere la *frustration* del contratto purchè imprevedibile e non imputabile alla parte che invoca il rimedio<sup>313</sup>. Requisiti, questi ultimi, ritenuti spesso insufficienti dalla giurisprudenza che ha richiesto che l'eccessiva onerosità doveva essere tale da rendere la prestazione pattuita completamente diversa.

### Le categorie di frustration

In nessun precedente la giurisprudenza si è mai preoccupata di indicare le regole generali in base alle quali un contratto si possa ritenere *frustrated*, consentendo così alla dottrina la mera catalogazione delle possibili fonti di *frustration*, classificate talora in base alla loro natura talaltra in base alle singole fattispecie negoziali<sup>314</sup>. Nell'intento di creare una grande categoria generale di eccezioni alla regola degli *absolute contracts*, la dottrina fa convergere le eccezioni a detta regola giustificate dalla *impossibility* della prestazione all'interno della categoria generale della *frustration* omettendo ogni sorta di distinzione tra *impossibility* e gli altri *frustration events*. Diverse le ipotesi di *frustration* del contratto. La prima categoria di eccezioni alla regola della *absolute contract* trae origine dal caso *Taylor v. Caldwell* e viene individuata nella distruzione del bene oggetto della prestazione<sup>315</sup>. La seconda categoria che deriva dal caso *Krell v. Henry* fa riferimento alla mancata realizzazione di un evento al quale sole alcune volte è stata riconosciuta quella funzione<sup>316</sup>. In questi casi la dottrina richiama la distinzione fatta dalla giurisprudenza tra *objet* e  *motive* del contratto

---

<sup>312</sup> In Re Arbitration between Comptoir Commercial Anversois and Power, Son and Company 1920 KB 868; *Pacific Phosphates Co Ltd v. Empire Transport* 1926 4 LILR 189.

<sup>313</sup> PHANG, op. cit. pag. 287.

<sup>314</sup> Cheshire and Fifoot's on Contract per cui ' it is not possible to tabulate or to classify the circumstances to which the doctrine of frustration applies, but we will illustrate its operation by a reference to a few of the cases in which it has been invoked'.

<sup>315</sup> Nel caso *Appleby v. Myers* 1867 LR 2 CO, spesso richiamato, la *frustration* è riconosciuta in un contratto di appalto in cui una delle parti si era impegnata a fornire ed installare un macchinario specifico in alcuni locali di una fabbrica, in seguito alla distruzione della stessa.

<sup>316</sup> *Larrinaga & Co Ltd v. Società Franco Americaine des Phosphates de Medulla* 1923 39 TLR 316; *Herne Bay Steamboat Co v. Hutton* 1903 2 KB 683 n31 quale la *frustration* non viene riconosciuta anche se solo parte dell'evento si era verificato avendo la Court of Appeal evidenziato la differenza tra il motivo che ha indotto le parti alla stipula e the basis on which both contract.

affermando che solo in difetto del primo si verifica la *frustration* del contratto pur non essendo sempre chiara la distinzione anzidetta<sup>317</sup>. La terza categoria di *frustration* è costituita, nei contratti di prestazioni di servizi, dalla morte o dalla indisponibilità del soggetto che deve eseguire la prestazione: il contratto è stato ritenuto *frustrated* nel caso in cui in seguito ad una malattia il prestatore sia venuto a mancare ma anche nei casi in cui altre cause abbiano impedito, anche temporaneamente, l'adempimento della prestazione<sup>318</sup>. È bene evidenziare che la giurisprudenza, neanche in questi casi, ha elaborato delle regole puntuali ritenendo necessaria, nelle ipotesi di indisponibilità temporanea, la valutazione della durata del contratto, della durata della indisponibilità, la natura e la durata della causa dell'impossibilità<sup>319</sup>. Sempre nella terza categoria di *frustration* rientrano i contratti di appalti di edifici per i quali la House of Lords ha categoricamente escluso che l'aumento imprevisto e notevole dei costi di costruzione possa essere considerato causa di *frustration* che è ritenuta possibile solo se in seguito alla costruzione, questa dovesse risultare completamente differente da quella prevista dal contratto e, dunque, inadatta allo scopo per il quale è stato costruito<sup>320</sup>. La quarta categoria di *frustration* riguarda l'introduzione di una nuova legge che determina un cambiamento della norma applicabile, o un atto di *interference* della pubblica amministrazione o lo scoppio di una guerra che rende illegali certi comportamenti<sup>321</sup>: si tratta di casi in cui sia che la nuova norma vieti il comportamento previsto dal contratto<sup>322</sup> sia che privi il debitore di un bene in funzione del quale si era obbligato a svolgere la prestazione<sup>323</sup> sono stati ritenuti giustificativi di *frustration* in quanto *further performance of the contract becomes impossibile by legislation* con il limite che *'the change of law must be as to strike the root of agreement'*. Le cause di sopravvenienza citate potrebbero anche sospendere solo temporaneamente l'efficacia del contratto<sup>324</sup> ragion per cui la giurisprudenza ritiene il contratto *frustrated* solo se, alla fine del periodo di sospensione, le condizioni di adempimento dovessero risultare del tutto diverse rispetto a quelle che si sarebbero dovute rispettare in assenza della sospensione. Secondo tale orientamento bisogna valutare la durata del periodo di sospensione in base alle informazioni disponibili al momento del verificarsi dell'evento interruttivo, in funzione della previsione di un

---

<sup>317</sup> *Phillips v. Alhambra Palace Co Ltd* 1901 1 QB 59 vi deve sempre essere un significante intuitu personae in difetto no necessariamente il contratto è frustrated.

<sup>318</sup> *Horlock v. Beal* 1916 1 AC 486; *Morgan v. Manser* 1948 1 KB 184; *Marshall v. Glanvill* 1917 2 KB 87; *Hunger v. Preston Corpn* 1942.

<sup>319</sup> *Marshall v. Harland & Wolff Ltd Co* 1972 1 WLR 899; *Hebden v. Forsey & Son* 1973 ICR 607; *Hart v. A R Marshall & Son Ltd* 1978 2 All E R 413.

<sup>320</sup> *Davis Contractors v. Fareham U.D.C.* 1956 A. C. 696; In senso contrario *Metropolitan Water Co v. Dick Kerr & Co Ltd* 1918 A.C. 119.

<sup>321</sup> *Eter Bieber & Co v. Rio Tinto Co Ltd* 1918 A.C. 260; *Fibrosa Spolka Ackyina v. Faibairn Lawson Combe Barbour Co* 1943 A.C. 32.

<sup>322</sup> *Denny Mott & Dickinson v. Fraser & Co Ltd* 1944 A.C. 265.

<sup>323</sup> *Bailly v. De Crespigny* 1869 LR 4 QB 180.

<sup>324</sup> STANNARD, *Frustrating delay*, in 46 The Modern Law Review, 1983, pag. 738.

*reasonable man*<sup>325</sup>. In merito ai contratti di noleggio marittimo, la giurisprudenza si è mostrata divisa per distinguere i casi in cui il sequestro dell'imbarcazione è causa di *frustration* e quelli in cui è solo causa di sospensione per poi addivenire alla conclusione che la valutazione deve essere fatta in base al rapporto tra la durata del periodo di sequestro e quello di durata complessiva del noleggio<sup>326</sup>; posizione questa poco condivisa dalla dottrina<sup>327</sup> che tra le cause di *frustration* individua oltre al sequestro da parte dell'autorità anche i danni subiti dall'imbarcazione noleggiata<sup>328</sup>, l'impossibilità di lasciare il porto di origine, gli scioperi portuali che osteggiano il carico e scarico della merce<sup>329</sup>.

### La doctrine of frustration of the consideration

Nelle ipotesi di impossibilità economica, la giurisprudenza ha risolto la problematica, almeno inizialmente, mediante una applicazione estensiva, della disciplina della *impossibility*<sup>330</sup>. In un secondo momento e, in occasione del caso *Krell v. Henry*, viene enunciato un nuovo principio generale: la *doctrine of frustration of purpose* o *of the consideration*. In quell'occasione la Corte di Appello inglese aveva giustificato il parziale inadempimento del debitore in relazione al canone di locazione di un balcone preso per visionare l'incoronazione di re Giorgio; incoronazione che fu rimandata a causa di un malore del re. Il locatore fu autorizzato a trattenere la somma ricevuta a titolo di caparra ma il debitore fu liberato dal pagamento del canone residuo sull'assunto che l'incoronazione del re dovesse ritenersi la *foundation*, quindi il fondamento del contratto che aveva indotto le parti alla sua stipula e, che il suo mancato verificarsi, avesse *frustrated* il contratto facendo venir meno l'interesse delle parti<sup>331</sup>. Tale caso e i successivi che si sono risolti sulla sua scia è stato in dispensabile per aver individuato un altro tipo di *implied conditions*: non quello per il quale la prestazione per essere eseguita deve essere possibile ma quello per cui la prestazione deve essere rimasta conforme a quello che le parti volevano al momento della conclusione del contratto

---

<sup>325</sup> Cheshire and Fifoot's on Contracts, op. cit., pag. 589.

<sup>326</sup> *Bank Line Ltd v. Chappel & CO* 1919 A.C. 435.

<sup>327</sup> Anson's Law of Contracts pag. 510.

<sup>328</sup> *Jackson v. Union Marine Insurance Co* 1874 LR 10 CP 125.

<sup>329</sup> *The Penelope* 1982 P. 180 e *Pionner Shipping Ltd v. BTP Tioxide Ltd* 1982 AC 724; *Contra Budget & Co v. Binnington & Co* 1891 1 QB 35.

<sup>330</sup> Anson's Law of Contracts, op. cit. pag. 505.

<sup>331</sup> *Krell v. Henry* 2 KB 740 1903.

e non qualcosa di completamente diverso. A tal proposito la dottrina ha osservato che questo *implied conditions* null'altro era che un espediente con le quali le Corti potevano riallocare i rischi delle sopravvenienze lasciando credere che si trattasse di una operazione ermeneutica<sup>332</sup>. Si registra, così, la tendenza della giurisprudenza a ricostruire il contratto in base a come le parti avrebbero agito se avessero saputo delle sopravvenienze non curandosi di ricostruire la volontà delle parti così come manifestata in contratto<sup>333</sup>. Tanto ha portato alla necessità di una risistemazione dal punto di vista dogmatico del tema delle sopravvenienze nonché alla distinzione tra *doctrine of impossibility* e *frustration of contract* che pur originandosi dalla prima è ben distinta dalla stessa per rientrare ambedue nella più ampia teoria della *frustration of consideration*; l'unico punto in comune è che entrambe determinano la *frustration* del contratto non essendo più possibile il raggiungimento degli obiettivi che le parti si erano prefissate. Differente è il meccanismo con il quale le parti devono dimostrare tale *frustration*: nel primo caso la *frustration* discende da una presunzione assoluta che l'impossibilità della prestazione impedisce quell'obiettivo per cui è sufficiente dimostrare quell'impossibilità, nel secondo, invece, la *frustration of the consideration* va verificata attraverso una operazione ermeneutica del contratto. Quasi sempre le pronunce di *frustration* sono dovute ad una applicazione estensiva della *doctrine of impossibility*; solo in qualche rara eccezione, in cui pur essendo ancora possibile l'adempimento il debitore non è stato *discharged*, le Corti hanno riconosciuto la *frustration of purpose* in senso stretto; proprio da queste rare ipotesi dottrina e giurisprudenza hanno tentato di estrapolare le regole generali su cui si fonda la *doctrine of frustration of the consideration*<sup>334</sup>. Partendo dal presupposto che il giudice non ha alcun potere di ripartire i rischi delle sopravvenienze consentendo, così, ad una delle parti di sfuggire alle conseguenze di un cattivo affare<sup>335</sup>, la dottrina ha catalogato i casi di *frustration* in quattro gruppi ciascuno facente capo ad una diversa teoria a seconda del test ai quali il contratto doveva essere sottoposto per capire se era o meno stato colpito da *frustration*: abbiamo così la *Teorie of implied terms*, la *Teorie del Just and reasonable result*, la *Teorie of Foundation of contract* e la *Teorie of Radical change in the obligation*<sup>336</sup>. Queste teorie sono state elaborate una in conseguenza dell'altra dopo che si era partiti da una estensione della *doctrine of impossibility* elaborata con il caso *Taylor v. Caldwell*. Inizialmente le Corti ritenevano che il contratto era interessata da una *frustration of consideration* tutte le volte in cui la turbativa aveva fatto venir

---

<sup>332</sup> MURRAY, op. cit. pag. 636; FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2003, pag. 417.

<sup>333</sup> *British Movietonews Ltd v. London and District Cinemas Davis Contractors Ltd v. Fareham* 1956 AC 696.

<sup>334</sup> Anson's Law of Contracts, op. cit., pag. 513.

<sup>335</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 48.

<sup>336</sup> Anson's Law of Contracts, op. cit., che richiama I 4 tests riassunti dal Lord Hailsham nel case *National Carriers v. Panalpina* 1981 AC 675 at 678.

meno gli *implied terms* dalla sussistenza dei quali le parti avevano fatto dipendere le sorti del contratto<sup>337</sup>. Questo ragionamento teorizzato dalla dottrina come la cd. *Implied Terms Test* sostiene la *frustration* del contratto tutte le volte in cui dallo stesso emerga, implicitamente, una volontà di sciogliere il contratto se si fossero verificati gli eventi poi accaduti<sup>338</sup>. Una simile ricostruzione ha prestato il fianco alle critiche della giurisprudenza che ha dato una duplice interpretazione in quanto inizialmente i giudici interpretavano in modo soggettivo la presenza degli *implied terms* cosicché la loro individuazione altro non era che l'estrinsecazione di un potere volto ad attribuire al contratto gli effetti che le parti avrebbero voluto se si fossero prodotte le circostanze poi verificatesi e che non erano state previste dalle parti<sup>339</sup>. Una simile operazione oltre a risultare complicata è stata poco condivisa in quanto essendo la sopravvenienza imprevedibile le parti non avrebbero potuto attribuire loro degli effetti, tantopiù che non è detto che le parti avrebbero voluto la cessazione del contratto, effetto tipico della *termination* generata a sua volta dalla *frustration*. Tali problematiche inducono ad una rielaborazione della teoria degli *implied terms* nella quale questi vengono interpretati in senso oggettivo, richiedendo al giudice l'individuazione della clausola che, alla luce dei fatti verificatesi, un '*reasonable man*' avrebbe inserito nel contratto se avesse previsto la sopravvenienza<sup>340</sup>. In questa rielaborazione il giudice non si deve preoccupare di ricercare l'effettiva volontà delle parti quanto piuttosto di ricostruire ciò che esse avrebbero voluto se avessero previsto la turbativa, con una tendenza ad oggettivizzare valutazioni e criteri di guisa che il giudice si ergerebbe a portavoce delle parti, trascurandone sempre più la reale volontà soggettiva<sup>341</sup>. A parere della dottrina<sup>342</sup> la ricerca degli *implied terms* servivano solo a giustificare l'ingerenza delle Corti sulle sorti del contratto volto a mitigare le conseguenze della *doctrine of absolute contracts* consentendo alla *doctrine of frustration* di conciliare la regola con le eccezioni giustificate dal concetto stesso di giustizia che il giudice è tenuto a perseguire<sup>343</sup>. In questo senso la *doctrine of frustration* si configura come una sorta di *operation law* che permette al giudice di esonerare il debitore dall'adempimento tutte le volte in cui gli sembra di costringerlo ad eseguire una prestazione contraria al concetto di giustizia. Di tale *doctrine* la giurisprudenza ne fa apparentemente un uso incompatibile con le esigenze di certezza del diritto giustificato dalla natura rimediale del *common law* nel quale il giudice è chiamato a creare la norma finalizzata alla composizione di un conflitto di interessi. Prontamente la dottrina ha indicato le pronunce nelle

---

<sup>337</sup> *F.A. Tamplin steamship Co v. Anglo Mexican Petroleum Products Co Ltd* 1916 2 AC 397 at 403

<sup>338</sup> Anson's law of Contract, op. cit., pag. 514.

<sup>339</sup> *Hirji Mulji v. Cheong Yue SS Co Ltd* 1926 AC 497.

<sup>340</sup> *Davies Contractors Ltd v. Fareham UDC* 1956 AC 696.

<sup>341</sup> ALPA e DELFINO, op. cit., pag 166 i quali riportano l'opinione secondo cui il principio sia 'irrespective of the individuals concerned, their temperaments and failing, their interests and circumstances'.

<sup>342</sup> Anson's Law of Contracts, op. cit., pag. 515.

<sup>343</sup> *Joseph Constantine Steamship Line Ltd v. Imperial Shipping Corporation* 1942 AC 154 at 186.

quali le Corti hanno rinunciato alla *fictio* della individuazione degli *implied terms* per addivenire direttamente alla conclusione che la *doctrine of frustration* traeva giustificazione dall'obiettivo di consentire ai giudici di ottenere un *just and equitable result*. È proprio da questo ragionamento che si origina la nuova *Teorie of just and reasonable result* che prescinde da ogni operazione ermeneutica sul contratto e concepisce la *doctrine of frustration* come strumento che consente al giudice di intervenire sul contratto attribuendo alla stesso gli effetti che rispondono maggiormente al concetto di giustizia ogni volta che gli sembra che sia '*just and reasonable to do so*'. Si evince chiaramente che tale teoria, seppur applicata raramente e mai ai casi di eccessiva onerosità e, sebbene per la sua applicazione fosse necessario dimostrare che il mantenimento del vincolo contrattuale fosse *unjust*<sup>344</sup>, attribuisce al giudice un potere molto ampio se non addirittura illimitato di determinare gli effetti del contratto tanto da indurre la giurisprudenza stessa a porre alcuni limiti alla discrezionalità del giudice<sup>345</sup>, imponendogli di considerare la volontà delle parti; quindi presupposto di applicazione della *doctrine of frustration* era la *disappearance of the foundation of the contract* ovvero sia l'entità delle sopravvenienze doveva essere tale da determinare la *foundation* del contratto<sup>346</sup>. Diverse si sono rivelate le difficoltà applicative di una simile teoria soprattutto in ordine alla determinazione di cosa fosse in concreto la *foundation* dei contratti sottoposti all'attenzione del giudice<sup>347</sup>: sicuramente non poteva consistere nell'oggetto poiché, in tal caso, la sua distruzione rendendo la prestazione impossibile avrebbe richiesto l'applicazione della *doctrine of impossibility*. Per superare *l'empasse* fu elaborata una nuova teoria cioè la *Teorie of radical change in the obligation* secondo la quale il contratto è *frustrated* solo se si verifica un *radical change in the obligation*<sup>348</sup>. Tutte le teorie sin ora esaminate altro non sono che le diverse modalità di applicazione della *doctrine of frustration*, peraltro tutte assai simili tanto che secondo la dottrina maggioritaria esse confluirebbero nell'ultima di cui rappresentano le tappe del suo perfezionamento. In tutte le ipotesi bisogna ricostruire il contenuto del contratto più o meno cercando di rispettare la volontà effettiva o ipotetica delle parti. L'ultima teoria, conosciuta anche come *the Construction Theorie*, in realtà è stata accolta anche da una pronuncia della *House of Lords* in quanto al fine di verificare il *radical change in the obligation* al giudice è richiesto di ricostruire il contratto tenendo presente la sua natura e le circostanze presenti al momento della stipula, delineando così l'obbligazione pattuita. Fatta questa operazione il giudice accorderà la tutela solo se riterrà che il suo adempimento sarebbe dovuto avvenire sotto l'imperio di circostanze cambiate in

---

<sup>344</sup> *Notcutt v. Universal Equipment Co Ltd* 1986 1 WLR 641.

<sup>345</sup> CRISCUOLI, op. cit., pag. 405.

<sup>346</sup> *W.J. Tatem v. Gamboa* 1939 1 KB 132.

<sup>347</sup> Espressamente rigettata dalla House of Lords nel caso *National Carriers v. Panalpina* 1981 AC 675.

<sup>348</sup> *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* 1956 AC 696.

modo radicale in un momento successivo alla conclusione<sup>349</sup> del contratto e che alterino la *fundamental nature of the contract*. Anche quest'ultima teoria ha avuto una applicazione assai limitata non essendo sufficiente alla sua applicazione il semplice aumento dei costi cioè l'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>350</sup>. Alla luce delle considerazioni sopra esposte la dottrina ha concluso che la *frustration* del contratto è determinata da sopravvenienze che rendono l'adempimento qualcosa di '*radically or fundamentally different in a commercial sense*' rispetto a quanto pattuito senza però sciogliere alcun dubbio sull'applicabilità della *doctrine of frustration* determinata dai dubbi sui concetti di *radical e fundamental difference*<sup>351</sup> poiché si è ritenuto che la rilevanza pratica delle fondamente teoriche della *doctrine* sarebbero nulle; sarebbe invece utile interrogarsi sul perché un contratto sarebbe frustrato e su quando gli effetti di una sopravvenienza siano sufficienti a liberare il debitore<sup>352</sup>.

### Limiti alla frustration

L'analizzata *doctrine of frustration of purpose* insieme alla *doctrine of impossibility* confluisce nella più ampia *doctrine of frustration of contract* in virtù della quale la giurisprudenza riconosce la tutela laddove ritiene rilevanti gli effetti sul contratto delle sopravvenienze senza alcuna distinzione delle stesse, ciò che rileva è l'effetto. In linea di massima solo le sopravvenienze impossibilitanti determinano la *frustration* del contratto, tuttavia se in qualche caso a tale risultato dovessero condurre anche quelle non impossibilitanti, il giudice dovrà, ove ricorrano i presupposti, applicare il medesimo rilievo rimediale, indipendentemente dalla natura della sopravvenienza. La dottrina ha evidenziato come l'applicazione della *doctrine of frustration* non è avvenuta senza contrasti e senza limitazioni. La giurisprudenza ha previsto delle forti limitazioni di carattere generale in cui si continua ad applicare la regola degli *absolute contract*: è il caso dei *lease*<sup>353</sup>, i casi in cui l'evento che ha prodotto la *frustration* non è sopravvenuto ma in realtà già esistente al momento della conclusione del contratto<sup>354</sup> o i casi in cui l'evento era prevedibile dalle parti<sup>355</sup> in quanto naturale sviluppo di una situazione già esistente alla stipula<sup>356</sup> e, ancora, i casi di inadempimento

<sup>349</sup> *Heyman v. Darwins* 1942 AC 356 at 383.

<sup>350</sup> TRAKMAN, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, in 46 *Modern Law Review* 1983, pag. 39.

<sup>351</sup> Anson's *law of Contracts*, op. cit., pag. 518.

<sup>352</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 578.

<sup>353</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 44; *National Carriers v. Panalpina* 1981 AC 675.

<sup>354</sup> *Clifford v. Watts* 1870 LR 5 CP 577.

<sup>355</sup> TREITEL, *The Law of Contracts*, London, 1995, pag. 811.

<sup>356</sup> *Ashmore & Son Ltd v. CS Cox & Co* 1899



volontario<sup>357</sup>. Dalla limitazione ai contratti di *lease of land*, che trae origine dal case *Paradine*, deriva che il conduttore è obbligato a versare l'intero canone di locazione anche in caso di indisponibilità temporanea del fondo dovuta all'occupazione della pubblica autorità<sup>358</sup> o di un nemico in caso di guerra<sup>359</sup> e anche in altri casi in considerazione del fatto che l'aspetto prevalente fosse la cessione, anche temporanea, di un bene immobile, il che è consentito dalla concezione anglo-americana dei *real estates*<sup>360</sup>. In proposito altalenate si è rivelata la posizione della House of Lords che dopo aver ritenuto possibile, almeno in via di principio, della *doctrine of frustration*<sup>361</sup> a qualunque tipo contrattuale, in un secondo momento esclude la sua applicazione pratica ai contratti di locazione per addivenire poi, alla conclusione che ai contratti di *lease* non si applicherebbe quasi mai<sup>362</sup>. Per quanto riguarda la limitazione relativa alla impossibilità non dovuta a circostanze sopravvenute o imprevedibili essa si basa sul fatto che essendo conosciuta o conoscibile le parti l'avrebbero annoverata tra i rischi che avrebbero accettato non essendo stata esclusa da un'esplicita clausola contrattuale di *force majeure*<sup>363</sup>. Per quanto riguarda la limitazione relativa all'inadempimento volontario questa sarebbe dovuta al fatto che *'reliance cannot be placed on self induced frustration'*<sup>364</sup> circostanza confermata la case *Maritime National Fish Ltd. V. Ocean Trawlers Ltd* in cui la *frustration* viene negata in quanto *'the essence of frustration is that it should not be due to the act or election of the party'*<sup>365</sup>. La dottrina sottolinea, però, che non tutti i casi in cui l'inadempimento è dovuto a circostanze imputabili al debitore la *doctrine of frustration* sarebbe inapplicabile, rileverebbe a tal proposito il tipo di colpa alla base dell'inadempimento<sup>366</sup> e graverebbe sulla controparte l'onere di provare l'imputabilità dell'inadempimento sull'altro contraente<sup>367</sup>. Due i motivi alla base della ritrosia della giurisprudenza all'applicazione incondizionata della *doctrine of frustration*: la limitazione ad eventi effettivamente imprevedibili e la tendenza a considerare prevedibili e, dunque, accettabili tutti quei rischi non esclusi esplicitamente attraverso una clausola di *force majeure* in quanto il totale ribaltamento del rischio dovuto alla *total discharge* non rappresenterebbe una soluzione adeguata per una equa ripartizione del rischio. In più occasioni la giurisprudenza ha preferito soluzioni di compromesso: nel caso della

---

<sup>357</sup> TREITEL, *The Law of Contracts*, London, 1995, pag. 817.

<sup>358</sup> *Witherhall Court Ltd v. Ettinger* 1920 1 KB 680.

<sup>359</sup> *Redmond v. Dainton* 1920 2 KB 256.

<sup>360</sup> *London and Northern Estates Co v. Schesinger* 1914 1 KB 20 in cui lo straniero impossibilitato ad occupare lo stabile locato in quanto austriaco veniva esonerato dal pagamento integrale del canone.

<sup>361</sup> *Criclewood Property and Investment Trust Ltd. V. Leighton Trust Ltd* 1945 AC 221 in cui si esclude la *frustration* del contratto ma non la si esclude per contratti dello stesso tipo.

<sup>362</sup> *National Carriers v. Panalpina* 1981 1 All ER 161.

<sup>363</sup> YATES, *Drafting Force Majeure and related Clauses* in 3 *Journal of Contract Law* 1990, pag. 186.

<sup>364</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 592.

<sup>365</sup> *Lauritzen AS v. Wijsmuller BV* 1990 1 Lloyd's Rep.1; TREITEL, *The Law of contract*, 1990, pag. 700.

<sup>366</sup> *Joseph Constantine SS Line Ltd v. Imperial Smelting Ltd* 1942 AC 154.

<sup>367</sup> *Cheshire and Fifoot's on Contracts*, op. cit., pag. 594.

cancellazione o posposizione dell'evento per assistere al quale uno delle parti aveva versato una ingente somma di denaro, si è optato per la restituzione solo parziale di quanto versato o la possibilità di utilizzare il biglietto in una successiva occasione, non ritenendosi equo che colui che aveva ricevuto anticipatamente il corrispettivo dovesse sopportare tutto il rischio delle sopravvenienze mediante l'integrale restituzione di quanto ricevuto. Non si può tuttavia ignorare che spesso la giurisprudenza ha affermato di non avere alcun potere di riforma del contratto e, così, qualora il contratto non prevedeva la ripartizione del rischio, dovendo scegliere se ravvisare nella sopravvenienza una causa di *total discharge* e l'affermazione della *full force*, invece di trovare soluzioni di compromesso ha optato per la seconda soluzione<sup>368</sup>.

### **La frustration: effetti**

La disciplina degli effetti della dichiarazione di *frustration* del contratto ad opera del giudice è frutto di un lungo travaglio giurisprudenziale<sup>369</sup> che ha necessitato di un intervento correttivo da parte del Parlamento. I giudici hanno ritenuto che la *frustration of the contract*, sia essa dovuta ad *impossibility* che a *frustration of the consideration*, faccia venir meno, *ipso iure*, la giustificazione della giuridicità del vincolo comportando la liberazione (*discharge*) del debitore<sup>370</sup>. Venendo meno tale giuridicità si potrebbe verificare, a grandi linee una similitudine con istituti di *civil law* come l'inesigibilità della prestazione. Inizialmente, la *discharge* si aveva contemporaneamente al verificarsi della sopravvenienza<sup>371</sup>; la pronuncia del giudice, quindi, altro non era che una sentenza dichiarativa con effetto *ex tunc* dal momento del prodursi del *frustrating event*<sup>372</sup>. Le conseguenze della esecuzione del contratto rimarrebbero ferme prima del verificarsi dell'evento turbativo<sup>373</sup> e

---

<sup>368</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 51

<sup>369</sup> KENDRICH, *The consequences of Frustration – The Law Reform Act 1943*, in *Force Majeure and frustration on Contracts*, London, 1995, pag. 223, l'autore si occupa delle conseguenze della frustration nel diritto inglese.

<sup>370</sup> *Discharge* è un termine onnicomprensivo che indica la cessazione degli effetti del contratto sia in seguito all'inadempimento che all'adempimento. ALPA e DELFINO, op. cit., pag. 144 si occupa delle eccezioni del termine.

<sup>371</sup> *HIRJI Mulji v. Cheong Hue SS Co* 1926 AC 497; CRISCUOLI, op. cit., pag. 406 si occupa delle conseguenze derivanti dalla efficacia ipso iure della frustration evidenziandone quattro fondamentali: la sentenza avrebbe efficacia dichiarativa e differirebbe dalle sentenze di e o di annullamento per inadempimento imputabile al debitore, inoltre l'effetto risolutorio operando ipso iure non può essere modificato dalla volontà delle parti. E, infine, essendo la frustration causa obiettiva di scioglimento del vincolo contrattuale può essere fatta valere da entrambi i contraenti.

<sup>372</sup> *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* 1943 AC 32at 70.

<sup>373</sup> TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit. pag. 821.

solo in seguito a tale momento le parti verrebbero liberate dalle rispettive obbligazioni<sup>374</sup> maturate da tale momento alla pronuncia del giudice e da quelle che successivamente sarebbero diventate inesigibili<sup>375</sup>. Gli effetti di queste sentenze mal sono stati accolti dalla giurisprudenza<sup>376</sup> e dallo stesso Parlamento. Il primo inconveniente è emerso nel famoso *case Chandler v. Webster* nel quale la parte, pur consapevole dell'impossibilità della prestazione, è costretta a versare la controprestazione poiché il pagamento era già scaduto quando si è verificato l'evento causa di *frustration*, essendo convenuto il versamento anticipato<sup>377</sup>. È una pronuncia talmente assurda che è stata subito *overruled* con la pronuncia del *case Fibrosa Spolka* in cui dopo la dichiarazione di *frustration* di un contratto di fornitura, la *House of Lords* ha decretato che la parte che aveva pagato in anticipo come previsto dal contratto avesse diritto alla ripetizione di una parte del prezzo a titolo di quasi *contract*<sup>378</sup>. La pronuncia, solo parzialmente, ha corretto il difetto derivante dalla prima sentenza giacché non risolve il problema della tutela del contraente che versa in anticipo la controprestazione limitandola alle sole ipotesi di *total failure della consideration* (per la giurisprudenza *impossibility*) e quindi non garantendo alcuna possibilità di ripetizione di quanto versato in anticipo per le ipotesi di mancanza solo parziale della *consideration*<sup>379</sup>; senza considerare, poi, nessuna tutela viene riconosciuta a chi ha eseguito la prestazione diversa dal versamento di una somma di denaro, sino al momento in cui era intervenuta la causa di *frustration* della prestazione contrapposta. Spesso, prima di tale intervento, la parte che si era impegnata ad eseguire la prestazione, l'aveva già iniziata, incorrendo in spese e /o consentendo un minimo arricchimento alla controparte alla quale, nei casi di *total failure of the consideration*, veniva successivamente al *case Fibrosa* riconosciuto il diritto di ripetizione di quanto versato<sup>380</sup>. Questo inconveniente e gli altri sopra evidenziati hanno reso necessario l'intervento di uno *Statute*, il *Law Reform Act* del 1943 che ha riconosciuto più ampia tutela a colui che anticipatamente aveva versato una parte di quanto pattuito<sup>381</sup> andando, dunque, ad estendere la tutela prevista dal *case Fibrosa* sia ai casi in cui al momento del realizzarsi del *frustrating event* non si fosse prodotta la *total failure*

---

<sup>374</sup> CRISCUOLI, op. cit., pag. 407, la giurisprudenza ripartiva le perdite in base al principio 'the loss lies where it falls'; opera in tale direzione il *case Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* 1943 AC 32 at 58.

<sup>375</sup> *Appleby v. Myers* 1867 LR "CP 651.

<sup>376</sup> *Cantiere San Rocco S.A. v. Clyde Shipbuilding & Engineering Co Ltd* 1924 AC 226 at 257, il caso evidenzia tutte le critiche poi recepite nel Law Revision Committee nello Statute del 1943.

<sup>377</sup> *Chandel v. Webster* 1904 1 KB 493 nel quale il convenuto in ritardo nei pagamenti viene condannato al pagamento dell'intera prestazione che nel frattempo è divenuta impossibile.

<sup>378</sup> Non si poteva riconoscere il diritto di ripetere la somma in base ad una azione contrattuale non essendovi alcun vizio ab inizio del contratto ma solo una causa di *frustration* del contratto successivo alla sua conclusione.

<sup>379</sup> Anson's Law of Contracts, op. cit., pag. 528 in cui si afferma che la parte che ha versato in anticipo il prezzo o anche solo parte di esso non potrà ripeterlo se ha ricevuto una parte della prestazione.

<sup>380</sup> In proposito LORD SIMON nel *case Fibrosa Spolka*, cit., at 54-55 nel quale si evidenzia come la giurisprudenza fosse consapevole di questa pecca del common law.

<sup>381</sup> KENDRICK, op. cit., pag. 226 il quale afferma che lo Statute pur occupandosi dei casi in cui la prestazione è divenuta impossibile nel quale, però, è assente una definizione esatta del termine *frustration*.

della *consideration*<sup>382</sup> sia ai casi in cui la parte avesse iniziato l'adempimento della prestazione diversa dal versamento di denaro garantendogli un indennizzo per l'arricchimento della controparte<sup>383</sup>. In particolare tale *Act* prevede diversi rimedi: nella prima sezione prevede che laddove il contratto sia discharged il giudice può riconoscere il diritto alla ripetizione dell'intero prezzo versato o esonerare la parte dal versamento; si dispone, altresì, che se la parte ha sostenuto dei costi per l'adempimento le si può riconoscere il loro rimborso totale o parziale purchè siano state sostenute prima che si verificasse l'evento in forza del quale il contratto è stato *discharged*<sup>384</sup>. Assai dibattute sono le modalità di esercizio tre modalità<sup>385</sup> di esercizio del potere discrezionale del giudice; sempre nella prima sezione è previsto un secondo rimedio che riconosce a colui che ha eseguito parte della prestazione diversa dal pagamento di una somma di denaro un equo indennizzo per l'arricchimento conseguito da controparte. La valutazione del cd. *Valuable benefit* è lasciata alla discrezionalità del giudice che solo dopo aver individuato tale benefit<sup>386</sup> riconosce l'indennizzo che non deve essere superiore al benefit stesso onde evitare l'ingiusto arricchimento della controparte. Tuttavia, tale *Act*, avendo un ambito di applicazione assai limitato<sup>387</sup> non si è rivelato molto efficace nella risoluzione delle problematiche conseguenti alla *frustration* e, in particolare, quelle riguardanti la valutazione degli indennizzi sia in relazione alle spese effettuate che in relazione ai benefits conferiti alla controparte<sup>388</sup>. Esso è stato però propedeutico alla emanazione di altri *Statutes* che sono riusciti a colmare le lacune dell'*Act* inglese del 1943<sup>389</sup>.

---

<sup>382</sup> Ansons Law of Contracts, op. cit., pag. 529.

<sup>383</sup> KENDRICK, op. cit., pag. 223 che in riferimento alla struttura e alle conseguenze della Law Reform indica quale sua ratio quella di 'prevent the unjust enrichment of either party to the contract at the other expense'

<sup>384</sup> Cheshire and Fifoot's on contracts, op. cit., pag. 600 nel quale vi è un commento alla norma. Al momento di condannare il convenuto alla restituzione della somma già ricevuta e di riconoscere che l'attore non deve versare l'ulteriore somma che si era impegnato a versare, il giudice può esercitare il potere discrezionale, consentendogli con tale *Act*, di disporre il rimborso di tali spese, eventualmente in via di compensazione, se la parte deve restituire quanto già percepito, sempre che esse non eccedono quanto essa aveva versato o si era impegnata a versare contrattualmente prima di tale evento.

<sup>385</sup> GARLAND nel case *Gamerco SA v. ICM/Fair Warning Agency Ltd* 1995 1 WLR 1226 le riassume: alcuni suggeriscono di consentire al convenuto di trattenere le spese in cui è incorso (*BP Exploration Co Ltd v. Hunt* 1982 1 All ER 925; altri preferiscono la ripetizione delle perdite (WILLIAMS, *Law Reform Frustrated Act*, London, pag. 35) altri ancora ritengono che deve essere il giudice a determinare il quantum da riconoscere alla parte (TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, op. cit., pag. 540; *Gamerco SA v. ICM/Fair Warning Agency Ltd* 1995 1 WLR 1226.

<sup>386</sup> A parere della dottrina si profilerebbero tre diverse situazioni. Nella prima la prestazione consiste nella consegna di una certa quantità di beni mobili, ciascuno utilizzabile indipendentemente dagli altri, senza dunque che la sopravvenienza ne possa impedire l'utilizzo, il beneficio corrisponderebbe al valore dei beni consegnati, indipendentemente dalle spese sostenute dalla parte. Nella seconda ipotesi la turbativa impedirebbe alla controparte l'utilizzo dell'oggetto della prestazione ne deriverebbe quindi che il beneficio sarebbe nullo e alla parte non spetterebbe alcun indennizzo per le spese sostenute. Nella terza ed ultima ipotesi la prestazione consisterebbe in un pure service senza la produzione di alcun bene *BP a Co Ltd v. Hunt* 1982 cit.

<sup>387</sup> Il Law Reform Act non trova applicazione ai contratti di trasporto marittimo, a quelli di assicurazione e ad alcuni contratti di compravendita di beni specifici.

<sup>388</sup> KENDRICK, op. cit., pag. 243 il quale suggerisce alle parti di prevedere nel contratto le conseguenze di una eventuale frustration poiché una disapplicazione di tale *Act* oltre a non essere valida avrebbe la peggiore conseguenza di lasciare spazio all'applicazione del common law.

<sup>389</sup> È il caso della Nuova Zelanda, Canada, Australia.

## Conclusioni

Nel *common law* inglese il ricorso alla teoria della *frustration* ha carattere del tutto eccezionale, circostanza questa confermata dal fatto che il rimedio non ha trovato applicazione nella maggior parte delle crisi: durante il secondo conflitto mondiale la sua applicazione è stata pressoché nulla come pure la chiusura del Canale di Suez non è stata considerata causa di *frustration*<sup>390</sup> lo stesso discorso si può fare in relazione alla crisi energetica degli anni settanta dovuta al conflitto mediorientale<sup>391</sup>. L'istituto della *frustration* ricomprende sia i casi di impossibilità sopravvenuta che di frustrazione dello scopo contrattuale (presupposizione); malgrado le numerose ipotesi in cui il rimedio può essere invocato la *frustration* non assimila ipotesi che assumono rilevanza nel nostro ordinamento quale il sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni e l'eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>392</sup>. La *frustration* del contratto non coincide con l'impossibilità di eseguire la prestazione che materialmente resta possibile ma coincide con il venir meno della base del contratto<sup>393</sup>. Non si può far a meno di notare che sia la disciplina della *impossibility* ( caso *Taylor*, distruzione del bene o morte o incapacità della parte) che quella della *frustration of purpose* rappresentano un rimedio non solo a favore della parte la cui prestazione è divenuta impossibile o eccessivamente onerosa ma anche a favore della parte che è tenuta al corrispettivo questo perché i rimedi operano ad ampio raggio rispetto ad altri eventuali rimedi . La *frustration*, pur muovendosi in un contesto più ampio, solo raramente è stata utilizzata per sopravvenienze diverse dall'impossibilità sopravvenuta o illiceità della prestazione. Più volte la giurisprudenza ha imposto dei limiti alla sua discrezionalità in tale campo mostrandosi fedele alla *doctrine of absolute contracts o sanctity of contract*. L'Act del 943 pur mitigando le conseguenze della pronuncia giudiziale non intacca il potere del giudice di valutare l'evento dal quale deriva l'impossibilità sia, soprattutto, di quello che possa provocare la *frustration of consideration*.

---

<sup>390</sup> ROSSELLO, *Soppravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto e statunitense* in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Egea, Milano, 1992, pag. 297; BONELLI, *Criteri per l'individuazione dei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Egea, Milano, pag. 297.

<sup>391</sup> TREITEL, *The Law of Contract*, London, 1995, pag. 781.

<sup>392</sup> GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, op. cit., pag. 140.

<sup>393</sup> CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S, *Law of Contract*, London, 1996, pag. 583.

## Il modello americano

La *doctrine of absolute contract* trova applicazione, seppur in maniera meno rigorosa rispetto al modello inglese anche nel sistema nord-americano<sup>394</sup>. Tale presenza è giustificata dal recepimento del *common law* inglese nelle colonie nord-americane<sup>395</sup>, tuttavia, la loro evoluzione politico economica ha fatto sì che si affrancassero dalla soggezione culturale inglese e aderissero progressivamente al modello francese e tedesco nella ricerca di teorie e soluzioni, successivamente elaborate in via autoctona. La dottrina ha contribuito alla creazione di una *American Legal Tradition*<sup>396</sup> poco aderente alla *common law* inglese<sup>397</sup>. Tale *tradition*, rappresentativa di una *egalitarian frontier society* strutturata sotto forma di ordinamento federale<sup>398</sup>, ha indotto la giurisprudenza ad abolire alcuni istituti tipici del diritto inglese e a stemperare il rigore nell'applicazione di altri; in tale contesto è divenuto determinante il ruolo della dottrina che si è dedicata alla razionalizzazione del coacervo formato dalle regole normative stabilite dai legislatori e dalla giurisprudenza dei diversi stati confederati, attraverso forme tipiche di codificazione ufficiali e non<sup>399</sup>. La presenza di queste forme di codificazione, di origine non ufficiale cioè di provenienza dottrinale, come i *Restatement* si riscontra soprattutto nell'ambito dei contratti. La prima forma di codificazione è appunto il *Restatement* vale a dire una raccolta, ad opera della dottrina<sup>400</sup>, di regole giurisprudenziali adottata nei settori disciplinati dall'ordinamento dei singoli Stati Confederati volta alla loro uniformazione. Numerosi sono stati i *Restatement* elaborati dall'*American Law Institute* che, dopo il secondo conflitto mondiale, li ha modificati quasi tutti<sup>401</sup>. Primo fra essi fu il *Restatement on contracts* del 1932 modificato mediante il *Second Restatement* nel 1981 considerato dalla giurisprudenza fondamentale in quanto raccolta di regole e una delle possibili rappresentazioni

<sup>394</sup> FRANSWORTH, *Contracts*, 1990, Boston, pag. 700. l'autore richiama la giurisprudenza americana.

<sup>395</sup> La formazione del sistema giuridico degli USA è illustrato da FRIEDMAN, *History of American Law*, New York, 1985; MATTEI, *Common law*, in Trattato di Diritto Comparato, diretto da Sacco, 1992, Torino; GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, vol I, I grandi sistemi giuridici, Torino, 2002, pag. 320.

<sup>396</sup> GAMBARO, in GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in Trattato di Diritto Comparato, diretto da SACCO, 2002, Torino, pag. 167.

<sup>397</sup> MEHREN, *The US Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Roma, 2000, pag. 3.

<sup>398</sup> GAMBARO, in GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in Trattato di Diritto Comparato, diretto da SACCO, op. cit., 2002, Torino, pag. 172 che analizza l'influenza della costituzione federale.

<sup>399</sup> MEHREN, *The US Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Roma, 2000, op. cit., pag. 7 inerente al problema della codificazione nel common law Americano; il problema viene analizzato anche da autori di civil law GALLO, op. cit., pag. 325.

<sup>400</sup> HAZARD, *The American Law Institute: What it is what it does*, Roma, 1995. l'autore si occupa della natura dell'*American Law Institute* quale istituto privato formato da giudici, avvocati e docenti che si sono occupati della creazione del *Restatement*.

<sup>401</sup> GALLO, voce *Restatement*, in Digesto IV, Delle discipline privatistiche, vol XVII, Torino, 1998, pag. 417 che valuta *Restatement* in un'ottica di civil lawyer. In tal senso anche GALLO, op. cit. pag 192.

dello stato della disciplina da osservare nelle successive decisioni. La seconda forma di codificazione è costituita dall'*Uniform Commercial Code*<sup>402</sup> che differisce dai *Restatement* in quanto nasce sotto forma di codificazione ufficiale<sup>403</sup>, la più importante realizzata dagli USA in ambito privatistico<sup>404</sup>; tuttavia anch'esso nasce da una iniziativa della dottrina finalizzata ad uniformare la normativa del contratto di compravendita nei vari stati che in un secondo momento provvedono ad adottarlo. È bene chiarire che pur chiamandosi *Uniform Commercial Code* non lo si deve intendere come un codice tipico dei sistemi di *civil law* ma come una raccolta giurisprudenziale che evidenzia il ruolo fondamentale della giurisprudenza nello sviluppo delle regole nella *common law*<sup>405</sup>. L'analisi del modello nord-americano passa necessariamente per l'esame dei due strumenti che hanno finalità diverse<sup>406</sup>: i due *Restatement* rappresentano una raccolta sistematica di regole giurisprudenziali esposte con linguaggio legislativo, l'UCC è, invece, una raccolta di regole di diritto positivo, con un tenore fortemente innovativo rispetto alla giurisprudenza poiché il suo direttore, Karl Llewellyn, uno dei giuristi più importanti della prima metà del XX secolo, si è ispirato al BGB, studiato durante i suoi frequenti soggiorni in Germania<sup>407</sup>. Ebbene, anche nel modello nord-americano vige, seppur con rigore attenuato rispetto al modello inglese e grazie all'opera della giurisprudenza, il principio della *sancity of contract*. La dottrina spesso si è interrogata sul perché una sua rigorosa applicazione ad opera della giurisprudenza nel sistema inglese non avesse incontrato l'ostilità della dottrina. Una simile considerazione ha evidenziato i punti deboli di quella *doctrine* considerata obsoleta e di portata residuale, applicabile solo nei casi in cui la giurisprudenza nord-americana non aveva individuato delle eccezioni<sup>408</sup>. La dottrina nord-americana ha individuato la giustificazione di un simile principio generale, al fine di limitarne la portata storica<sup>409</sup> al momento, XVI secolo, in cui il contratto ha iniziato ad essere inteso come uno scambio fra due promesse reciproche ed interdipendenti con l'emersione della figura

---

<sup>402</sup> WHITE e SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1995, pag. 1.

<sup>403</sup> GAMBARO, in GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in Trattato di Diritto Comparato, diretto da SACCO, op. cit., 2002, Torino, pag. 212 che equipara l'UCC alle direttive comunitarie, la sua entrata in vigore è propedeutica al suo recepimento nei singoli Stati.

<sup>404</sup> BELLANTUONO, voce *Uniform Commercial Code*, in Digesto IV, Delle discipline Privatistiche, vol. XIX, Torino, 1999, pag. 516.

<sup>405</sup> Si tratta di un progetto approvato nel 1952 dall'American Law Institute e dalla National Conference of Commissioners on Uniform State Laws che entra in vigore nei singoli Stati attraverso degli emendamenti in momenti diversi. Non si tratta di una legge uniforme essendo stato adottato in modo difforme nei vari Stati, non corrisponde ad un codice inteso nel senso di *civil law* del termine. ROSETT, *Improving the Uniform Commercial Code*, Roma, 1997, pag. 4.

<sup>406</sup> GAMBARO, op. ult. Cit., pag. 212, che osserva 'certo a differenza dell'UCC che è legge degli Stati, il Restatement rimane una compilazione privata, la cui efficacia è affidata alla forza persuasiva, ossia al prestigio che ogni singola compilazione acquista presso le Corti'.

<sup>407</sup> BELLANTUONO, voce *Uniform Commercial Code*, in Digesto IV, Delle discipline Privatistiche, vol. XIX, Torino, 1999, OP. CIT., pag. 516, indica il ruolo di Llewellyn nella compilazione dell'UCC.

<sup>408</sup> GILMORE, *The Death of Contract*, op. cit., pag. 79.

<sup>409</sup> CORBIN, *Corbin on Contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, St. Paul, 1962, pag. 320.

della *consideration* e non più come l'effetto di due promesse autonome fra di loro<sup>410</sup>. Si evidenzia che in precedenza il problema degli effetti della impossibilità della prestazione non si sarebbe posto in quanto colui che, a fronte di una altrui promessa di consegnargli un bene o di offrirgli un servizio, aveva promesso una somma di denaro, avrebbe dovuto adempiere in ogni caso alla propria promessa e in caso di inadempimento avrebbe potuto ricorrere solo ad una azione di arricchimento senza causa per ripetere la somma versata indebitamente. Ebbene, l'*impossibility* non avrebbe potuto costituire alcuna *defence* nei confronti di azioni di inadempimento del pagamento del corrispettivo intentate contro una parte<sup>411</sup>. Il principio generale della *sancity of contract* inizia ad essere applicata solo ai *bilateral contract* tanto che già prima del *case Taylor v. Caldwell* la regola sarebbe stata quella in virtù della quale l'affittuario *Taylor* nulla avrebbe dovuto versare al concedente *Caldwell* per la locazione del teatro successivamente distrutto. Parte della dottrina ritiene che in realtà tale precedente avrebbe introdotto una regola diversa se non addirittura opposta rispetto alla regola che da esso ha tratto la dottrina inglese, quella secondo cui *Caldwell* non avrebbe dovuto risarcire *Taylor* per il previsto guadagno venuto meno in seguito all'incendio. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che tale precedente non avrebbe introdotto alcuna eccezione al principio generale degli *absolute contracts* ma avrebbe solo legittimato le parti ad inserire nel contratto delle clausole con le quali esse si impegnano ad adempiere anche se la controprestazione dovesse divenire impossibile. Quindi, in assenza di una specifica previsione patrizia, la *default rule* applicabile sarebbe quella che l'impossibilità è causa di *discharge*<sup>412</sup>. È opportuno evidenziare come la dottrina nord-americana fornisca una interpretazione uniforme alla dottrina inglese del *case Taylor* mostrando così tutte le incertezze nella ricostruzione dogmatica dei principi generali di *common law*. Una simile ricostruzione si scontrerebbe anche con la comune interpretazione data nel sistema inglese al *case Paradine* e, al quale si fa risalire la *doctrine* degli *absolute contracts*. Nel caso la giurisprudenza non aveva accordato al debitore *Jane* la *discharge* del contratto con sua conseguente condanna al pagamento del canone di affitto di un fondo rustico nonostante non ne avesse potuto disporre a causa dell'occupazione da parte dell'esercito nemico. Si affermò quindi il principio in virtù del quale la parte che si era obbligata ad una determinata prestazione avrebbe continuato ad avere l'obbligo di eseguirla anche in caso di sopravvenuta impossibilità della controprestazione dovuta ad eventi non imputabili al debitore. La regola sarebbe rimasta in vigore sino al caso *Taylor* che rappresenta una sua eccezione. Al contrario, per la dottrina

---

<sup>410</sup> HOLMES, *The common law*, Boston, 1963, pag. 195; HORWITZ, *The transformation of American Law*, New York, 1992, pag. 33; TEDESCHI e ALPA, *Il contratto nel diritto nord-americano*, Milano, 1980.

<sup>411</sup> CORBIN, *Corbin on Contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, St. Paul, 1962, pag. 323. L'autore giustifica l'apertura della tradizionale giurisprudenza inglese di una visione innovativa in funzione del cambiamento della prassi commerciale.

<sup>412</sup> BURTON, *Principles of Contract Law*, St. Paul, 1995, pag. 572 che vede nel *case de qua* un esempio di norma derogabile dall'autonomia delle parti (default rule).



americana il caso *Taylor* non introduce alcuna novità in tema di *disharge* ragion per cui si è vista costretta ad inquadrare la regola affermatasi nel caso *Paradine* in modo diverso<sup>413</sup>: partendo dal presupposto che il proprietario del fondo avesse adempiuto al suo obbligo cioè quello di consegnare il bene e i relativi diritti e che non grava su di lui alcun obbligo di garantire il suo pacifico possesso e che non vi era alcuna prova che l'occupazione nemica avesse impedito o reso difficoltoso il pagamento del canone, la Corte ritenne che non si ravvisava alcuna impossibilità sopravvenuta<sup>414</sup>. A parere di qualche autore<sup>415</sup>, invece, il caso sarebbe semplicemente stato una ipotesi di *'frustration of the tenant's purpose of enjoying the profits of use and occupation'* con conseguente difetto per l'affittuario *'the purpose for which hemade the contract of lease'* che non è stato ritenuto dalla Corte motivo sufficiente alla *disharge* dell'obbligo di pagare il canone pattuito. Da questo diverso inquadramento del precedente all'interno della *doctrine of frustration* si evince la prima differenza tra il modello inglese e quello americano: nel primo l'*impossibility* materiale rappresenta la principale causa di *frustration of the contract*, la *doctrine of frustration of purpose* altro non è che un sinonimo di quella di *impossibility* essendo, nella pratica, del tutto marginali i casi di *frustration of the purpose* non dipendenti dall'impossibilità della prestazione; nel secondo, invece, da un lato vi è la *doctrine of impossibility of the performance* (o *impracticability*) che ricomprende sia la *doctrine of strict impossibility* sia la *doctrine of impracticability*, dall'alto la *doctrine of frustration of purpose*<sup>416</sup>. Nel sistema americano se è vero che l'*impossibility* è sempre causa di *frustration* in quanto viene meno l'obiettivo di ottenere il bene o la prestazione non è altrettanto vero che tutti i casi di *frustration* sono dovuti ad eventi impossibili: spesso viene meno la possibilità di utilizzare il bene o la prestazione oggetto del contratto non a causa della loro distruzione ma perché l'evento sopravvenuto rende la prestazione inidonea a raggiungere lo scopo che la parte si era prefissata con l'acquisto del bene. Si evidenzia così la differenza tra *impossibility/impracticability* e la *frustration of purpose* confermata anche dal *Restatement on contracts* del 1932 e dal *Second Restatement* del 1981. Orbene, tre sono i principali motivi di *disharge* del debitore nel modello nord-americano: i casi di impossibilità, illegalità sopravvenuta della prestazione; quando a divenire impossibile o illegale è la controprestazione; quando la prestazione non soddisfa più l'interesse che la parte

---

<sup>413</sup> GILMORE, *The Death of Contract*, op. cit., pag. 44.

<sup>414</sup> MURRAY, op. cit., pag. 616 indica l'errore in cui sarebbe incorsa la dottrina inglese *'while this case is really nota n impossibility of performance case, since the performance of the tenant of paying rent was clearly not impossible (it is a frustration of purpose case), the language of the opinion is viewed as the strong, early common law that impossibility was nota n excuse.*

<sup>415</sup> CORBIN, *Corbin on Contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, St. Paul, 1962, op. cit. pag. 328.

<sup>416</sup> CORBIN, *Corbin on Contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, St. Paul, 1962, op. cit. pag. 325. L'autore evidenzia la regola per la quale la supervening illegality libererebbe il debitore sia precedente alla regola degli absolute contracts.

intendeva perseguire con la conclusione del contratto<sup>417</sup>: le prime due vanno annoverate nella *impossibility/impracticability*, la terza rientra nella *frustration of purpose*.

### La doctrine of impossibility

Anche nel sistema nord-americano<sup>418</sup> vige il principio generale di origine inglese in virtù del quale l'*impossibility of performance* sia materiale che giuridica è causa di *discharge* del debitore, sempre che l'evento non sia a lui imputabile. La giurisprudenza ha stabilito chi e in che entità dovesse sopportare i rischi delle sopravvenienze prevedendo all'uopo che chi si è impegnato a consegnare un bene o comunque ad eseguire una certa prestazione deve accollarsi il rischio del perimento del bene o della sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione nonché quello del mancato guadagno che gli sarebbe derivato dalla consegna del bene o dall'esecuzione della prestazione; di contro l'altra parte deve assumersi il rischio della mancata consegna del bene o della mancata esecuzione della prestazione. In base a tale regola la parte che deve ricevere il bene o la prestazione non deve assumersi il rischio della impossibilità ma quello del mancato guadagno che si attende dal bene o dalla prestazione<sup>419</sup>. Ad affinare ulteriormente la *doctrine of impossibility* sono intervenute dottrina e giurisprudenza che ne hanno notevolmente ampliato l'ambito di operatività oltre i casi di impossibilità giuridica e materiale. Si assiste alla rielaborazione della *doctrine of impossibility* che assume il nome di *doctrine of impracticability* che abbraccia oltre i casi di impossibilità giuridica e materiale anche quelli di impossibilità economica (*commercial impracticability*). Successivamente le due *doctrine* vengono distinte attraverso la loro codificazione nel UCC. Nel sistema americano vi è una visione più elastica rispetto al sistema inglese del concetto di *impossibility*; in più occasioni la giurisprudenza ha mostrato la contrarietà alla *doctrine of absolute contracts* derivante dal caso *Paradine* interpretato dalla dottrina in modo diverso rispetto alla dottrina inglese. Proprio per limitare l'importanza e la portata di detto precedente la dottrina ha affermato che anche la sopravvenuta illiceità della prestazione al pari della impossibilità materiale della stessa è causa di *discharge* del debitore; sostiene, altresì, che tale regola era preesistente al caso *Paradine* del quale non costituisce l'eccezione ma una regola indipendente<sup>420</sup>. I giudici americani<sup>421</sup> hanno interpretato il concetto di contrarietà alla legge in senso assai ampio: vi hanno ricompreso tutti i casi di

---

<sup>417</sup> CORBIN, op. ult. Cit., pag. 323, definisce l'ultimo caso, quello di *frustration*, quello in cui 'it has become for him to attain the end and aim for which he had assented the bargain'.

<sup>418</sup> In riferimento all'inadempimento dell'obbligo di consegnare un cavallo malato e per questo soppresso *Gouled v. Holwitz*, 113 A 323 NJ 1921; in riferimento, invece, alla malattia di un artista *Spalding v. Rosa* 71 NY 40 1877. in ambedue i casi ci si rifà al caso Taylor.

<sup>419</sup> CORBIN, *Corbin on Contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, St. Paul, 1962, op. cit. pag. 324.

<sup>420</sup> FRANSWORTH, op. ult. Cit. pag. 700.

<sup>421</sup> *Louisville & NRR v. Mottley*, 219, US 476 1911.

divieto<sup>422</sup> o di ordine dell'autorità giudiziaria<sup>423</sup> o anche di semplice richiesta della stessa<sup>424</sup> o, ancora, i casi di contrarietà ad un atto amministrativo<sup>425</sup> purchè si tratti di atti non richiesti dallo stesso debitore<sup>426</sup> e, infine, l'adeguamento ad una legge o ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria che renda la prestazione definitivamente impossibile<sup>427</sup>. A differenza del modello inglese nel sistema nord-americano la regola della *impossibility* è stata estesa, nei casi di illiceità, oltre i casi di impossibilità assoluta sostenendo che il debitore sarebbe liberato anche nei casi in cui il debitore sarebbe liberato laddove decidesse di compiere un atto illecito e quelli in cui l'atto che renda illecita la prestazione sia ritenuto successivamente illegittimo a condizione che il debitore sia in buona fede<sup>428</sup>. Da tanto discende la sostituzione del termine *impossibility* con quello di *impracticability* nell'ambito della quale il concetto di impossibilità assume una valenza soggettivistica. Altra causa di *impracticability* è la morte del debitore o la sua sopravvenuta incapacità di eseguire la prestazione, ipotesi, questa presente anche nel modello inglese<sup>429</sup>. anche in questa ipotesi la giurisprudenza ha interpretato con maggiore elasticità rispetto alla giurisprudenza inglese questa causa di *discharge* ritenendo che *l'intuitu personae* riferito al debitore può anche riferirsi al creditore o a un terzo<sup>430</sup>. Spesso, però, fa notare la dottrina, come sia difficile per l'interprete l'individuazione dei casi in cui è presente tale *intuitu*, suggerendo all'uopo alla giurisprudenza di dedurre dall'interpretazione del contratto i casi di *personal service*<sup>431</sup>.

---

<sup>422</sup> *Kuhl v. School Dist. No 76*, 51 NW 2d 746 Neb. 1952.

<sup>423</sup> *Process Supply Co v. Sunstar Foods*, 1979, WL 30091 US Dept Ag. 1979.

<sup>424</sup> *Eastern Air Lines v. Mc Donnell Douglas*, 532 F. 2d 957 in cui l'*impracticability* è dovuta alla priorità dell'industria venditrice ha dato alla commessa del Governo federale, a seguito della semplice richiesta, e non di un semplice provvedimento autoritativo dell'amministrazione militare.

<sup>425</sup> *LN Jackson v. Royal Norwegian Govt.*, 177 F 2d.694.

<sup>426</sup> *Northern Illinois Gas Co v. Energy Co-op*, 122 Ill. App. 3d. 940 1984.

<sup>427</sup> *Florida Power & Light Co v. Westinghouse Electric Corp* 517 F 2d 440 1981; *Engel Industries v. First American Bank*, NA, 798 1992,

<sup>428</sup> FRANSWORTH, op. cit., pag, 701.

<sup>429</sup> *Mullen v. Wafer*, 480 SW 2d. 332 1872; *Wasserman v. Harris*, 77 A 2d. 329 1950.

<sup>430</sup> WILLINGTON, *On Contracts*, New York, 1920, è il caso della morte di colui che ha ingaggiato per farsi fare un ritratto.

<sup>431</sup> FRANSWORTH, op. cit., pag, 702; *Casares v. Saenz*, 256 Cal Rptr 209 Ct. App. 1989 nel quale viene illustrato tale concetto con la distinzione esemplificativa tra il contratto con un pittore ritrattista e quello con un pittore edile, aggiungendo che solo i servizi del primo sono infungibili facendo, di conseguenza, venir meno l'obbligazione di eseguire la prestazione nel caso in cui esso divenga incapace di eseguire la propria opera o l'obbligazione di svolgere la stessa prestazione che si trasmette a carico degli eredi in caso della sua morte.

## La doctrine of impracticability

La regola degli *absolute contracts* sopporta una terza eccezione: l'impossibilità di eseguire la prestazione in seguito alla distruzione del bene oggetto della stessa. Si accoglie così la regola scaturente dal caso *Taylor* in modo però assai più elastico del modello inglese, dove opera solo nei casi di impossibilità giuridica e materiale, nel sistema americano si amplia la sua portata sino a ricomprendere anche l'impossibilità economica (*commercial impracticability*), concetto che, peraltro, ha suscitato molti dibattiti poiché la sua individuazione, almeno, inizialmente, non avveniva attraverso parametri uniformi ma mediante criteri vulnerabili a seconda dei settori in cui si operava. Per tentare di risolvere l'inconveniente la dottrina ha evidenziato l'ampia casistica di impossibilità derivante dalla indisponibilità del bene oggetto della prestazione. Il primo settore in cui si rinvennero i primi casi di *commercial impracticability* è quello dei *Repair Cases*<sup>432</sup> nell'ambito dei quali l'appaltatore di opere edilizie avrebbe richiesto di essere esonerato dall'obbligo di adempiere se l'immobile sul quale avrebbe dovuto lavorare nel frattempo era andato distrutto in seguito ad eventi non rientranti nella sua sfera di controllo<sup>433</sup>. A questo primo gruppo di casi in cui l'immobile già era esistente, la giurisprudenza, al fine di limitarne ulteriormente la portata, aggiunge un altro gruppo in cui era l'appaltatore a dover costruire l'immobile; in quest'ultima fattispecie è stata applicata la regola, assai più rigorosa, per la quale la parte di immobile costruita non esonerava l'appaltatore dall'obbligo di consegnare l'immobile come pattuito: lo obbligava, dunque, a ricostruire quanto fosse andato distrutto<sup>434</sup>. La distinzione, a ben guardare, è coerente con la regola affermata con il caso *Taylor*: l'immobile preesistente si configurerebbe come una *implied terms* del tutto mancante se l'immobile non fosse ancora esistente alla conclusione del contratto<sup>435</sup>. Altro gruppo di casi riguarda la distruzione del bene oggetto della consegna. In questa categoria la dottrina ha creato altre due sottocategorie distinguendo tra casi in cui i beni distrutti erano già stati individuati e quella in cui tale individuazione ancora doveva avvenire<sup>436</sup>. Secondo alcuni, in realtà, tale distinzione sarebbe irrilevante<sup>437</sup> dal punto di vista pratico viste le oscillazioni della giurisprudenza che in alcuni casi ha optato per la dichiarazione di

---

<sup>432</sup> *Mineral Park Land Co v. Howard*, 172 Cal 289, 156 P 458 1916.

<sup>433</sup> FRANSWORTH, op. cit., pag. 703.

<sup>434</sup> *Hartford Fire Ins. Co v. Refolo Constr Co* 410 A 2d 658 1980; *Garman Bros v. Hoover* 95 293 1928.

<sup>435</sup> *Butterfield v. Byron*, 27 NE 667, 1981; *Carrol v. Bowerstock*, 158, P143 1917.

<sup>436</sup> WHITE e SUMMERS, op. cit., pag. 177 per il quale la disciplina della impossibility derivante dal caso Taylor trova applicazione solo alla distruzione del bene già individuato in caso contrario verrebbe applicata la disciplina della impracticability.

<sup>437</sup> WALLACH, op. cit., pag. 208.

*impracticability*<sup>438</sup> in altre l'ha negata sull'assunto del criterio della prevedibilità, dell'assunzione di un *greater risk*<sup>439</sup> o della mancanza di colpevolezza del soggetto<sup>440</sup>. La moltitudine se non addirittura confusione di criteri si riscontra anche nella casistica relativa all'impossibilità derivante dall'esaurimento della fonte di approvvigionamento del bene oggetto del contratto<sup>441</sup> nell'ambito della quale la giurisprudenza si è dimostrata contraria alla dichiarazione di *impracticability* richiedendo all'uopo che la fonte non solo si sia esaurita definitivamente<sup>442</sup> ma che contrattualmente sia stata prevista come unica fonte di approvvigionamento del bene oggetto del contratto<sup>443</sup> nonché l'imprevedibilità di tale esaurimento al momento della stipula<sup>444</sup> e, infine, che la parte che invoca l'*impracticability* abbia impegnato *all due mesures* onde evitare l'esaurimento. In tali casi al creditore è riconosciuta la facoltà di surrogarsi nei diritti del debitore nei confronti del responsabile per il mancato approvvigionamento<sup>445</sup>. La medesima regola trova applicazione anche nei '*Crop failure cases*<sup>446</sup>, in cui l'imprenditore agricolo impegnatosi a consegnare una determinata quantità di prodotti, chiedeva di giustificare il suo inadempimento con l'insufficienza del raccolto annuale: la giurisprudenza ha ritenuto che l'inadempimento fosse giustificato solo se contrattualmente si prevedeva che i prodotti dovevano provenire esclusivamente dal fondo dell'imprenditore agricolo contraente<sup>447</sup>. In realtà, in assenza di tale clausola, l'applicazione della regola è stata assai dibattuta dalla giurisprudenza: in alcuni casi si è ritenuto che si era in presenza di una *implied terms*, dunque in grado di liberare il debitore in applicazione della regola *Taylor*<sup>448</sup>, in altri, invece, in cui la parte non era un imprenditore agricolo ma un imprenditore commerciale, la richiesta di *impracticability* è stata rigettata in considerazione della sua possibilità di acquisto da altri imprenditori agricoli. In proposito la posizione della dottrina è divisa: c'è chi critica l'assenza di criteri univoci nelle decisioni e chi condivide l'idea di far gravare il rischio del mancato raccolto sulla parte che è maggiormente in grado di procurarsi il bene oggetto del contratto presso terzi andando a sollevare il debitore quando questi è un imprenditore agricolo e l'acquirente un imprenditore commerciale che

---

<sup>438</sup> *Asphalt International, Inc. e. Enterprise Shipping Corp.*, SA, 667 F 2d 261 1981.

<sup>439</sup> *Bende & Sons, Inc. v. Crown Recreation, Inc.*, 548 F. Supp. 1018, 1982.

<sup>440</sup> Ai fini dell'applicazione del Section 2-613 UCC è necessaria la absence of fault.

<sup>441</sup> WHITE e SUMMER, op. cit., pag. 175. Gli autori evidenziano come anche tale casistica sia stata tenuta presente fra le applicazioni della norma relative alla *impracticability*

<sup>442</sup> *Roy v. Stephan Pontiac-Cadillac, Inc.*, 15 Con. App. 101, 543 A 2d 775 1988; *Neal-Copper Grain Co. v. Texas Gulf Sulphur Co.*, 508 F2d 283.

<sup>443</sup> *Huntington Beach Union High School Distr. V. Continental Information Sys. Corp.*, 621 F2d 353.

<sup>444</sup> *Heat Exchangers, Inc. v. Map Constr. Corp.*, 34 Md. App. 679 1977.

<sup>445</sup> MURPHY, SPEIDEL e AYRES, *Studies in contract law*, 1997, pag. 731; *Zidell Expòrations, Inc. v. Conval International, Ltd*, 719, F2d 1465 1983.

<sup>446</sup> WALLACH, op. cit., pag. 208. A tali casi si applica sia la regola del caso Taylor sia quella della *impracticability*.

<sup>447</sup> *Dunavant Enterpr. V. Ford*, 294 So 2d 788 1974; *Wickliffe Farms, Inc. v. Owensboro Grain Co.*, 684 SWn2dn17 1984.

<sup>448</sup> FRANSWORTH, op. cit., pag. 706 che osserva che le Corti in queste operazioni ermeneutiche non hanno seguito criteri uniformi, limitandosi, a volte, alla semplice interpretazione letterale del contratto; *Bunge Corp. V. Recker*, 519 F2d 449.

può facilmente procurarsi il bene da altri produttori<sup>449</sup>. La regola non trova applicazione se il debitore è un imprenditore commerciale<sup>450</sup>. Ebbene, opera una sorta di ‘tutela’ del contraente debole. Ultimo gruppo di casi causa di *impracticability* sono quelli in cui degli scioperi abbiano impedito la prestazione o la consegna del bene; questi casi sono poco condivisi dalla dottrina che ritiene tali eventi siano prevedibili tanto da essere oggetto di clausole di *hardship* e che nella maggior parte dei casi siano anche eventi evitabili da parte del debitore mediante l’offerta di un maggior compenso agli scioperanti<sup>451</sup>. In qualche occasione, però, la giurisprudenza ha giustificato l’inadempimento imputabile a tale evento se non condotto contro il debitore ma contro un terzo<sup>452</sup>. Questo ampliamento della *doctrine of impossibility*<sup>453</sup> ha comportato giocoforza il passaggio da un criterio oggettivo utilizzato per l’impossibilità materiale ad uno soggettivo<sup>454</sup> dell’impossibilità economica che necessita appunto di una valutazione del giudice con tutti i problemi che ne possono derivare. Alla giurisprudenza ci si è appellati per la determinazione dei criteri della sopravvenuta eccessiva onerosità<sup>455</sup>: inizialmente il concetto di *commercial impracticability* veniva fatto dipendere da una valutazione quantitativa dell’eccessiva onerosità senza però che venissero fissati precisi criteri di valutazione oggettiva<sup>456</sup>. Di fronte a questa situazione la dottrina ha iniziato a chiedersi se la giurisprudenza<sup>457</sup> era favorevole ad esonerare il debitore dall’esecuzione in caso di eccessiva onerosità oppure se questa da sola non fosse stata sufficiente a tal fine<sup>458</sup>. Solo in rarissime occasioni la giurisprudenza ha riconosciuto l’*impracticability*<sup>459</sup> sul solo presupposto dell’eccessiva onerosità sopravvenuta; nella maggior parte dei casi la giurisprudenza ha adottato la soluzione opposta anche laddove le parti hanno fatto presente l’imprevedibilità dell’aumento in un’ottica di presupposizione<sup>460</sup>. L’atteggiamento così rigoroso delle Corti è pienamente condiviso dalla dottrina in considerazione del fatto che gli aumenti sono sempre possibili e prevedibili ed è

---

<sup>449</sup> Da qui la differenza tra produttore agricolo e grossista di prodotti vegetali, *Squillante v. California Lands*, 42 P2d 81 1935.

<sup>450</sup> WHITE e SUMMERS, op. cit. pag. 174; *Semo Grain Co. v. Oliver Farm Inc.*, 530 SW 2d 256 1975.

<sup>451</sup> WHITE e SUMMER, op. cit. pag. 176 I quail osservano che la maggior parte degli scioperi sono dovuti a rivendicazioni di aumenti salariali e, dunque, evitabile.

<sup>452</sup> *Glassner v. Northwest Lustre Craft Co.*, 39 175 1979; *Mishara Constr Co v. Transit-Mixed Concret Corp.*, 365 122 1974.

<sup>453</sup> *Mineral park Land Co v. Howard*, 172 cal 289 at 293, 156 P. 458 at 460.

<sup>454</sup> *B’s Co v. BP Barber &Associ*, 391 F 2d 130.

<sup>455</sup> WALT

<sup>456</sup> HALPERN, op. cit., pag. 1138. l’autore evidenzia le percentuali di eccessiva onerosità a partire dalle quali le Corti riconoscono l’*impracticability*.

<sup>457</sup> *Florida Power & Light Co v. Westinghouse Electric Corp.* 826 F 2d 239; *Mineral Park Land Co v. Haward* 156 P 458 1916.

<sup>458</sup> *Karl Wendt Farm Equip Co v. International Harvester Co.*, 931 F 2d 1112 1991; *Kell Kim Corp. v. Central Markets*, 519, NE 2d 295 1987.

<sup>459</sup> *Gay v. Seafarer Fiberglass Yatch, Inc.*, 14 UCC 1335 1974.

<sup>460</sup> *Sabine Corp. V. ONG Western Inc.*, 727 F Supp. 1157 in cui si è asserito che il mancato aumento dei prezzi non è da considerarsi basic assumption.

nell'obbligo delle parti tener conto delle fluttuazioni dei prezzi<sup>461</sup>. Irrisorio è stato il riscontro della *commercial impracticability* quale semplice valutazione quantitativa della *impossibility*, le uniche ipotesi rilevanti di eccessiva onerosità sopravvenuta sono quelle in cui essa risulti essere di entità tale da alterare completamente 'the essential nature of the performance'<sup>462</sup>. Dunque, la *doctrine of impracticability* non deve essere intesa come una forma meno rigida dell'impossibilità materiale (*doctrine of impossibility*) bensì una forma qualitativa diversa per cui pur continuando ad essere possibile la prestazione diviene eccessivamente onerosa rispetto alle iniziali presupposizioni delle parti.

### La successiva indipendenza delle due doctrines

L'autonomia della *doctrine of commercial impracticability* rispetto a quella della *impossibility* viene sancita dalla loro separata codificazione all'interno dell'UCC, la prima nella sezione 2-615<sup>463</sup>, la seconda alla 2-613. In quest'ultima il venditore viene esentato dall'obbligo di consegnare il bene se il contratto dovesse richiedere per il suo adempimento beni infungibili e questi periscano senza colpa delle parti prima che il rischio della loro distruzione passi sull'acquirente<sup>464</sup>. La sezione 2-615 rubricata 'Excuse by Failure of Presupposed Conditions' concede alle parti<sup>465</sup> la facoltà di liberarsi nel caso in cui la consegna sia divenuta impracticable a causa di un evento il cui mancato verificarsi rappresentava una delle *basic assumptions* sulle quali il contratto si basava. Sul presupposto del commento ufficiale alla sezione 2-615 parte della dottrina si è interrogata sulle modalità di individuazione della 'essential nature' della prestazione alteratasi in seguito all'evento sopravvenuto. In particolare il commento viene ritenuto assai restrittivo nella parte in cui esclude che aumenti o crolli del mercato possano giustificare la liberazione del debitore, poiché è proprio con l'obiettivo di evitare tali rischi che vengono stipulati contratti di durata in cui il prezzo viene fissato anticipatamente; contrariamente, lo si ritiene eccessivamente permissivo nella parte in cui si sostiene l'applicabilità della *doctrine* nei casi di eccessivi costi di mercato dovuti a penuria di materie prime dovuta a guerre, embarghi, carestie, ecc<sup>466</sup>. Non è mancato chi ha sostenuto

---

<sup>461</sup> WHITE e SUMMERS, op. cit., pag. 161.

<sup>462</sup> HALPERN, op. cit., pag. 1136 che evidenzia il passaggio da una valutazione quantitativa ad una valutativa.

<sup>463</sup> WALTER, *Commercial Impracticability in contracts*, 61 St. John's Law Rev. 225 1987. Viene rilevato che sul piano rimediabile le due doctrines hanno le stesse conseguenze giuridiche.

<sup>464</sup> *ConAgra Inc. v. Barlett Partnership*, 540 NW 2d 333 1995 nel quale la distruzione di un bene fungibile non viene considerata causa di impracticability.

<sup>465</sup> Anche se il 2-615 è rivolto al venditore, dottrina e giurisprudenza lo ritengono applicabile anche all'acquirente. WHITE e SUMMERS, op. cit., pag. 166.

<sup>466</sup> FRANSWORTH, op. cit., che lo deduce dalla formula utilizzata 'but a severe shortage of raw materials or supplies due to a severe contingency such as war, embargo, local crop failure, unforeseen shutdown of major resources of supplies

l'applicabilità della disciplina anche nei casi di meri aumenti dei costi dovuti ad un evento il cui mancato prodursi è stato considerato dalle parti un presupposto essenziale del loro contratto (*basic assumption*), giustificando l'inadempimento ai sensi della sezione 2- 615 UCC, giustificando la scarsità delle pronunce con la considerazione che solo raramente i fatti che comportano un aumento dei costi possono considerarsi *basic assumptions*<sup>467</sup>. La Sezione 2- 614 UCC consente al debitore di sostituire la prestazione divenuta impossibile o *commercially impracticable* con una *commercially reasonable substitute* se possibile ovvero si consente al debitore di non effettuare la consegna se il pagamento da parte dell'acquirente sia divenuto illegale in seguito ad un atto della pubblica autorità salvo che venga effettuato mediante '*a manner of payment which is commercially a substantial equivalent*'. Quindi la Sezione 2- 613<sup>468</sup> non fa altro che codificare la regola della *impossibility* sancita dal caso *Taylor*, la vera innovazione della giurisprudenza americana, la *doctrine of commercial impracticability* viene codificata invece nella Sezione 2- 615<sup>469</sup>. Rispetto al modello inglese, il modello americano si caratterizza per la sua forte connotazione economica; ciascuna parte assume su di se non solo il rischio della impossibilità sopravvenuta della prestazione ma anche di tutta quella sfera di rischio che esse hanno sotto il proprio controllo<sup>470</sup> nel momento in cui eventi sopravvenuti rendano la prestazione non materialmente impossibile bensì *commercially senseless and unjust*<sup>471</sup>. L'elaborazione della autonoma *doctrine of impracticability* rappresenta un ulteriore tratto distintivo del modello americano rispetto a quello inglese. Dall'analisi delle pronunce emerge che la distinzione tra le due teorie ha indotto le Corti ad agire in modo molto diverso nella valutazione degli elementi necessari per la loro individuazione. Essendo richiesto ai fini della sussistenza della *impracticability* una serie di elementi la cui individuazione è demandata all'operazione ermeneutica del giudice, la valutazione dei casi di impossibilità materiale è divenuta una operazione oggettiva che non lascia al giudice alcun potere di valutazione. Nei casi di impossibilità materiale è stata ritenuta sufficiente la sua sussistenza effettiva senza la necessità che il giudice valuti attraverso una operazione ermeneutica la presenza di una clausola contrattuale, implicita o esplicita, che indichi l'impossibilità come causa di liberazione dalle obbligazioni

---

or the like, which either causes a market increase in cost or altogether prevents the seller from securing supplies necessary to its performance, is within the contemplation of this section'.

<sup>467</sup> In senso negativo *Louisiana Power & Light Co v. Allegheny Ludlum Industries*, 517 F. Supp. 1319, 1981, in senso positivo *Florida Power and Light Corp.*, 826 F 2d 239 1987.

<sup>468</sup> Il quale prevede' se, dopo la conclusione del contratto, la prestazione di una parte diviene impraticabile, senza sua colpa, a causa del sopravvenire di un evento la cui non verificazione aveva costituito un assunto di base per la stipula, la parte è liberata dall'obbligo di eseguire la prestazione, salvo che dal contratto o dalle circostanze risulti diversamente.

<sup>469</sup> FRANSWORTH, op. cit., pag. 707 che rileva, contrariamente alla giurisprudenza che il legislatore non ha mai fatto riferimento alla condivisione del rischio tra le parti. Testualmente il 2-65' allorché, dopo la conclusione di un contratto, lo scopo principale avuto di mira da uno dei contraenti, venga sostanzialmente frustrato, senza che vi sia colpa, del verificarsi di un evento la cui non verificazione aveva costituito un assunto di base per la conclusione del contratto, il dovere di adempiere viene meno, salvo che il testo del contratto o le circostanze indichino il contrario'.

<sup>470</sup> *Christy v. Pelkinton*, 273 SW 2d 533; *Levy Plumbing Co v. Standard Sanitary Co.* 68 SW 2d 273 1993.

<sup>471</sup> *Aluminim Co of America v. Essex Group, Inc.*, 499 F. Supp. 129 1980.



contrattuali. Al contrario del modello inglese nel quale i giudici cercano di ricostruire la volontà delle parti individuando gli elementi che possono essere causa di *impossibility* e, conseguentemente di *discharge*, nel modello americano l'impossibilità assoluta assurge a scusante oggettiva senza la necessità di andare ad accertare la volontà effettiva o presunta delle parti. Vero è che spetta però ai giudici valutare alcuni aspetti contrattuali per poter dichiarare il debitore *discharge*: tali aspetti sono previsti nella Sezione 2-615 dell'UCC cioè la '*specific excuse*' relativa alla *supervening illegality* e un *general rule* per il quale l'inadempimento sarebbe scusato solo se la prestazione promessa fosse stata resa *impracticable* da un evento il cui non avveramento era uno dei presupposti contrattuali. Presupposto fondamentale per la richiesta di *discharge* per *impracticability* è l'imprevedibilità dell'evento, non in senso oggettivo<sup>472</sup> inteso quale valutazione della probabilità del suo verificarsi<sup>473</sup>, bensì in senso soggettivo cioè che il mancato prodursi dell'evento fosse '*basic assumptions on which the contract was made*'<sup>474</sup>: la necessità di valutare la presenza di tale presupposti attribuisce al giudice ampi poteri discrezionali prima eliminati dalla oggettivazione della disciplina della *impossibility*; caratteristica, questa, comune al modello inglese. Tre sono le tipologie di condizioni iniziali il cui venir è considerata causa di *discharge*<sup>475</sup>: prima tra tutte è il perdurare della legalità della prestazione che non deve essere contraria a un successivo atto legislativo o amministrativo; la seconda consiste nel restare in vita e capace della parte necessaria per lo svolgimento della prestazione; la terza consiste nella non distruzione o alterazione del bene oggetto della prestazione. L'elenco non sarebbe a parere della dottrina del tutto esaustivo e lascerebbe all'operazione ermeneutica del giudice la valutazione in concreto di quali non *occurrences* possano ritenersi *basic assumption* e quali no<sup>476</sup>; spesso tali presupposti sono implicitamente previsti dal regolamento contrattuale ma devono essere conosciuti e condivisi dalle parti. Considerando che le parti possono inserire nel contratto clausole con le quali subordinano l'efficacia dello stesso ad altri eventi, la giurisprudenza si è interrogata sul significato da attribuire al silenzio relativo all'accettazione del rischio di verificazione di eventi che avrebbero potuto prevedere<sup>477</sup>. La dottrina minoritaria sostiene che da tale silenzio non possa desumersi l'accettazione da parte del debitore del rischio della sopravvenuta *impracticability* della prestazione, configurandosi una simile clausola come una mera '*a weight evidence*' di tale assunzione<sup>478</sup>. A

---

<sup>472</sup>JOSKOW, *Commercial impossibility, The Uranian Market and the Westinhouse case*, in legal Stud. Pag. 157.

<sup>473</sup> La prevedibilità in senso oggettivo è stato ritenuto un fattore indicativo dell'assunzione del rischio del verificarsi dell'evento da parte del debitore, *Cliffstar Corp v. Riverbend Prods.*, 750 F. Supp. 81 1990.

<sup>474</sup> Sul collegamento tra l'imprevedibilità dell'evento e la basic assumption *Moncrief v. Willinton Basin Intestate Pipeline Co.*, 880 F. Supp. 1945, 1995.

<sup>475</sup> FRANSWORTH, *Contracts*, pag 713 che suggerisce ai giudici di valutare la persistenza delle circostanze rilevanti.

<sup>476</sup> *Waldinger v. Ashbrook- Simon Hartley, Inc.* 564 F. Supp. 970 1983.

<sup>477</sup> Per delle Corti il silenzio va interpretato come tacita accettazione del rischio del verificarsi della sopravvenienza *Dills v. Town of Enfiled* 557 a. 2d 1989.

<sup>478</sup> WHITE e SUMMERS, op. cit. pag. 167.

sostegno di tale impostazione la dottrina pone il Commento alla *Section 261* del *Second Restatement of Contracts* che tuttavia non impedisce che una simile lettura non escluda la valutazione di circostanze ulteriori dalle quali possa dedursi che la parte assume su di sé un rischio maggiore rispetto a quello che emerge dal contratto. Al giudice, attraverso una operazione ermeneutica del dettato contrattuale, si chiede di valutare se effettivamente l'evento abbia reso impossibile la *performance as agreed*: spetta alle Corti valutare se l'evento abbia fatto diventare impossibile o eccessivamente onerosa la prestazione o se semplicemente sia divenuto impossibile o eccessivamente onerosa una delle modalità di esecuzione della prestazione o uno dei suoi elementi accessori<sup>479</sup>. Il debitore non viene *disharged* se ha la facoltà di scegliere tra due diversi modi di adempimento della prestazione e solo uno di essi è divenuto impossibile o eccessivamente oneroso. La regola trova applicazione anche in caso di inserimento nel contratto di una *Force majeure clause*<sup>480</sup> con la quale le parti convengono di adempiere la prestazione anche se dovesse divenire più difficile o onerosa per fatti dovuti a forza maggiore o anche al creditore<sup>481</sup>. Detta clausola può anche essere implicita ma deducibile dall'interpretazione del contratto<sup>482</sup>: è il caso in cui la parte esclude la propria responsabilità se l'inadempimento è dovuto ad altre circostanze<sup>483</sup>; la mancata assunzione da parte del debitore di un rischio maggiore, nei limiti in cui tali clausole sono ammesse, rappresenta un requisito ulteriore per la richiesta di *discharge per impracticability*<sup>484</sup>. Oltre o in alternativa alle *Force majeure clause* le parti possono inserire delle clausole che disciplinano esplicitamente e anticipatamente il costo delle sopravvenienze e, ancora, le *Reopener clauses* o *Fair clauses* cioè clausole di rinegoziazione; presupposto di applicazione di quest'ultime è una *gross inequity*, in tal caso le parti hanno il dovere di iniziare le trattative per la correzione dell'*inequity*, trattativa che dovrà essere condotta in buona fede e in caso dovesse risultare fallimentare la questione verrà sottoposta ad un arbitro<sup>485</sup>. Altro requisito necessario alla *discharge* del debitore sia nei casi di *impossibility* che in quelli di *impracticability* è la non imputabilità dell'evento sopravvenuto al suo comportamento colposo o doloso. La valutazione della non imputabilità viene fatta in base a tre parametri suggeriti dalla dottrina: interpretazione del contratto, usi commerciali, esigenze di pubblica utilità<sup>486</sup>. In un primo momento la dottrina riteneva che l'impossibilità liberasse il debitore solo se dovuta al cd. *Act of God* simile al caso fortuito, successivamente ne ha ampliato l'area di operatività al *vis major* o di *force majeure* che comprendono una serie di atti, non

<sup>479</sup> FRANSWORTH, *On Contracts*, op. cit., pag. 608.

<sup>480</sup> *Interpetrol Bermuda Ltd v. Kaisert Aluminium International Corp.*, 719 F 2d 992.

<sup>481</sup> *Iron Trade products v. Wilkoff*, 116 A 150 nel quale un venditore non è stato sollevato dalla sua responsabilità per l'inadempimento reso assai più difficoltoso dalla concorrenza dell'acquirente sullo stesso mercato.

<sup>482</sup> FRANSWORTH, *On contracts*, cit, pag. 715; *Austin Co v. Unites States*, 314 F. 2d. 518, 1963.

<sup>483</sup> *Publiker Indus. V. Union Carbide Corp.*, 17 UCC Rep. 989.

<sup>484</sup> HOLMES, *The Common Law*, cit, pag. 235.

<sup>485</sup> *Georgia Power Co v. Cimmaron Coal Corp.*, 526 F. 2d. 101 1975

<sup>486</sup> CORBIN, *Corbin on Contracts*, St. paul., 1952, pag. 1100.

imputabili al debitore<sup>487</sup>. Solo l'*impossibility* o l'*impracticability* dovuta al caso fortuito o al comportamento di terzi o del creditore è idonea a liberare il debitore dall'obbligo di adempiere la prestazione: la regola, nel silenzio dell'UCC è stata evidenziata da dottrina e giurisprudenza. La fattispecie più ricorrente di caso fortuito consisterebbe nell'emanazione di un provvedimento legislativo o amministrativo che determini l'*impracticability* della prestazione<sup>488</sup>; nel caso si prescinde dall'analizzare la presenza o meno di un *basic assumption* relativa alla mancata emanazione di tale provvedimento, salvo che il debitore riesca ad evitarne le conseguenze. Pur non registrandosi precedenti in cui il creditore abbia reso impossibile o maggiormente onerosa la prestazione altrui e poi abbia agito in giudizio per chiedere il risarcimento per l'inadempimento si riscontrano casi in cui il creditore abbia reso l'adempimento più difficoltà o oneroso<sup>489</sup>; nell'eventualità la giurisprudenza ha ritenuto che il creditore debba collaborare per evitare tale eccessiva onerosità<sup>490</sup>. La giurisprudenza ha mitigato la regola per cui la *discharge* del debitore non viene riconosciuta se l'evento sopravvenuto gli è imputabile a titolo di dolo o colpa prevedendo una eccezione a condizione che quel determinato comportamento non avesse il fine precipuo di non adempiere alla prestazione: è il caso della cantante d'opera non in grado di eseguire la prestazione a causa di un raffreddore dovuti al fatto che avesse indossato abiti bagnati<sup>491</sup> o il caso dell'attore morte in seguito ad overdose e i cui eredi chiedevano di essere liberati dall'obbligo di risarcimento della compagnia cinematografica per il mancato completamento del film<sup>492</sup>.

---

<sup>487</sup> *Gans SS Line v. Wilhemsen* 275 F. 254.

<sup>488</sup> Si deve trattare di impossibility/impracticability oggettiva, CALAMARI e PERILLO, *The law of contracts*, St. Paul, 1998, pag. 521

<sup>489</sup> CORBIN, *Corbin on contracts*, cit, pag. 1098.

<sup>490</sup> *United States v. Peck* 102 US 641880.

<sup>491</sup> *Joseph Constanine SS Line v. Imperial Smelting Corp* 1942 , 165.

<sup>492</sup> *CNA Intl. Reins Co v. Phoenix*, 678 2d 378.

## La frustration of consideration (o purpose)

La teoria della *frustration of purpose*, elaborata inizialmente dalla giurisprudenza inglese, viene successivamente recepita nel sistema nord-americano<sup>493</sup> dove è interamente disciplinata dalle regole giurisprudenziali che, in funzione del sistema federale, risultano essere diverse nei vari Stati, in assenza di una disciplina uniformante nell'UCC. Nel sistema americano la *doctrine of frustration* trae origine dall'adesione delle diverse giurisdizioni statali al principio affermatosi con il caso inglese *Krell v. Henry*. L'analisi della disciplina della *frustration*, al contrario di quella della *impossibility* e della *impracticability* che a seguito della loro codificazione all'interno dell'UCC godono di una disciplina relativamente unitaria, non può basarsi su una disciplina, legislativa o giurisprudenziale, unitaria che è inesistente ma deve necessariamente basarsi sull'analisi del *Restatement*, raccolta sistematica ad opera della dottrina delle regole giurisprudenziali dei singoli Stati<sup>494</sup>. La *doctrine of purpose* sarebbe a parere di dottrina e giurisprudenza applicabile anche ai contratti di compravendita che, disciplinati dall'UCC, sarebbero esclusi almeno in via teorica dall'applicazione della *common law* quale disciplina di origine giurisprudenziale; tanto deriverebbe dalla stesso UCC Sezione 1-103 che, in assenza di una specifica disposizione, rinvia a quella fonte<sup>495</sup>. In occasione del commento al caso *Krell v. Henry* la dottrina americana ha evidenziato la profonda differenza tra la regola introdotta con esso (*doctrine of frustration*) e la loro *doctrine of impossibility* e *impracticability*<sup>496</sup>. Viene rilevato come la revoca della parata nel caso *de quo* non avesse reso *impracticable* la prestazione di nessuna delle parti essendo sia il pagamento del canone sia la messa a disposizione di una stanza sempre, materialmente e economicamente, possibile anche se la sopravvenienza aveva avuto l'effetto di privare una delle parti del beneficio che si aspettava di ottenere mediante la prestazione della controparte, prestazione che a causa della sopravvenienza era divenuta inutile<sup>497</sup>. Emergerebbe, pertanto, che mentre la *doctrine of impracticability* andrebbe a sanzionare l'impossibilità (economica) della prestazione la *doctrine of frustration* sanzionerebbe la prestazione che, seppur ancora economicamente sostenibile, sarebbe divenuta inutile per il creditore; in breve, la *doctrine of impracticability* tutelerebbe chi si è impegnato a consegnare beni o a effettuare un servizio; la *doctrine of frustration* sarebbe applicabile a chi deve versare una somma di denaro come contropartita per la consegna di tali beni o per la prestazione di tali

---

<sup>493</sup> La *doctrine* viene pacificamente recepita dalla giurisprudenza americana, *Chase Precast Corp. v. John Pavonessa Co.*, 566, NE 2d 603 1991.

<sup>494</sup> CALAMARI e PERILLO, op. cit., pag. 518; *Nora Spring Co v. Brandau*, 247 NW 2d 744.

<sup>495</sup> FRANSWORT, *Contracts*, cit., pag. 721; *Northern Ind. Pub. Serv. Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 1986.

<sup>496</sup> WEISKOPF, *Frustration of contractual Purpose*, 1996, pag. 239.

<sup>497</sup> FRANSWORT, *Contracts*, cit., pag. 720.

servizi<sup>498</sup>. La netta distinzione tra le due *doctrines* sarebbe dovuta alla espressa previsione codicistica della *impracticability*. In precedenza pur distinguendo tra *impossibility* e *frustration*<sup>499</sup>, i casi di eccessiva onerosità erano ricompresi in quelli di *frustration*<sup>500</sup> sulla scia del modello inglese. Mai nessuno ha dubitato della autonomia delle due *doctrines* confermata dalla loro separata codificazione nell'UCC che nella Sezione 261 prevede la *doctrine of impracticability* e alla Sezione 265 la *doctrine of purpose*. Si tratta di dottrine parallele la cui unica differenza inerisce gli effetti della sopravvenienza che nella prima ipotesi è divenuta eccessivamente onerosa e nel secondo deve aver *substantially frustrated the principal purpose* di una delle parti, cioè deve aver reso la controprestazione inutile<sup>501</sup>. I presupposti di operatività della *doctrine of purpose* sono essenzialmente gli stessi della *doctrine of impracticability*: la *frustration* non deve poter essere attribuita al comportamento doloso o colposo di chi la invoca<sup>502</sup>; la parte non si deve essere assunta 'a great obligation than the the law imposes'<sup>503</sup>; il mancato verificarsi della sopravvenienza sia ritenuto a *basic assumption on which the contract was made*<sup>504</sup>; requisiti valutati assai severamente dalla giurisprudenza che solo in rare occasioni ha applicato la *doctrine*<sup>505</sup>: in *primis* si evidenzia la difficoltà di provare la sussistenza dei requisiti, è poi necessario che la sopravvenienza abbia determinato una *frustration substantial*<sup>506</sup> del *principal purpose* di una delle parti<sup>507</sup> ed è evidente che sorgano notevoli problemi interpretativi sia nella valutazione di questo motivo principale<sup>508</sup> sia nella determinazione dell'entità della *frustration* ai fini della sua *substantial*<sup>509</sup>. Parte della dottrina, confermando il presupposto di una *substantial frustration of the principal purpose* ha ritenuto che gli altri requisiti siano gli stessi della *doctrine of impracticability*, soffermandosi sulla necessità, dedotta dall'inciso '*unless the circumstances indicate the contrary*' inserita nella Sezione 265 del *Second Restatement*, che il debitore non abbia assunto 'a greater obligation than the law impose'. Si estende anche a tale *doctrine* lo stesso dibattito sorto per la *doctrine of impracticability* per il quale la *substantial frustration* del *principal purpose* del contratto non è idonea a liberare il

<sup>498</sup> FRANSWORTH, *Contracts*, cit., pag. 721; CALAMARI e PERILLO, op. cit., pag. 515.

<sup>499</sup> CORBIN, *Corbin on contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, pag. 325.

<sup>500</sup> CORBIN, *Corbin on contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, pag. 484.

L'autore richiama un'ampia casistica relative all'eccessiva onerosità sopravvenuta nei periodi di inflazione.

<sup>501</sup> CALMARI e PERILLO, op. cit., pag. 517, richiamano il caso del confezionamento di un abito da sposa divenuto inutile a seguito della morte della sposa; *Felt v. McCarthey*, 78 Wn, P2d 315 1995.

<sup>502</sup> *Karl Wendt Farm Equip. Co v. International Harvester Co.*, 931 F 2d 1112, 1991.

<sup>503</sup> CALMARI e PERILLO, op. cit., pag. 518.

<sup>504</sup> *Griseth Intl. V. Tennero*, 410 NW 2d 159 1897.

<sup>505</sup> WEISOPF, op.cit., pag. 242. L'autore osserva come in tutti i casi ricenti la doctrine of frustration è stata richiamata per escluderne la sussistenza 'on the grounds of fereseability, contributory fault, and/or the absence of virtually frustration in fact'.

<sup>506</sup> CORBIN, op. cit, pag. 491 che richiama il case *Retail Merchants' Business Expansion CO v. Randall*, 153 A 357, 103 Vt 268 1931.

<sup>507</sup> Anche laddove non esistesse un motivo comune alle parti, sorgono serie difficoltà.

<sup>508</sup> *Doherty v. Monroe Eckestein Brewing Co.*, 198, App. Div. 708, 191, NYS 59 1921.

<sup>509</sup> FRANSWORTH, *On Contracts*, op. cit., pag. 625. L'autore analizza le diverse posizioni giurisprudenziali studiando il case *Swift Canadian v. Banet*, 224 F. 2d 36.

debitore se questi ha assunto su di sé il rischio della verifica della sopravvenienza frustrante, rischio che in alcune occasioni la giurisprudenza ha dedotto dalla interpretazione del contratto oltre che dalla prevedibilità dell'evento<sup>510</sup>. La dottrina ha però criticato il principio per il quale le parti si sarebbero assunte il rischio della sopravvenienza per il semplice fatto di averlo previsto o perché prevedibile in quanto la distribuzione del rischio potrebbe essere stata fatta ad opera del contraente più forte senza possibilità di opposizione<sup>511</sup> del contraente debole o perché pur prevedendo il rischio la parte non intendeva assumerselo<sup>512</sup>. Deve rilevarsi che a causa del rigore della giurisprudenza nella individuazione del presupposto di operatività la *doctrine of frustration* avrebbe avuto scarsa applicazione pratica<sup>513</sup>: in alcune ipotesi il rimedio è stato negato sull'assunto che la *frustration* non potesse ritenersi *nearly total*<sup>514</sup> in altre perché era presente una previsione dell'assunzione di un *greater risk*<sup>515</sup> e, in altre ancora, perché ha ritenuto prevedibile la sopravvenienza<sup>516</sup>. Un simile rigore è condiviso anche dalla dottrina, che analogamente alla dottrina inglese, ritiene che la *doctrine of frustration* pur essendo necessaria per una equa distribuzione dei rischi, non possa essere invocata semplicemente da chi intende tutelarsi per aver concluso un cattivo affare<sup>517</sup>. Dunque, nel modello nord-americano, analogamente a quello inglese, la naturale conseguenza della *impossibility/impracticability* o di una *frustration of purpose* è la *discharge* del debitore che sarebbe *excused* per il suo inadempimento senza incorrere nella condanna al risarcimento dei danni per l'inadempimento anzi lo legittimerebbe al *remedy* della *restitution*<sup>518</sup>. È evidente, tutti questi rimedi altro non sono che *defences* a disposizione del debitore convenuto in giudizio in una azione di inadempimento<sup>519</sup>. Nonostante tutte queste similitudini tra i due modelli (nord-americano e inglese), attribuibile alla loro appartenenza alla famiglia di diritto anglo-americano si rilevano posizioni discordanti della dottrina in relazione alla valutazione della prassi

---

<sup>510</sup> *Northern Ind. Pub. Serv. V. Carbon Country Coal Co.*, 799 F 2d 265 nella quale si afferma che tale assunzione può esserci nei contratti di durata a prezzo fisso poichè la previsione del prezzo fisso assurgerebbe a un 'explicit assignment' del rischio con la conseguenza che il rischio di eventuali aumenti del prezzo ricadrebbe a carico del venditore, quello di un suo abbassamento, invece, ricadrebbe sull'acquirente.

<sup>511</sup> *Washington State Hop Producers v. Goshie Farms*, 773 P 2d 70.

<sup>512</sup> *West Los Angeles Inst. For Cancer Research v. Mayer*, 366 F 2d 220.

<sup>513</sup> Fra i rari casi in cui la dottrina viene richiamata *Garner v. Ellingson*, 501 P. 2d 22 1972; *Century Lites v. Goodman*, 149 P. 2d 88 1944.

<sup>514</sup> *Lloyd v. Murphy*, 153 P. 2d 47 1944; *Perry v. Champlain Oil Co.*, 134 A. 2d 65, 1957.

<sup>515</sup> *Essex – Lincoln Garage v. City of Boston*, 175 NE 2d 466 1991; *Raner v. Goldberg*, 155 NE 733; *North Am. Capital Corp. v. Mc Cants*, 510 SW 2d 901.

<sup>516</sup> STROH, *The Failure of the Doctrine of Impracticability*, 5 Corporation Law Rev. 195 1982. L'autore indica anche altri modi per evitare le incertezze nell'applicazione di tale dottrina ai long term contracts.

<sup>517</sup> CORBIN, op. cit., pag. 495; *Parrish v. Stratton Crippe Creek M & D Co.*, 116 F 2d 207.

<sup>518</sup> CORBIN, *Corbin on Contracts*, op. cit. pag. 1149 che distingue tra breach of contract e le diverse ipotesi di discharge. L'autore distingue anche le varie ipotesi di restitution sia a favore del debitore sia a favore della parte adempiente.

<sup>519</sup> WHITE, *Contract Beach And Contract Discharge Due To Impossibility: A Unified Theory*, in 17 Journal of Legal Studies 1988, pag. 353. L'autore non ammette una simile discharge evidenziando che i casi di impracticability dovrebbero avere una considerazione pari ai casi di breach of contract con relativo risarcimento danni; una valutazione efficiente del risarcimento danni è uno strumento utile ad indurre le parti a comportarsi correttamente.

giurisprudenziale. Nel modello inglese l'effetto di una *impossibility/impracticability* o *frustration of purpose* è sempre lo stesso: la *discharge* del debitore ma anche una valutazione più accorta delle conseguenze relative al risarcimento danni da inadempimento che ha acceso un ampio dibattito dottrinale conclusosi con l'emanazione del *Frustrated Act* del 1943. La dottrina nord-americana, oltre a recepire il dibattito relativo alla valutazione del danno risarcibile si è posta il problema della possibilità per il giudice, anziché di determinare la cessazione degli effetti del contratto a seguito della *discharge* del debitore, di modificare il contratto alla luce dell'evento sopravvenuto. Oltre alla liberazione del debitore dalle obbligazioni non ancora adempiute, la *discharge*, secondo autorevole dottrina, sarebbe fonte di compensazione monetaria in virtù di quattro diversi titoli: le spese sostenute per l'adempimento (*reliance interests*); il valore del bene andato distrutto; la parte di controprestazione effettuata prima della sopravvenienza (*down payment*). Si tratta sostanzialmente dei danni emergenti e del lucro cessante (*expectation interests*). La posizione della giurisprudenza su due di questi titoli si mostrata unanime: per gli *expectation interests*, in continuità con il filone inglese, non sarebbero oggetto di risarcimento se l'inadempimento è conseguenza della sopravvenienza; un segnale di discontinuità si registra, invece, in merito ai *down payments* ritenuti ripetibili<sup>520</sup>. Maggiori contrasti sorgono in merito agli altri due titoli di compensazione: in riferimento ai *reliance interests* la giurisprudenza è divisa circa la loro ripetibilità, la tesi prevalente lascerebbe gravare tali spese sulla parte che le ha sostenute<sup>521</sup>, per quanto riguarda il perimento del bene oggetto della prestazione lo stesso UCC prevede un certo margine di discrezionalità nella valutazione del passaggio del rischio relativo a tale evenienza<sup>522</sup>. È evidente, il tratto distintivo del modello nord-americano da quello inglese è la maggiore elasticità nella distribuzione tra le parti dei costi delle sopravvenienze così come auspicato dallo stesso legislatore nel Commento alla *Section 2-615* in cui si raccomanda di '*use equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith*'. Da esso la dottrina ha colto l'occasione per evidenziare che mentre nel sistema inglese il rifiuto delle '*equitable notions in commercial agreement in English law*' ha solo rafforzato il severo controllo dei Giudici sull'applicazione della *doctrine of frustration* lasciandone le modalità alla mercè della loro discrezionalità, nel sistema americano l'adesione a tali parametri ha favorito un approccio più flessibile e meno discrezionale<sup>523</sup>. In quest'ordine di idee si colloca il tentativo della

---

<sup>520</sup> *Chandler v. Webster* 1 KB 493 CA

<sup>521</sup> Comment, *Apportioning Loss After Discharge of a Burdensome Contracts: A statutory Solution*, in 69 *Yale Law Rev* 1054, 1950, pag. 1061.

<sup>522</sup> *Tarlin v. Baxter*, 13 Eng. Rep. 169 KB 1827 il case evidenzia la regola tradizionale, *res perit domino*, di common law, regola poi abbandonata dall'UCC che distingue nel contratto di compravendita a seconda che il venditore sia un libero professionista o meno: nel primo caso il rischio passa al momento della consegna, nel secondo al momento dell'accordo.

<sup>523</sup> DIGWA-SING, *The application of commercial impracticability under article 2-615 of the Uniform Commercial Code*, in KENDRICK, pag. 305. per cui l'ostilità della giurisprudenza inglese ai parametric elaborate dalla prassi

giurisprudenza di collegare al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto un obbligo di modifica, di rinegoziazione in caso di sopravvenienza che muta il valore delle prestazioni<sup>524</sup>. Si è così arrivati a negare l'esecuzione in forma specifica laddove il creditore, al verificarsi della sopravvenienza, si sia rifiutato di modificare il contratto<sup>525</sup>. Un simile orientamento giurisprudenziale, basandosi sulla discrezionalità del giudice nella concessione dell'esecuzione in forma specifica, e che ha trovato riscontro nell'UCC<sup>526</sup>, è stato successivamente abbandonato<sup>527</sup>. Si è iniziato così ad interrogarsi sulla legittimazione del giudice di modificazione del contratto su istanza delle parti. Alcune isolate pronunce si sono espresse in senso positivo andando però ad estendere ai casi di lesione iniziale la disciplina dell'errore comune; si è giunti a consentire l'adeguamento giudiziale di un contratto che sin dall'origine era affetto da errore bilaterale a quello che sarebbe stato se le parti fossero state a conoscenza della reale natura delle cose<sup>528</sup>. La giurisprudenza successiva ha però negato la possibilità di revisione del contratto nei casi di *mutual mistake*<sup>529</sup>. Maggiore successo ha avuto quel filone giurisprudenziale nato a partire dal *case Aluminum Company of America v. Essex Group Inc (ALCOA)* nella quale l'indicazione legislativa sarebbe stata interpretata come una attribuzione del giudice del potere di intervenire per ristabilire l'originario equilibrio contrattuale<sup>530</sup>. Peculiarità di questo *case* è il rimedio, diverso dalla *discharge*, concesso dal giudice cioè un *equitable reformation of the price* con l'elaborazione della Corte di una complessa formula per il riadeguamento dei prezzi ai mutati costi della prestazione<sup>531</sup>. L'importanza di tale precedente non è stata tanto sottolineata dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina che ne ha condiviso la *ratio* evidenziando che si tratterebbe dell'unico precedente in cui ' *a court has for the first time rejected the legal maxim than the court will not make a contract for the parties*<sup>532</sup>. In realtà, tale principio, che attribuisce al giudice il potere di riscrivere il contratto, è stato accantonato nelle successive pronunce giurisprudenziali<sup>533</sup> sull'assunto che dovesse ritenersi un caso isolato *because of the enormity of its losses*; parte della dottrina lo definisce *grotesque*

---

commerciale è servito' to reinforce a strict judicial approach in considering cases involving the doctrine of frustration. Al contrario il loro accoglimento negli USA ha avuto l'obiettivo ' to promote a more flexible and judicial approach'.

<sup>524</sup> GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit. pag. 367.

<sup>525</sup> *Willard v. Tayloe* 75 US 577.

<sup>526</sup> La Section 2-716 prevede per il giudice la possibilità di inserire nel decreto di concessione dell'esecuzione in forma specifica, tutti i termini e le condizioni oltre a rimborsi e compensazioni ritenute opportune.

<sup>527</sup> *City of la Follette v. La Follette Water, Light & Tel. Co.*, 252 F. 762 19 118 772; *Crawford v. Workman*, 64 WV 10, 61 SE 319 1908.

<sup>528</sup> *National Presto Industries Inc. v. The United States*, 338 F 2d 99 1964.

<sup>529</sup> GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, op. cit., pag. 372.

<sup>530</sup> JOSKOW, *Commercial Impossibility, The Uranian Market And The Westinghouse Case*, in 6 The Journal of Legal Studies, pag. 119 secondo il quale la pretesa non sarebbe stata fondata sia perché l'aumento dei prezzi era prevedibile sia perché vi sarebbe stata una contributory fault da parte della Westinghouse.

<sup>531</sup> WALTERS, op. cit., pag. 249 per il quale in tale pronuncia ' in lieu of the traditional all or nothing approach, the court framed a remedy modifying the price term to avoid an injustice.

<sup>532</sup> WALTER, op. cit, pag. 259 che critica la posizione della giurisprudenza perché avrebbe disatteso il compito affidatogli dai redattori della Section 2-615.

<sup>533</sup> *Freidco v. Farmers Bank of Delaware*, 529 F. Supp. 822, 1991.



negando la validità del principio in esso affermato in virtù di due principi: incompetenza del giudice a svolgere tale ruolo poiché non meglio preparato a tal fine rispetto alle parti e la sua incompetenza giuridica nel senso che secondo tale orientamento dottrinale, non esisterebbe nell'ordinamento giuridico americano alcuna regola che gli attribuisce tale potere<sup>534</sup>. Vengono così individuate le linee intorno alle quali si è svolto il dibattito sulla possibilità che il giudice intervenga riformando il contratto in modo da distribuire fra le parti i costi delle sopravvenienze. Parte della dottrina didattando sul tema della presenza nell'ordinamento di una norma che legittimi l'intervento del giudice sul contratto ritiene auspicabile un simile intervento legislativo sulla scorta del modello inglese<sup>535</sup>, altri autori ritengono che una simile interpretazione della *Section 2-615* sia in qualche modo sintomatica dell'intento legislativo di investire il giudice del potere di intervenire sul contratto onde ripristinare l'originario equilibrio tra le prestazioni; nessun accenno, invece, ai criteri che il giudice dovrebbe utilizzare. La dottrina di *law and economics* si è interrogata sulle ragioni che portano ad individuare nel giudice il soggetto maggiormente idoneo a ripristinare tale equilibrio. Il principio in virtù del quale il giudice dovrebbe avere la facoltà di valutare in quale misura ciascuna parte debba sopportare il costo delle sopravvenienze, soprattutto nei contratti di durata, era già stato presentato dalla dottrina quale soluzione per raggiungere sia nei casi di *impossibility/impracticability* che in quelli di *frustration* quella efficienza paretiana alla quale dovrebbero tendere tutte le regole giuridiche<sup>536</sup>. In particolare, si evidenzia come il giudice sia il soggetto più idoneo, perché meglio informato, a valutare gli elementi in virtù dei quali ripartire le conseguenze negative delle sopravvenienze fra le parti secondo il principio del *superior risk bearer*: il debitore può essere liberato quando il creditore è il *superior risk bearer*, in caso contrario il debitore risponderà di inadempimento. È stato però rilevato come la valutazione della *impracticability* non deve dipendere solo dagli aumenti dei prezzi ma anche dalle *market conditions, attitudes towards risk, the symmetry of information and the availability of insurance* che l'unico in grado di valutare tutti questi elementi sia il giudice<sup>537</sup>. Qualche autore condivide, tale tesi a due condizioni: che le parti formulino contratti nei quali vengano indicate le sopravvenienze che potrebbero verificarsi e che i giudici siano in grado di capire quando un contratto non è eseguito con efficienza nonché di correggerne gli effetti conseguenti agli errori delle parti. In quest'ottica sarebbe opportuno fornire ai giudici dei principi guida di guisa che, in assenza di una precisa regola

---

<sup>534</sup> DAWSON, *Judicial Review of Frustrated Contracts: The United States*, in 64 Boston ULRev. 1984

<sup>535</sup> FULLER & PERDUE, *The reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale Law Rev., 52, 373; MUELLER, *Contract Remedies: Business Fact and Legal Fantasy*, 1967, Wisc. L. Rev. 833.

<sup>536</sup> POSNER e ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, in 6 the Journal of Legal Studies 83 1977 per i quali 'in every discharge the problem is the same: to decide who should bear the loss resulting from an event that renders the performance by one party uneconomical'.

<sup>537</sup> PERLOFF, *The Effects of Breaches of Forward Contracts due to unanticipated Price Changes*, in 10 The Journal of Legal Studies 221 1980.

per la ripartizione dei rischi, il contratto possa essere riscritto, tutelando il debitore entro il limite in cui il creditore non si possa trovare in una condizione peggiore rispetto a quella in cui si sarebbe trovato in mancanza della conclusione. La tesi che legittimerebbe il giudice a riscrivere il contratto è stata aspramente criticata da altra parte della dottrina che osserva che la distribuzione dei rischi potrebbe anche essere fatta senza l'intervento del giudice evidenziando la sua inadeguatezza a individuare il *superior risk bearer* nonché la necessità di valutare anche l'attività delle parti finalizzata a evitare il rischio. Finanche la dottrina italiana ha contestato l'idoneità del giudice a ripartire i costi delle sopravvenienze sull'assunto che l'individuazione del *superior risk bearer* mediante il *superior insurer* non sarebbe corretta<sup>538</sup>. Si ritiene che laddove una parte abbia potuto prevedere l'evento al fine di assicurarsi contro il rischio, non si possa più parlare di sopravvenienza venendo meno la possibilità di individuare il *superior risk bearer*<sup>539</sup>. Cosicché, nei casi reali di sopravvenienze, nell'impossibilità di valutare chi sia colui che debba accollarsi i danni derivanti dall'evento lesivo, è preferibile l'integrale liberazione del debitore, lasciando alla rinegoziazione l'eventuale distribuzione dei costi tra le parti<sup>540</sup>. In ambedue le ricostruzioni un ruolo centrale è svolto dalla prevedibilità del rischio in base alle informazioni possedute dalle parti, addossando l'onere di evitare o contenere le conseguenze dannose anche mediante una assicurazione contro quel particolare tipo di rischio, su quella che ha maggiori informazioni relative alla sopravvenienza poi verificatasi, discutendosi sulla capacità del giudice di individuare quale parte sia il *superior risk bearer*<sup>541</sup>. Non è mancato chi ha sottolineato come il criterio della prevedibilità, pur previsto nella *Section 2-615 UCC*, non sarebbe sufficiente a determinare su quale parte debbano gravare i costi delle sopravvenienze; sarebbe più utile valutare il rischio del verificarsi di quali sopravvenienze ciascuna di esse abbia accettato esplicitamente e, sostenendo che in assenza di una specifica previsione *the notion of consent can be taken to be equivalent to an ex-ante compensation* dove per *ex ante compensation* s'intende la compensazione del rischio nella valutazione del prezzo della prestazione<sup>542</sup>. Sicuramente la soluzione del problema passa attraverso una netta distinzione tra i casi di *impossibility/impracticability* da quelli di *frustration*<sup>543</sup>. Solo questi ultimi andrebbero a liberare una delle parti in base al criterio di *efficiency*: l'ordinamento premia la parte ritenuta

---

<sup>538</sup> TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law: An Economic Analysis*, in *International Review of Law and Economics*, 1991, pag. 63.

<sup>539</sup> TRIMARCHI, op. cit., pag. 82. L'autore ritiene che la regola della *ex post adjudication* e, dunque, la valutazione degli *expectation damages* ad opera della giurisprudenza sarebbe contraria alla regola della *impracticability* in quanto tale *legal rule* must be based exclusively on the situation resulting the unanticipated occurrence

<sup>540</sup> TRIMARCHI, op. cit., che evidenzia come la soluzione andrebbe ad eliminare quelle inefficienze nella allocation of the resources che diversamente non potrebbero essere evitate attraverso la determinazione di un efficient beach.

<sup>542</sup> WALT, op. cit., pag. 81 per il quale se nel prezzo è compreso un indennizzo della parte per l'assunzione del rischio di quella sopravvenienza, si riterrà che la parte lo abbia assunto.

<sup>543</sup> BIRMINGHAM, *Why is There Taylor v Caldwell? Three Propositions About Impracticability?*, in 23 *University of San Francisco Law Rev* 379.

portatrice di un interesse maggiormente meritevole di tutela, incoraggiandone il comportamento. Ebbene, è evidente che il modello nord-americano, pur avvicinandosi molto a quello inglese, differisce da esso per un minor rigore nella difesa dei giudici della *sancity of contract* cioè del principio *pacta sunt servanda*. Tale impostazione è dovuta sia al minor rigore della giurisprudenza nella concessione dei rimedi a fronte di sopravvenienze impossibilitanti sia alla rilevanza delle sopravvenienze non impossibilitanti (*impracticability*). Altra peculiarità del modello nord-americano rispetto a quello inglese è l'incridibile rilevanza attribuita alle sopravvenienze non impossibilitanti. Di fondamentale importanza appare poi il formante dottrinale che auspica l'ampliamento dei poteri del giudice sino a consentirgli di sostituirsi alle parti nella iscrizione del contratto onde ripristinare l'originario equilibrio sinallagmatico, perché ritenuta la soluzione più efficiente rispetto alla semplice *disharge* prevista dal legislatore mentre la dottrina inglese ha escluso categoricamente tale possibilità.

## Il modello francese

Dopo aver analizzato la disciplina delle sopravvenienze nei sistemi di *common law*, il presente lavoro analizza il problema anche nei sistemi di *civil law*. Nel modello francese, dove vigono sostanzialmente gli stessi principi generali del nostro sistema contrattuale, la disciplina delle sopravvenienze si presenta assai diversa dalla nostra. Il tema dell'eccessiva onerosità<sup>544</sup> è disciplinato addirittura in maniera antitetica rispetto al modello italiano: nel sistema in esame vige la *regola pacta sunt servanda*: il mutamento sopravvenuto delle circostanze non legittima le parti a chiedere la risoluzione o la revisione contrattuale<sup>545</sup>; l'unica eccezione è rappresentata dai contratti con la Pubblica Amministrazione. Ebbene, in un sistema in cui è stato coniato il termine di *imprevision*, il legislatore non ha previsto alcun mezzo di tutela per l'eccessiva onerosità<sup>546</sup> sopravvenuta limitandosi a prevedere come sole ipotesi rilevanti l'impossibilità della prestazione disciplinata dall'art. 1148 del Code e il perimento della cosa dovuta di cui all'art. 1302. In realtà, la giurisprudenza, attraverso l'interpretazione del dettato codicistico, ha rigettato la *Teorie de l'imprevision*<sup>547</sup> in virtù della quale in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta il debitore andrebbe tutelato attraverso un'azione che o ripristini l'equilibrio delle prestazioni o ripartisca i danni causati dalla turbativa. La tutela potrebbe essere attuata sia con il rimedio della *resiliation* che con quello della *revision*: il primo implica la risoluzione del vincolo contrattuale il secondo la sua novazione. L'ostilità al rimedio della eccessiva onerosità sopravvenuta si registra sia da parte del formante legislativo soprattutto come principio generale sia da parte di quello giurisprudenziale. Più aperta si è invece rivelata la posizione della dottrina che ha cercato di influire sulle posizioni giurisprudenziali, elaborando numerose tesi ma è intervenuta anche sollecitando l'intervento del legislatore data l'indifferenza ai solleciti da parte della giurisprudenza. Dal punto di vista della collocazione sistematica la dottrina francese inserisce l'*imprevision* nella parte del *Code* dedicata agli effetti del contratto sull'assunto che il contratto avrebbe forza vincolante assoluta tra le parti. A conferma della posizione verrebbe invocato l'art. 1134 del *Code Civil* '*les conventions legalement*

---

<sup>544</sup> AUBRY e COURS, *De droit civil francais*, 6 ed., Paris, 1953, pag. 484; LEGIER, *Droit civil, les obligations*, Paris, 1998, pag. 383; TERRE', SIMLER e LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Paris, 1999, pag. 427.

<sup>545</sup> DAVID, *L'imprevision dans les droits europèen*, in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, pag. 213: ' la position francais est claire. Pacta sunt servanda: on s'arrete à cette formule et, hormis le cas special des contrats administrative, on s'admet pas qu'un changement survenue de circonstances autorise une partie à demander soit la resolution soit une revision de ce contrat'.

<sup>546</sup> MOURALIS, *Imprevision*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, 1989. L'autore fornisce una definizione di *imprevision* ' on la peut definir comme la situation où, à suite d'évènements imprévus par le parties au moment de la conclusion du contrat, l'équilibre qu'elles avaient établis entre leur prestations se trouve rompu'.

<sup>547</sup> COLIN e CAPITANT, op. cit. pag. 94 per il quale ' cette théorie dite de l'imprevision suppose que l'exécution d'un contrat, généralement à échéances succesives, devient pour le débiteur plus onéreuse qu'il ne l'avait été prévu initialment, par la suite de circonstances qui ne constituent pas pendent un cas fortuito u de force majeure'.

*formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*<sup>548</sup>. La norma viene giustificata sia in virtù di una ricostruzione storica, che rinviene la norma già nel diritto romano classico nei passi di Ulpiano, sia in virtù di considerazioni di politiche legislative favorevoli al principio *pacta sunt servanda*. La dottrina evidenzia come la norma rappresenterebbe un ritorno alla regola originaria sotto la spinta della scuola storica successivamente alla emersione di tesi, elaborate da canonisti e glossatori<sup>549</sup>, che attribuivano rilevanza giuridica a eventi sopravvenuti. È la stessa dottrina a sottolineare come il successo della norma è favorito dal periodo storico in cui il *Code* fu elaborato, un periodo contraddistinto dalla notevole diffidenza nei confronti del giudice. Quanto stabilito dalle parti doveva prevalere sull'attività del giudice il cui unico compito era quello di assicurarne l'applicazione<sup>550</sup>. In questo quadro, l'art. 1134 assurgerebbe a *regle de competence* che impedirebbe al giudice di interferire sulla volontà delle parti preservandola da ogni tipo di arbitrio, essendogli vietato sostituirsi alle parti. V'è di più, il secondo comma dell'art. 1134 rafforzerebbe il principio *pacta sunt servanda* sancito nel primo '*elles (les conventions légalement formées) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise*', vale a dire l'impossibilità sopravvenuta di cui all'art. 1148<sup>551</sup>. Emergerebbe, dunque, in base a detto principio, la facoltà di concessione contrattuale da una delle parti della *resiliation* unilaterale che, in assenza di una norma sulla *imprevision*, avrebbe potuto rappresentare un efficace rimedio in caso di particolari sopravvenienze<sup>552</sup>. Ad ogni modo, nessuna rassegna speciale di deroga al divieto di *resiliation* unilaterale evidenzia l'operatività automatica di tale rimedio nei casi di eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>553</sup>. Il legislatore francese disciplina la sopravvenienza della *force majeure* all'art. 1148 del *Code* prevedendola quale causa di esonero dalle conseguenze dell'inadempimento e, dunque, dal risarcimento danni<sup>554</sup>. L'art. 1148 va letto in combinato disposto con l'art. 1147 che pone a carico del debitore l'onere di provare che l'inadempimento è dovuto ad un fatto a lui non imputabile, similmente al nostro 1218 c.c. L'altra ipotesi di esonero della responsabilità per inadempimento dovuta al perimento del bene oggetto della obbligazione non imputabile al debitore è disciplinata dall'art. 1302. In realtà, si tratterebbe di una semplice specificazione, in tema di

<sup>548</sup> GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto*, Commentario del Codice civile Scialoja – Branca, Bologna Roma, 1993, pag. 1. Dalla norma ha tratto spunto il nostro legislatore del 1865 per la redazione dell'art. 1123 divenuto poi il 1372 con il codice del '42.

<sup>549</sup> GHESTIN, *Les effets du contrat*, pag. 314; BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprevision e sur son rôle en matière contractuelle*, Bordeaux, 1992, pag. 88.

<sup>550</sup> LAURENT, *Cours élémentaire de droit civil*, Bruxelles-Paris, pag. 1181.

<sup>551</sup> CHARBONNIER, op. cit., pag. 280.

<sup>552</sup> Se il recesso è legato alla volontà di una delle parti di liberarsi dal vincolo contrattuale, indipendentemente dal verificarsi di una sopravvenienza, la disciplina della tutela contro le sopravvenienze può anche considerare il recesso ma solo come possibile mezzo di tutela, indipendentemente dalla volontà delle parti di sciogliere il vincolo contrattuale.

<sup>553</sup> LEGIER, *Droit civil*, op. cit., pag. 67.

<sup>554</sup> TERRE', SYMLER, LEQUETTE, op. cit. pag. 526. Il creditore non ha diritto al risarcimento per l'inadempimento contrattuale ad esclusione dei casi in cui il debitore si sia accollato i rischi per il cas fortuit, Cass. Civ., 14.01.1941, in Dalloz Affaires, 1941, pag. 66.

obblighi di dare, dell'art. 1148: la norma, quindi, esalterebbe *'la portee absolue de l'effet obligatoire'*<sup>555</sup>. Alla luce di quanto detto emerge una maggiore complessità dell'ordinamento francese rispetto al nostro configurandosi la *force majeure* la principale fonte di esonero di responsabilità del debitore per l'inadempimento della prestazione ma non l'unica. Sia il *cas fortuit* che la *force majeure* sono determinati da eventi non imputabili al debitore<sup>556</sup>: le due espressioni vengono utilizzate indifferentemente dal legislatore che spesso le accomuna sotto l'istituto della *force majeure* anche se parte della dottrina<sup>557</sup> ritiene che mentre il *cas fortuit* annovera tutti gli avvenimenti interni all'attività del debitore e della sua impresa la *force majeure* ricomprende tutti gli eventi esterni alla stessa<sup>558</sup>. Similmente al sistema italiano, anche nell'ordinamento francese ai fini della sussistenza della *force majeure* la giurisprudenza richiede tre requisiti: primo fa essi è la causa dell'inadempimento che, inutile dire, deve essere *etrangere* (imputabile nemmeno a titolo di colpa) alla parte, si parla a tal proposito di responsabilità *pour fait des choses*<sup>559</sup>; il secondo requisito consiste nella inevitabilità dell'evento. La giurisprudenza<sup>560</sup> applica una interpretazione assai restrittiva del termine prevedibilità; anche la dottrina valuta il termine prevedibilità in modo assai prudente in considerazione del fatto che ogni evento può considerarsi prevedibile. Sorge, dunque, la necessità di individuare un limite oltre il quale l'evento non possa essere considerato imprevedibile, all'uopo vengono in soccorso i criteri della *anormalité*, della *soudaineté* e della *rareté*. A parere di una parte della dottrina il criterio della imprevedibilità rilevarebbe solo nel momento della conclusione del contratto, successivamente rilevarebbe, invece, il criterio della inevitabilità dell'evento. Terzo ed ultimo requisito è l'assolutezza oggettiva<sup>561</sup> dell'inadempimento del debitore. Tale ultimo requisito è condiviso anche dalla giurisprudenza che non si accontenta della prova dell'adempimento più oneroso<sup>562</sup> o difficoltoso<sup>563</sup>, richiedendo un *empechement absolu*<sup>564</sup> ritenuto dalla dottrina come *'excusion d'une appreciation par rapport aux forces*

<sup>555</sup> CHARBONNIER, op. cit., pag. 307.

<sup>556</sup> CHARBONNIER, op. ult. Cit. pag. 308 per il quale 'la force majeure exclut la faute, parce qu'un résultat ne peut être imputé à faute qu'à celui avait le pouvoir de l'empêcher. Mais il est vrai aussi que la faute exclut la force majeure, car si elle réapparaît à traverser l'évènement fortuit, elle en supprime l'effet obligatoire'.

<sup>557</sup> JULLOT DE LA MORANDIERE, op. cit., pag. 249.

<sup>558</sup> TERRE', SYMLER, LEQUETTE, op. cit., pag. 522.

<sup>559</sup> LEDUC, *La spécificité de la responsabilité contractuelle pour fait des choses*, in Dalloz, 1996, pag. 164.

<sup>560</sup> Cass. Civ. 26.11. 1963, n. 13518.

<sup>561</sup> TERRE', SYMLER, LEQUETTE, op. cit., pag. 525. l'impossibilità di adempiere è stata valutata in astratta non in funzione delle risorse personali del debitore ma in funzione di quanto è richiesto al buon padre di famiglia, il parametro è quello dell'uomo diligente e non di quello medio.

<sup>562</sup> CHARBONNIER, op. cit., pag. 308 'il ne faut pas non plus confondre l'impossibilité avec la simple difficulté: si le débiteur pouvait surmonter l'obstacle en y appliquant une dose supplémentaire de travail ou d'argent, il avait le devoir de le faire'.

<sup>563</sup> Cass. Civ. 8.12.1998, in Dalloz Aff., 1999, pag. 167.

<sup>564</sup> JULLOT DE LA MORANDIERE, op. cit. pag. 250 pre il quale la guerra non è un impedimento rilevante, solo alcune sue estrinsecazioni quali bombardamento sono state considerate rilevanti.

*personnelles du debiteur*<sup>565</sup>, tanto che in alcune situazioni 'il pourrait y avoir imprevision, si l'imprevision etait recue chez nous'. Rileva, inoltre che, l'impossibilità quale causa di esonero del debitore, deve essere totale e non relativa solo ad alcune obbligazioni altrimenti il debitore rimarrebbe obbligato per le prestazioni rimaste possibili. Nell'eventualità, occorrerà verificare la permanenza dell'interesse del creditore all'esecuzione e bisognerà accertare se la volontà delle parti possa essere interpretata nel senso della conservazione del contratto<sup>566</sup>. Anche l'impossibilità temporanea non costituisce causa di esonero della responsabilità determinando solo la sospensione della prestazione che dovrà essere eseguita non appena viene meno la causa di impossibilità previo accertamento dell'interesse del creditore a riceverla tardivamente<sup>567</sup>. Al pari dell'impossibilità materiale anche l'impossibilità giuridica dovuta ad un atto dell'autorità<sup>568</sup> è causa di esonero della responsabilità del debitore. Essa viene equiparata, dal punto di vista degli effetti alla *force majeure*. È necessario che il rispetto del provvedimento rappresenti un ostacolo insormontabile all'adempimento<sup>569</sup> e, che l'evento sia irresistibile; in tutti i casi in cui l'evento poteva essere previsto<sup>570</sup> ed evitato<sup>571</sup> il debitore non viene liberato. Il debitore è altresì liberato dall'obbligo di adempiere la prestazione tutte le volte in cui si verificano delle cause che, seppur imputabili al fatto umano del creditore<sup>572</sup> o del terzo, sono a lui estranee; si richiede, inoltre, che nel caso di colpa del terzo, il debitore provi la sua impossibilità di prevedere o evitare il comportamento lesivo del terzo e che esso non fosse suo rappresentante legale o volontario<sup>573</sup>. È bene evidenziare che la dottrina, opportunamente, distingue le ipotesi tra il fatto non colpevole del creditore e quello a lui imputabile a titolo di dolo o di colpa: solo nella prima ipotesi sono necessari i requisiti della *force majeure* nella seconda, invece, il comportamento colpevole del creditore, determina un concorso di colpa.

---

<sup>565</sup> TERRE', SYMLER, LEQUETTE, op. cit., pag. 525 l'assolutezza dell'impedimento viene valutata in senso assai restrittivo. In tal senso anche Cass. Civ. 17.1. 1997, in Dalloz Hebdomadaire, pag. 35.

<sup>566</sup> Cass. Req., 26.7.1909, in Dalloz Pèriodique, 1911, pag. 25.

<sup>567</sup> Cass. Req., 15.11.1921, in Dalloz Pèriodique, 1922, pag. 14.

<sup>568</sup> CHARBONNIER, op. cit., pag. 309. l'autore riconduce la causa alla 'puissance du droit' ricomprendendovi 'l'ordre de l'autorità publique, expropriation, rèquisition'.

<sup>569</sup> Cass. Civ., 21.10.1997, in Resp. Civ. et assur., 1997, pag. 356.

<sup>570</sup> Cass. Civ. 3.5.1977 in Rev. Trim. Dr. Civ., 1977, pag. 777.

<sup>571</sup> Cass. Soc., 15.4. 1970 in Dalloz, 1971 pag. 107 che non ritiene evitabile il provvedimento illegale.

<sup>572</sup> Cass. Civ. 28.11.1955, in Dalloz, 1956, pag. 173 per la quale il debitore può essere liberato solo fornendo la prova che la morte di un passeggero è dovuta solo alla colpa di quest'ultimo.

<sup>573</sup> Cass. Civ. 4.6. 1991, in JCP, 1991, II, pag. 21730.

## La théorie des risques

Il principale limite dell'ordinamento francese è che disciplina gli effetti della impossibilità solo in relazione all'obbligazione divenuta impossibile e non in riferimento all'intero tessuto negoziale. La conseguenza di una simile impostazione è l'assenza di un rimedio simile a quello introdotto nel nostro ordinamento con il codice del 1942 della risoluzione per impossibilità sopravvenuta; la *resolution judiciaire* è riservata alla tutela contro l'inadempimento colpevole art. 1184. La lacuna legislativa, sia di portata generale che speciale, ha alimentato le elaborazioni dottrinali che in riferimento agli effetti della impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore ha elaborato la *théorie des risques*<sup>574</sup> con l'obiettivo di risolvere le questioni relative ai contratti sinallagmatici<sup>575</sup> in caso di una mancanza di una espressa volontà delle parti. Detta teoria distingue tra contratti ad effetti obbligatori e contratti ad effetti reali. Nei primi, a parere di dottrina e giurisprudenza, sarebbe il debitore a dover sopportare i rischi della *force majeure* in virtù della regola *res perit debitori*, indipendentemente dall'oggetto della prestazione. Ne deriva che il creditore potrà richiedere la *resiliation* senza dover sopportare i costi della perdita del bene mentre il debitore, *liberato* dalla sua prestazione, non potrà pretendere la controprestazione. Si determina, quindi, una *resolution* che ha l'effetto di *'anèantir le contrat rétroactivement*<sup>576</sup>, comportando l'annullamento delle obbligazioni; a tale risultato si arriva solo se l'impossibilità riguarda l'intera prestazione, in caso contrario il debitore non è liberato, essendo possibile un *rèajustment* della prestazione ancora possibile. Il rimedio trova applicazione anche nelle ipotesi di impossibilità giuridica<sup>577</sup>. In riferimento ai secondi, cioè i contratti ad effetti reali, e, in particolare, al contratto di compravendita il rischio ricadrebbe immediatamente in capo all'acquirente poiché in virtù dell'art. 1138 il mero consenso *'rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques des l'istant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite*. La norma, solo in apparenza<sup>578</sup>, seconda parte della dottrina sarebbe una applicazione della norma *res perit creditori* opposta a quella operante nei contratti ad effetti obbligatori *res perit debitori* quale del principio *res perit domino* che presuppone l'individuazione del momento della traslazione del diritto: tra le eccezioni al principio del consenso traslativo la dottrina ha elencato la vendita di cosa generica in cui il trasferimento della

<sup>574</sup> MAZEAUD, CHABAS, op. cit., pag. 1169.

<sup>575</sup> STARK, ROLAND, BOYER, op. cit., pag. 697.

<sup>576</sup> STARK, ROLAND, BOYER, op. cit., pag. 699 per i quali *'les deux obligations disparaissent, l'une par force majeure, l'autre par contrecoup'*.

<sup>577</sup> Cass. Civ. 28.10.1992, in Bull. Civ., III, pag. 173, n. 281 e in Rev. Trim. dr. Civ. 1993, pag. 602.

<sup>578</sup> FLOUR, AUBERT, op. cit., pag. 170 per i quali il soggetto non è creditore di una prestazione ormai impossibile poiché l'obbligazione principale, il trasferimento, sarebbe già stata eseguita.



proprietà avviene solo con la specificazione<sup>579</sup>. Due le giustificazioni del rimedio seguente all'impossibilità sopravvenuta: la prima è quella in virtù della quale la *force majeure*, facendo venir meno una delle obbligazioni, distruggerebbe la causa del contratto, aderendo così alla tesi per la quale la causa e le sue patologie assumono rilevanza non solo al momento della conclusione del contratto ma anche nel successivo momento funzionale<sup>580</sup>, la seconda trova il fondamento della disciplina su basi equitative<sup>581</sup>. In verità quest'ultima giustificazione risulta essere maggiormente aderente al sistema del *Code* in quanto se il rimedio contro l'inadempimento e quello contro la *force majeure* fossero entrambi motivati dalla scomparsa della causa, essi sarebbero ambedue previsti; solo il rimedio della *rèsolution* è stato codificato dall'art. 1184 per risolvere i casi di inadempimento della controparte in accoglimento della regola '*non adimpleti contractus*' tanto che in caso di *force majeure*, lo stesso *Code* prevede la liberazione del debitore. Anche nella seconda ipotesi l'altro contraente verrà liberato; l'unica differenza fra i due casi è la mancanza di una sanzione che giustifichi la differente applicazione del rimedio<sup>582</sup>. A differenza della dottrina che distingue le due ipotesi, la giurisprudenza applica per analogia il rimedio della *resolution* previsto per l'inadempimento incolpevole del debitore senza comminargli le sanzioni di cui all'art. 1184 per il suo inadempimento.

### La théorie de l'imprévision

L'ordinamento francese prevede le ipotesi di impossibilità sopravvenuta, i cui effetti sarebbero disciplinati secondo dottrina e giurisprudenza con la *théorie des risques*. Alcuna menzione, invece, in merito alla *imprévision* vale a dire alla eccessiva onerosità sopravvenuta. La lacuna legislativa ha fatto sì che fosse lasciato alla giurisprudenza il compito di individuare gli strumenti di tutela contro questa tipologia di sopravvenienza la quale ha sempre negato tutela alla parte onerata. Dal canto suo, la dottrina ha avvertito la necessità di tutelare la parte onerata sia attraverso la previsione dello scioglimento del vincolo contrattuale mediante la *resiliation accompagnée de dommage intérêt*s sia attraverso la possibilità di *rèvision* del contratto mediante la ridefinizione delle proprie obbligazioni o, quanto meno di quella divenuta eccessivamente onerosa, sia ad opera del giudice sia come

---

<sup>579</sup> STARK, ROLAND, BOYER, op. cit., pag. 702: Cass. Civ. 15.7.1965, in Dallooz, 1965, pag. 823.

<sup>580</sup> CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, pag. 314 in riferimento alla *théorie de la cause* che ha avuto poco riscontro.

<sup>581</sup> MAZEAUD, CHABAS, op. cit. pag. 1173.

<sup>582</sup> LARROUMET, op. cit., pag. 805: Cass. Comm., 28.4.1982, in JCP, 1982, pag. 237.

obbligo di rinegoziazione imposto alle parti<sup>583</sup>, lasciando al giudice solo la possibilità di scelta del rimedio più adeguato al caso concreto<sup>584</sup>. La dottrina ha mostrato un certo interesse per l'ipotesi di *rèvision*, essendo questa una delle possibili deroghe al principio della sovranità delle parti nella determinazione del contenuto negoziale che determina un notevole ampliamento dei poteri del giudice. Si è posto così il problema di trovare il fondamento giuridico che legittimasse il giudice a modificare il contratto contribuendo, così, alla formazione di una nuova volontà delle parti. Ebbene la lacuna normativa in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta avrebbe dovuto far sì che fosse la giurisprudenza ad individuare un possibile rimedio. La situazione però non si è presentata così: la giurisprudenza dopo aver accolto, solo apparentemente, la *théorie de l'imprevision* con una sola sentenza, successivamente la *Cassation*<sup>585</sup> ha ribadito il principio della forza obbligatoria del contratto onde garantire la sicurezza dei traffici commerciali. Nella sentenza relativa all'*affaire du Canal de Cramponne* del 1876 la *Cassation* ha annullato la sentenza della Corte di Aix che aumentava il canone per il mantenimento del Canale rispetto a quello originario, sulla scorta della considerazione che né cambiamenti di circostanze né motivi di equità permetterebbero al giudice di modificare le convenzioni sottoscritte dalle parti<sup>586</sup>. L'orientamento non è stato mai invertito, nemmeno in occasione dei conflitti mondiali<sup>587</sup> quando sono state negate possibilità di *rèvision*<sup>588</sup> in ossequio dell'art. 1134 cod. civ.<sup>589</sup>. E' evidente, la giurisprudenza rigetta la *théorie de l'imprevision* per salvaguardare il principio dell'autonomia della volontà delle parti. Va segnalato però il caso in cui il giudice, in una situazione particolare, onde evitare di agire sul contratto, ha condannato al risarcimento il creditore che, negando al debitore la revisione contrattuale, ne ha cagionato la rovina economica. La condanna è stata motivata con la violazione del dovere di buona fede

---

<sup>583</sup> GHESTIN, op. cit., pag. 350. L'autore precisa che la scelta fra le due sanzioni, che si equivarrebbero laddove alla risoluzione faccia seguito un adeguato risarcimento danni, venga lasciata al giudice che deciderà la sanzione più congrua.

<sup>584</sup> EISMAN, op. cit., pag. 538 per cui sarebbe 'une question d'opportunité la quelle doit être envisagée du point de vue des deux parties'. In senso contrario, DEMOGUE, op. cit., pag. 701 per il quale 'en principe ne doit pas être résolu' dimostrandosi così favorevole alla *rèvision* tentativo che 'les prestations sont élèvées de manière à devenir trop Lourdes pour le débiteur'.

<sup>585</sup> All'inizio del secolo scorso la giurisprudenza di merito ha fatto registrare delle oscillazioni, alcune pronunce accolgono il principio *rebus sic stantibus* C.A., 26.5.1854, in *Dalloz périodique*, 1854, pag. 129 in altri casi le corti hanno applicato alla eccessiva onerosità la disciplina della *force majeure*, C.A. Douai 3.5.1851, in *Dalloz périodique*, 1954, pag. 130.

<sup>586</sup> Cass. Civ., 6.3.1876, in *Dalloz* 1876, I, 193, con la quale si afferma che 'dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants'.

<sup>587</sup> GUELETTE, *Des effets de la guerre sur les contrats*, Paris, 1918, pag. 296.

<sup>588</sup> Cass. Civ. 4.8.1915, in *Dalloz Périodique*, 1916; Cass. Civ. 15.11.1922, in *Dalloz*, 1.69.

<sup>589</sup> Cass. Com., 18.1.1950, in *Dalloz*, 1950, pag. 227 per la quale 'le juge ne saurait faire état de hausses des prix, même homologuées, pour soustraire l'un des contractants à l'exécution des engagements clairs et précis qu'il a librement assumés'. Cass. Com., 18.12.1979 'sous aucun prétexte on ne peut, pour autre motif, modifier les conventions librement formées entre les parties'.

nell'esecuzione del contratto<sup>590</sup>. Non è mancato chi ha evidenziato che nonostante questa uniformità di orientamento della *Cassation* questa avrebbe applicato la *théorie de l'imprevision* sia in riferimento ad alcuni contratti tipici sia in riferimento a casi in cui l'eccessiva onerosità fosse determinata da provvedimenti legislativi. La Corte avrebbe ammesso lo scioglimento del contratto di locazione nel caso in cui le spese di mantenimento del fondo a carico del locatore fossero divenute insostenibili rispetto al canone, mediante una interpretazione estensiva degli artt. 1719, 1720, 1722<sup>591</sup>. Ebbene, attraverso una interpretazione molto estensiva dell'art. 1722 cod. civ., già dedicata nella parte relativa alla *force majeure* alle conseguenze della perdita materiale, totale o parziale, del bene oggetto della prestazione, la giurisprudenza ha dato rilevanza al sopravvenuto squilibrio fra il canone e le spese per la conservazione del bene. L'orientamento inizialmente nato per i contratti agrari è stato successivamente esteso anche ai contratti di locazione urbani sia ad uso abitativo<sup>592</sup> che commerciale<sup>593</sup>. La *ratio* dell'orientamento va ravvisata nella volontà di non gravare eccessivamente sui concedenti, obbligandoli ad una gestione in perdita dei loro patrimoni fondiari nel caso in cui il canone stabilito dal legislatore non fosse sufficiente a compensare le spese per la conservazione del bene. Non può essere condivisa la tesi per la quale la finalità dell'orientamento sarebbe quella di favorire alcune categorie di soggetti poiché l'estensione dell'ambito di applicazione dello stesso orientamento giurisprudenziale oltre il campo delle locazioni agrarie non può essere giustificata dalla necessità di riequilibrare un rapporto in cui il legislatore era intervenuto per favorire uno dei contraenti. Pertanto, in tema di locazione urbana, la *Cassation* avrebbe introdotto, con una sentenza che fornisce il concetto di perdita del bene per caso fortuito, il concetto di *imprèvision* nei contratti di locazione, lasciando così uno spiraglio per l'accoglimento di una *théorie generale de l'imprèvision*<sup>594</sup>. Altro punto debole della linea di condotta della *Cassation* nella difesa della immutabilità dei contratti va individuato nell'ambito della sopravvenuta illecita della prestazione per *factum principis* dove la Corte ha fatto applicazione della disciplina della *force majeure* anche se, pur ancora giuridicamente possibile, la prestazione era divenuta eccessivamente onerosa<sup>595</sup>; la Corte ha motivato che quando la prestazione diviene illecita a seguito di un provvedimento legislativo o amministrativo, successivo alla conclusione del contratto, questo non è più valido per la sopravvenuta mancanza di un suo elemento essenziale, la

---

<sup>590</sup> GHESTIN, op. cit., pag. 325. L'autore evidenzia che la Corte ha ritenuto che non fosse competenza del giudice la revisione del contratto limitandosi a sanzionare la mancanza di una revisione ad opera delle parti. Cass. com., 3.11.1992, in Rev. Trim., de Dir. Civ., 1993.

<sup>591</sup> Cass. Soc. 6.4.1951, in Dalloz, 1951, Jur., pag. 505; Cass. Soc., 13.2.1958, in Gaz. Pal., 1958, I, pag. 300.

<sup>592</sup> Cass. Soc., 13.2.1958, in Bull. Civ., IV, n. 230, pag. 230.

<sup>593</sup> Cass. Soc., 16.5.1958, in Bull. Civ., IV, n. 574, pag. 427.

<sup>594</sup> GHESTIN, op. cit., pag. 329 secondo cui 'finalment, sous couvert d'interpretation de la notion de perte de la chose par cas fortuit, la Cour de Cassation a introduit l'imprèvision dans le bail'.

<sup>595</sup> Cass. Soc. 17.6.1981, in Bull. Civ., n. 568, pag. 426.

causa<sup>596</sup>. La giurisprudenza civile si è sempre mostrata ostile alla *théorie de l'imprevision* che, invece, ha trovato terreno fertile nella giustizia amministrativa in tema di contratti di concessione e di appalti di servizi pubblici a gestori privati. In particolare, il *Conseil d'Etat*, massima espressione della giustizia amministrativa, ha riconosciuto, nei contratti con la P.A., un indennizzo alla parte che ha subito gli effetti di una sopravvenienza; il rimedio è finalizzato sia al ripristino dell'equilibrio fra le prestazioni sia ad evitare l'interruzione di un servizio pubblico. Il giudice amministrativo sin dai primi decenni del XX secolo, a partire da un contratto relativo alla fornitura di gas nel periodo del primo conflitto mondiale<sup>597</sup>, ha riconosciuto un indennizzo a favore del contraente colpito dalla sopravvenienza previo fallimento del tentativo della rinegoziazione. L'orientamento ha riguardato diversi settori dei contratti pubblici: trasporti<sup>598</sup>, forniture<sup>599</sup>, appalti<sup>600</sup>. La dottrina più accorta puntualizza che l'intenzione giudice amministrativo non era quella di arrogarsi il diritto di intervenire nel contratto, che resta sempre un atto di autonomia privata neanche quando libera il contraente privato bensì quella di evitare che le difficoltà economiche del concessionario privato causassero l'interruzione del servizio. Del tutto irrilevante è il mezzo utilizzato per la concessione della tutela tanto che la dottrina ha evidenziato come il giudice amministrativo avesse recepito la *théorie de l'imprèvision* con conseguente versamento all'impresa titolare della concessione amministrativa di un indennizzo denominato '*pour charges extracontractuelles*<sup>601</sup>'. In modo assai rigoroso sono stati individuati i requisiti necessari per la rilevanza del mutamento delle circostanze: si deve trattare esclusivamente di contratti di diritto pubblico nei quali il giudice deve accertare che la *rèvision* sia l'unico mezzo per garantire la prosecuzione del servizio pubblico sulla scorta che tale interesse di pubblica rilevanza prevale sulla regola *pacta sunt servanda*. La *ratio* dell'orientamento va ravvisata nella necessità di tutelare i servizi pubblici. Ebbene, nell'ordinamento francese si registra un orientamento antitetico tra giurisprudenza civile e amministrativa. Si pone quindi il problema di una armonizzazione<sup>602</sup>. Una possibile soluzione potrebbe ravvisarsi in quella corrente dottrinale che giustifica una simile aporia in ragione dell'interesse pubblico tipico del settore amministrativo e che, dunque, prevalendo sull'interesse della tutela dell'autonomia contrattuale dei privati, legittimerebbe l'intervento del giudice sul contratto per adeguarlo alle nuove circostanze onde garantire l'erogazione del servizio pubblico. Lo stesso orientamento, evidenziando gli sforzi della giurisprudenza di giustificare i due orientamenti, dubita della opportunità del rigore della giurisprudenza civile. In particolare si

---

<sup>596</sup> GHESTIN, op. cit., pag. 330.

<sup>597</sup> È il noto arrêt *Gaz de Bordeaux*, Cons. d'Etat, 30.3. 1916. Sirey, 1916, pag. 17.

<sup>598</sup> C.E. 21.7.1917, in *Recueil Lebon*, 1917, pag. 586.

<sup>599</sup> C.E.8.2.1918, in *Recueil Lebon*, 1918, pag. 122.

<sup>600</sup> C.E. 30.10.1925, in *Recueil Lebon*, 1925, pag. 836.

<sup>601</sup> MOURALIS, op. cit, pag. 69 per il quale la *rèvision* non sarebbe possibile se tale interesse non è minacciato.

<sup>602</sup> VOIRIN, *De l'imprèvision dans les rapports de droit privé*, Nancy, 1922, pag. 25.

evidenza che se l'intervento del giudice nei contratti di diritto amministrativo è giustificata dall'interesse pubblico ad evitare l'interruzione del servizio non è detto che tale interesse sussista solo nel campo dei contratti con la P.A. ma anche nell'ambito del diritto privato: un improvviso rialzo dei prezzi esorbiterebbe dai semplici rapporti tra privati potendo provocare una crisi nazionale. La dottrina contrasta l'ostilità della giurisprudenza alla *théorie de l'imprévision*; alcune teorie prevalentemente a diffusione universitaria hanno dimostrato il fondamento della teoria *de qua* all'interno del *Code* dimostrando, così, che solo la giurisprudenza era contraria alla sua applicazione<sup>603</sup>. Segnatamente, alcuni autori hanno ravvisato il fondamento di detta teoria nella considerazione che nei contratti ad esecuzione periodica o differita fosse presunta la clausola *rebus sic stantibus* che consentisse alle parti di liberarsi unilateralmente dal vincolo contrattuale o rinegoziare le loro obbligazioni in caso di mutamento delle circostanze originarie<sup>604</sup>. L'impostazione, simile al sistema inglese e tedesco, impone al giudice in sede di interpretazione del contratto di non limitarsi alla interpretazione del contratto ma di ricercare la comune volontà, inespressa<sup>605</sup>, delle parti ex art. 1156 del *Code*<sup>606</sup>. Il giudice deve considerare che le parti sono addivenute alla conclusione del contratto in considerazione delle circostanze del momento che non potevano prevedere una loro modifica altrimenti non avrebbero concluso quel contratto o lo avrebbero concluso a condizioni diverse. Diversa teoria individua, invece, tale presupposizione non tra le condizioni implicite ma nella categoria del termine ritenendolo un termine finale tacito<sup>607</sup> o una clausola di rinegoziazione tacita se si tratta di contratti ad esecuzione periodica o differita. Altra teoria, pur prendendo atto della condanna della *théorie de l'imprévision* da parte del legislatore del *Code*<sup>608</sup>, ritiene opportuno estendere la clausola *rebus sic stantibus* anche ai contratti civili sull'assunto che anche le conseguenze dei contratti tra privati possono avere importanti conseguenze anche sull'economia nazionale e, pertanto, legittima l'intervento del giudice su tutti i contratti, sia quelli tra privati sia quelli con la P.A., in tutti i casi in cui l'utilità nazionale lo richieda. La valutazione della opportunità dell'intervento e della tipologia di intervento (scioglimento o revisione) è lasciata alla discrezione del giudice. È stato però giustamente osservato che l'attribuzione al giudice del potere di tener conto di tali presupposizioni eliminerebbe qualsiasi certezza nelle operazioni di ermeneutica contrattuale essendo l'individuazione della volontà delle

---

<sup>603</sup> DE LAMBERTERIE, *Incidence des changements de circonstances*, in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglais*, Paris, 1987, pag. 224.

<sup>604</sup> JULLIOT DE LA MORANDIERE, op. cit., pag. 253.

<sup>605</sup> BOMSEL, *La théorie de l'imprévision en droit civil français*, Paris, 1922, pag. 11.

<sup>606</sup> La norma recita 'on doit dans les conventions rechercher quelle à été la comune intencino des parries contractantes, plutot que de s'arreter au sens littéral des termes'.

<sup>607</sup> LAROMBIERE, *Obbligations*, tomoIV, art. 1234, n. 4; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927, pag. 149.

<sup>608</sup> LAROMBIERE, *Obbligations*, tomoIV, art. 1234, n. 4; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927.

parti una operazione discrezionale<sup>609</sup> che, peraltro, non sarebbe consentita neanche dall'art. 1156 richiamate da quelle stesse tesi. Ancora, si nega la possibilità di presumere la clausola *rebus sic stantibus* in quanto contraria alla funzione stessa del contratto nonché alla sua natura in quanto ciò che induce le parti a concludere un contratto di durata è la volontà di preveder il futuro, evitandone le incertezze<sup>610</sup>.

### Le thèorie de la cause

Altra tesi, basata sulla *thèorie de la cause*<sup>611</sup>, considera rilevante la sopravvenienza in considerazione del fatto che il prodursi di circostanze rilevanti ed impreviste incide sull'equilibrio sul quale si fonda la causa del contratto determinando il venir meno di tale elemento essenziale. Priva di qualsiasi giustificazione sarebbe, inoltre, la differenza di trattamento tra l'*imprèvision* e la *lèsion* originale che, qualificandosi come patologia congenita del contratto, comporterebbe, qualora dovesse esorbitare dai limiti di cui all'art. 1118 relativo al rimedio della rescission<sup>612</sup>, la nullità per mancanza della causa. Ne consegue che sia in caso di conclusione di contratto senza causa o con causa viziata sia in caso del successivo (rispetto alla conclusione del contratto<sup>613</sup>) venir meno o della successiva alterazione della causa la tutela deve essere la stessa. L'impostazione non incontra il favore della dottrina maggioritaria che ritiene di non poter applicare ai casi di *imprèvision* i criteri della disciplina della *lèsion*. Priva di successo anche la tesi secondo la quale in assenza di una controprestazione adeguata, la prestazione eccessivamente onerosa ricevuta dal creditore sarebbe priva di causa e si configurerebbe come ingiustificato arricchimento. La teoria si ricollega alla tesi secondo la quale la causa avrebbe rilevanza non solo nel momento della conclusione del contratto ma anche successivamente<sup>614</sup>. La critica mossa a questa teoria è che la causa dell'arricchimento sarebbe lo stesso contratto che le parti stanno eseguendo; nei casi di eccessiva onerosità la causa, contrariamente alle ipotesi di *force majeure* in cui viene meno la controprestazione, non verrebbe meno. La teoria che si fonda sulla causa sembra però riscontrare un certo favore nella Cassazione

---

<sup>609</sup> RIPERT, *La regle morale dans obligations civiles*, cit, pag. 150. Secondo l'autore sarebbe pericoloso consentire al giudice di intervenire sul contratto in caso di sopravvenienze perché significherebbe andare a riformare quasi tutti i contratti ad esecuzione differita.

<sup>610</sup> MAZEAUD, CHABAS, op. cit., pag. 869. Gli autori ritengono che l'inserimento automatico della clausola *rebus sic stantibus* ha un fondamento nel diritto internazionale pubblico, 'en droit civil il faut bien constater qu'elle ne repose sur aucun fondement. Si les parties désiraient introduire une telle réserve, elle prendraient le soin de l'exprimer'.

<sup>611</sup> CAPITANT, *Thèorie de la cause*, cit., pag. 314.

<sup>612</sup> TERRE', SIMPLER, LEQUETTE, op. cit., pag. 282. Il rimedio, alternativo a quello della *rèvision* non viene visto con favore nel Code che non vede nel giusto equilibrio contrattuale un valore da tutelare.

<sup>613</sup> RIPERT, BOULANGER, op. cit., pag. 184 i quali sostengono che 'une *lèsion* postérieure au contrat' richiederebbe la *rèvision* del contratto.

<sup>614</sup> CHARBONNIER, op. cit., pag. 228. L'autore sostiene che tale principio sarebbe già presente nell'ordinamento francese, in quella norma nella quale la rottura dell'equilibrio sinallagmatico giustificerebbe la caducità du testament pour changement imprèvu de circonstances.

che, attribuendo rilevanza alla sopravvenienza dovuta ad un *fait du prince* che rende una delle prestazioni eccessivamente onerosa in quanto si avrebbe una perdita parziale della causa, ha applicato la stessa tutela prevista per i casi di *force majeure*<sup>615</sup>. In realtà, la posizione appare contraddittoria in quanto o si aderisce alla teoria per la quale la causa assume rilevanza non solo al momento della conclusione del contratto ma anche successivamente e, in tal caso, non si spiega come solo il *fait du prince* e non tutti i tipi di eccessiva onerosità è rilevante, o non si aderisce a questa tesi e, nell'eventualità, la sentenza della Cassazione risulta priva di fondamento. Parte della dottrina ritiene applicabile il rimedio della *force majeure* non solo ai casi di impossibilità sopravvenuta ma anche ai casi di eccessiva onerosità: l'eccessiva onerosità assumerebbe rilevanza attraverso l'applicazione del rimedio della *résiliation* o della *renégotiation* utilizzati, tradizionalmente da dottrina e giurisprudenza per la *force majeure*<sup>616</sup>, analogamente a quanto accaduto nel nostro ordinamento con l'applicazione del rimedio della risoluzione previsto per l'impossibilità sopravvenuta. Anche la tesi che riconduce il problema nell'ambito delle tutele contro i vizi degli elementi negoziali è stata criticata in quanto la *théorie de l'imprévision* non potrebbe essere ricondotta alla categoria dei vizi della volontà e a quella della rilevanza dell'errore di cui all'art. 1110 cod. civ. dovendo l'errore sussistere al momento della conclusione del contratto; non può essere considerato errore la mancata previsione del mutamento delle circostanze. A tal proposito, solo una isolata sentenza della Cassazione aderisce a questa teoria affermando che, ai fini della prova dell'errore, sono importanti anche gli elementi successivi alla conclusione del contratto<sup>617</sup>.

---

<sup>615</sup> MESTRE, in Rev. Trim. Dr. Civ., 1990, pag. 648.

<sup>616</sup> RIPERT, *La règle morale*, cit., pag. 151. l'autore in riferimento al debitore sostiene ' il suffirait pour lui accorder sa liberation de considerer comme force majeure la difficulté d'exécution quand cette difficulté a un certain caractère de gravité et ne pouvait être prévue au moment du contrat', il rifiuto non sarebbe, quindi, dovuto ad ostacoli di natura giuridica bensì da ragioni di opportunità.

<sup>617</sup> Cass. Civ. 13.12.1983, in Rev. Trim. Dr. Civ., 1984, pag. 109; GHESTIN, op. cit., pag. 358 secondo il quale laddove l'imprevision fosse riconducibile all'errore essa verrebbe sanzionata non con la *révision* ma con la nullità.

## La tesi dell'abuso del diritto

Una terza tesi, basandosi sull'art. 1134 del *Code* che al terzo comma impone alle parti di eseguire il contratto ' *de bonne foi*', ravvisa in detta norma il precetto in virtù del quale agirebbe in mala fede in creditore che pretende l'esecuzione della prestazione in seguito al verificarsi di sopravvenienze imprevedibili che abbiano alterato l'equilibrio sinallagmatico<sup>618</sup>. L'impostazione è stata contestata sia nei contenuti che nel fondamento normativo in quanto il terzo comma dell'art. 1134 non prevede alcuna causa di *résolution du contract*, ammesso solo in caso di *force majeure*<sup>619</sup>, e nessuna altra norma autorizzerebbe la richiesta di scioglimento del contratto. Si contesta, altresì, il significato attribuito al dovere di buona fede indicato dalla norma poiché esso farebbe riferimento alle modalità di esecuzione del contratto quale dovere di cooperazione all'adempimento<sup>620</sup> e non alla forza vincolante del contratto<sup>621</sup>. Assodata la fondatezza di tali critiche, Ripert propone una variante di tale teoria. Per l'autore la pretesa dell'adempimento rappresenterebbe un *abus de droit* e che il danno risarcito dal debitore in seguito alla sopravvenienza sarebbe il prodotto dell'esercizio abusivo del proprio diritto da parte del creditore ugualmente l'adempimento<sup>622</sup>; vi è un limite morale all'esercizio dei propri diritti '*le créancier commet une supreme injustice en usant de son droit avec la dernière rigueur*<sup>623</sup>. In realtà, lo stesso abuso si potrebbe configurare anche qualora il creditore dovesse rifiutare di liberare controparte dalla propria obbligazione, accettando la richiesta di quest'ultimo di recedere dal contratto nel caso in cui il rifiuto non avesse un giustificato motivo o nel caso in cui il mancato adempimento non è idoneo a provocare un danno al creditore<sup>624</sup>. Principale limite di questa tesi è che quasi sempre il creditore ha un motivo legittimo per pretendere l'adempimento coincidente in genere con lo stesso motivo che lo ha indotto alla stipula difettando, di conseguenza, *l'abus de droit*. Altra critica mossa a questa teoria è che non sarebbe accettabile la pretesa di dare rilevanza all'interno del diritto positivo alla *imprévision* attraverso la *théorie de l'abus de droit* definita *artificielle* e *insuffisante*. Uno degli stessi autori della stessa *théorie* ha

---

<sup>618</sup> NAQUET, Note a Cass. Civ. 10.3.1919, in Sirey, 1920, I, pag. 105.

<sup>619</sup> EISMAN, op. cit., pag. 536 il quale afferma ' le sens de cette expression est trop imprécis pour que ce texte soit considéré comme obligeant à cette intervention, alors surtout que la même artiche déclare que les conventions tiennent lieu de li entre ceux qui les ont faites'.

<sup>620</sup> In proposito PICOD, *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, in J.C.P., 1988, I, Doctrine, pag. 3318.

<sup>621</sup> Cass. Civ. 2.12.1947; GHESTIN, op. cit., pag. 353.

<sup>622</sup> RIPERT, *La règle, morale*, cit. pag. 155.

<sup>623</sup> RIPERT, op. ult.cit., pag. 157. L'autore sostiene che ' la révision du contrat pour imprévision est inadmissible si on ne la justifie pas sur cette idée que le contractant ne peut user jusqu'à l'injustice du droit que, juridiquement, lui donne le contrat.

<sup>624</sup> SIMMLER, L'art. 1134 du code civile t la résiliation unilatérale anticipée des contrats à durée déterminée, in J.C.P., 1971, I, Doctrine, pag. 2413.



evidenziato come essa mal si attaglierebbe alla *imprèvision* in quanto non sarebbero riscontrabili i requisiti necessari per la configurazione di un *abus*, difettando l'elemento della colpa nella condotta del creditore che richiede l'adempimento. Sicuramente l'individuazione in capo al creditore, che pretende l'adempimento di una obbligazione eccessivamente onerosa, di mala fede o abuso del proprio diritto potrebbe essere una delle possibili giustificazioni normative utilizzabili dalla giurisprudenza per la concessione di un mezzo di tutela contro le sopravvenienze, tenendo conto delle varie possibilità di interpretazione del concetto di buona fede<sup>625</sup>. Tanto non si è verificato per la perdurante ostilità della giurisprudenza alla *thèorie de l'imprèvision* anche se recentemente la *Cassation* ha concesso, in base al principio di buona fede, tutela al debitore la cui obbligazione era divenuta eccessivamente onerosa<sup>626</sup>.

### Le tesi minoritarie

Altra tesi attribuisce rilevanza giuridica alla *imprèvision* in base al dovere di cooperazione tra le parti che impone loro di collaborare ‘*pour surmonter la crise survenue dans l'exécution du contrat*’ ripartendo tra loro le perdite. Una simile impostazione inciderebbe notevolmente sui poteri del giudice in caso di *imprèvision*<sup>627</sup>. Una ulteriore tesi, invece, si fonda sulla interpretazione dell'art. 1150 in virtù del quale se l'inadempimento non è imputabile al debitore, il risarcimento dovuto è limitato alla misura prevista o prevedibile al momento della stipula. L'autore di tale tesi invoca anche Pothier che attribuisce alla causa di *imprèvision* una duplice veste, di causa ma anche di effetto e, quindi di entità del danno subito, sostenendo che tale impostazione sarebbe stata recepita nella redazione del *Code*, e che considerando che l'art. 1150 prevede una limitazione della responsabilità del debitore in caso di inadempimento, la norma troverebbe applicazione anche laddove il debitore sia adempiente<sup>628</sup>. Anche questa interpretazione dell'art. 1150 del *Code* non ha riscontrato un grosso favore<sup>629</sup>. Non è mancato chi nel silenzio del legislatore, in riferimento alla rilevanza della *imprèvision* non ne ravvisa un rigetto. Secondo tale tesi la rilevanza della

---

<sup>625</sup> TALLON, *Le conceptions de bonne foi en droit français du contrat*, Roma, 1995.

<sup>626</sup> Cass. Civ. 3.12.1992, in Rev. Trim., Dr. Civ., 1993, pag. 124.

<sup>627</sup> CHARBONNIER, op. cit., pag. 288.

<sup>628</sup> FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprèvision à l'égard des contrats portant sur objets autres qu'une somme d'argent*, Dijon, 1921, pag. 134.

<sup>629</sup> Molti ritengono che l'art. 1150 riguarderebbe solo la responsabilità per inadempimento esulando completamente la *thèorie de l'imprèvision* VOIRIN, op. cit., pag. 79; TERRÈ, SIMLER, LEQUETTE, op. cit., pag. 505; GHESTIN, op. cit., pag. 356; Cass. Civ., 6.12.1983 in Dalloz Sirey, 1984, pag. 124.

*imprèvision* non si fonderebbe sulla presupposizione di una clausola *rebus sic stantibus* ma sui motivi: se alla luce della interpretazione dei motivi del contratto dovesse risultare che lo scopo che le parti si erano prefisse può essere raggiunto solo con l'adattamento del contratto alle nuove circostanze questo deve essere adeguato. La teoria, al pari delle precedenti sopra esaminate, non si è rivelata risolutoria e il suo stesso autore ha affermato che essa è giustificata solo sulle *bases larges et solides du donné de la vie*. Tutte le teorie sin ora analizzate, pur potendo essere utilizzate dalla giurisprudenza per dare un fondamento giuridico alla *théorie de l'imprèvision*, non sono state in grado di trovare un dato normativo che potesse introdurre detta teoria. Varie le giustificazioni alla posizione della giurisprudenza: in primo luogo, la ricerca di un principio generale che autorizzi il giudice di intervenire sul contratto per modificarlo minerebbe sia la sicurezza delle transazioni ma, al contempo, finirebbe con il favorire il debitore inadempiente; in secondo luogo, permettere la revisione del contratto metterebbe in difficoltà il creditore nell'adempimento di altri contratti, degenerando in un *déséquilibre généralisé*, di modo che *'de répercussion en répercussion l'on va détruire toute confiance, anéantir tout le commerce'*; infine, si paventa il pericolo dell'arbitrarietà dell'intervento del giudice sia in riferimento alla valutazione dell'eccessiva onerosità sia in riferimento alla valutazione delle misure da adottare per ripristinare l'equilibrio sinallagmatico. In più occasioni la dottrina, preso atto del rifiuto della giurisprudenza alla *théorie de l'imprèvision* giustificata dalla mancanza di un suo fondamento giuridico nel diritto positivo, ha manifestato la necessità di un intervento legislativo, incorrendo anche in alcune contraddizioni (in merito alla esistenza di principi che consentissero l'applicazione della teoria). Un autore, in occasione della votazione della Loi Faillot del 1918 ne auspicava il rigetto ritenendo che *'si cette proposition était votée, le sort de tout contrat successifs ou à terme serait remis en question et que, dans l'intérêt même de la sécurité du commerce, il importe de maintenir les plus possible la stabilité des contrats*. Anche successivamente ci si è interrogati sulla giustizia morale e sulla utilità economica della revisione. Se da un lato l'introduzione del rimedio della *révision* potrebbe fondarsi sui principi della giustizia commutativa, dall'altro, la revisione dei prezzi in ogni caso potrebbe provocare l'inflazione e instabilità economica, con esiti incontrollabili. Si è pertanto cercato di giustificare l'ostilità della giurisprudenza che avrebbe preferito tutelare la stabilità economica piuttosto che una migliore giustizia commutativa in considerazione della incompetenza dei giudici a valutare quei casi in cui l'interesse economico può essere accantonato. Più volte la giurisprudenza ha invocato interventi *ad hoc* da parte del legislatore. Altri autori, osservando che la giurisprudenza non ha avuto alcuna esitazione nell'applicazione del rimedio della *révision* laddove questo era previsto da una norma speciale, ha sostenuto che la mancata applicazione del rimedio in tutti gli altri casi non è imputabile a un rifiuto dei giudici alla tesi della *imprèvision* ma alla *'hésitation à forger lui même la*

*technique de l'équivalence lorsqu'on considère la complexité des systèmes juridiques en la matière*<sup>630</sup>. La tesi, pur cercando di dare una spiegazione alla posizione della giurisprudenza, non si esprime sulla opportunità di dettare un principio generale che dia fondamento normativo alla *théorie de l'imprévision*. Altro autore, evidenziando che il legislatore ha stabilito che il venir meno della forza vincolante del contratto è legata alla perdita della sua utilità sociale, ha ritenuto che ciò avvenisse nei casi di impossibilità della prestazione mentre nei casi di eccessiva onerosità verrebbe meno solo l'utilità individuale dei contraenti. Ne deriverebbe, quindi, che il giudice può decidere per la revisione o scioglimento del contratto solo ' *si l'injustice qu'elle crée rend le contrat inutile ou risque de le priver de son utilité sociale*', laddove essa è stata tutelata solo dal legislatore<sup>631</sup>. Alcuni hanno addirittura escluso che dovesse essere il legislatore a prevedere un rimedio eccezionale contro alcune sopravvenienze ritenendo che il suo intervento sarebbe necessario solo ' *quand les événements imprévus atteignent toute une catégorie de personnes non pour des cas isolés: l'injustice cependant peut être aussi grande*', auspicando l'attribuzione ai giudici di un potere di ' *redresser les contrats*'. È opportuno fare cenno anche a quella parte della dottrina che non ritiene inopportuno un intervento legislativo volto alla introduzione di una norma a carattere generale<sup>632</sup> per l'introduzione di un mezzo di tutela contro le sopravvenienze in considerazione del fatto che in alcuni casi il legislatore è intervenuto per disciplinare eventi eccezionali, in altri con norme eccezionali ha disciplinato alcune tipologie di contratto. Secondo questa corrente dottrinale nell'ordinamento già sarebbero presenti numerose deroghe, o in norme speciali o in clausole contrattuali<sup>633</sup>, al principio di immutabilità del contratto. Due le norme speciali che consentono al giudice di tener conto delle sopravvenienze: *les mesures législatives de circonstance* che consistono in norme temporanee per risolvere momenti di crisi e le *mesures législatives permanentes*. Tra le prime va annoverata la legge Faillot, del 1918, che ha ispirato anche il nostro legislatore nell'inserire nel nostro codice il rimedio contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta. La legge, emanata durante la prima guerra mondiale per cercare di arginare la forte inflazione dovuta alla penuria di materie prime, concedeva al giudice il potere di *résilier* o sospendere gli effetti del contratto di compravendita conclusi prima del 1 agosto 1914 e aventi ad oggetto la consegna di beni mobili o la prestazione di un servizio ad esecuzione differita, purché diventata eccessivamente onerosa. Anche in seguito il legislatore ha emanato leggi simili per far fronte alle conseguenze della inflazione dovuta alle due guerre mondiali e, in favore dei cittadini rimpatriati con la fine della

<sup>630</sup> AZARD, *L'instabilité monétaire et la notion d'équivalence dans le contrat*, in J.C.P., 1953, I, Doctrine, pag. 1092 ' *en réalité, l'essence du contrat n'est pas incompatible avec la révision ce sont les difficultés techniques de mise en oeuvre qui ont écarté le juge d'une révision générale des conventions en absence d'un texte de loi*'.

<sup>631</sup> GHESTIN, op. cit., pag. 358 per il quale nel caso di sopravvenienze nei contratti tra parti private, è stato il legislatore a preservare tale utilità sociale.

<sup>632</sup> MAZEDAU, XHABAS, op. cit., pag. 873 per i quali l'intervento del legislatore potrebbe essere eccessivo.

<sup>633</sup> FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, in Rev. trim. Dr. Civ., 1983, pag. 1.

colonizzazione. Parte della dottrina ha evidenziato come tali interventi legislativi avessero semplicemente consentito al giudice la risoluzione del contratto o al massimo la concessione di un indennizzo senza alcuna possibilità di revisione; per altri, invece, tali interventi legislativi consentirebbero al giudice la revisione del contratto avendolo dotato anche del potere di conciliazione tra le parti in modo di addivenire a una *'rèvision du contrat par accord amiable'*. Altrettanto importanti gli interventi legislativi a carattere permanente e aventi ad oggetto l'autorizzazione al giudice di revisione o scioglimento del contratto a seguito di eventi perturbativi che abbiano reso una delle prestazioni eccessivamente onerosa: si tratta per lo più di alcune disposizioni codicistiche, leggi speciali in tema di rivalutazione delle rendite vitalizie<sup>634</sup>, in tema di indennizzo assicurativo<sup>635</sup>, di revisione del prezzo fissato nella promessa unilaterale di vendita<sup>636</sup>, di contratto di affitto e locazione<sup>637</sup>, cessazione dei diritti d'autore<sup>638</sup> e di donazione<sup>639</sup>. La dottrina minoritaria, considerando che i rischi delle sopravvenienze possono essere ulteriormente limitati mediante l'introduzione di clausole contrattuali<sup>640</sup>, si ritiene soddisfatta della situazione dell'ordinamento francese a seguito di questa cospicua produzione legislativa seppur temporanea o limitata solo ad alcune tipologie contrattuali. Si è altresì evidenziata la necessità di interventi futuri e che la prudenza dei giudici è stata ben integrata dal legislatore in momenti di necessità. Risultano soddisfatti anche coloro che ritengono alcuni tra i più importanti contratti tra privati sono soggetti al controllo di organismi interprofessionali che avrebbero provveduto alla loro revisione adeguandoli al cambiamento delle circostanze<sup>641</sup>. La posizione di coloro si dicono soddisfatti da un sistema basato solo su interventi speciali è stata aspramente criticata sia da chi ha ritenuto che anche l'intervento del legislatore potesse causare instabilità economica sia da chi, insoddisfatto di interventi limitati ad alcune tipologie contrattuali, auspica l'introduzione legislativa di un principio generale che accolga la *théorie de l'imprévision* e che introduca un mezzo di tutela contro le sopravvenienze che rendono il contratto eccessivamente oneroso, individuando le modalità e i limiti dell'intervento del giudice. Si è affermato che alla base del dogma della vincolatività dei contratti ex art. 1134 vi sarebbe l'esigenza di tutelare la sicurezza delle contrattazioni ma si è altresì affermato che accanto ad essa *'apparati l'éternelle plainte du malheur human que le législateur*

---

<sup>634</sup> L. 48.777 del 4 maggio 1948 e la l. 48-975 del 9 giugno 1948 con le loro modifiche.

<sup>635</sup> L. 5 luglio 1985 relativa ai sinistri stradali.

<sup>636</sup> L. 49-1509 del 28 novembre 1949; RIPERT, *La révision des rentes viagères*, in Dalloz, 1949, Chrom, pag. 89.

<sup>637</sup> L. 89-462 del 6 luglio 1989.

<sup>638</sup> L. 57-298 del 11 marzo 1957.

<sup>639</sup> L. 4 luglio 1984; WITZ, *La révision des conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet 1984*, in Recueil Dalloz Sirey, 1985, pag. 101.

<sup>640</sup> MARTY, RAYNAUD, op. cit., pag. 13 che rilevano come la consapevolezza delle parti di essere esposte al pericolo delle sopravvenienze le costringe *'à se prémunir contre leurs conséquences notamment par des clauses d'indexation'*, evidenziando il problema della validità di tali clausole.

<sup>641</sup> DEMOGUE, op. cit., pag. 697 per il quale la *rèvision* imporrebbe alla *opposition classique entre le besoin de sécurité et celui de transformation*.

*doit entendre*' evidenziando, così, anche la necessità di adattamento del contratto al mutamento delle circostanze. Altri autori, richiamandosi a principi di politica legislativa auspicano interventi legislativi che estendano anche ai contratti di diritto privato la regola prevista per i contratti amministrativi sull'assunto che la *ratio* che avrebbe portato a tale disciplina ( la continuità del servizio pubblico) potrebbe essere estesa anche ai primi puntualizzando che il principio di sicurezza delle contrattazioni richiamato dalla giurisprudenza a fondamento del divieto di intervento del giudice si pone in contrasto con altri principi importanti dell'ordinamento quali l'equità la giustizia commutativa<sup>642</sup>. Ebbene, alla luce di quanto detto, appare chiaro che nel modello francese si distingue tra impossibilità sopravvenuta, codificata con la *force majeure* quale causa esoneratrice di responsabilità e tutte le altre sopravvenienze, *théorie de l'imprévision*. Il divario tra le due categorie è accresciuto dalla posizione della giurisprudenza, ostile alla creazione di un mezzo di tutela contro la seconda categoria. Neanche il legislatore ha espresso chiaramente al riguardo la sua posizione, limitandosi ad una copiosa normativa speciale, sintomatica, probabilmente, della necessità di creare mezzi di tutela per il debitore contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta, o confinando il rimedio solo ad alcune tipologie contrattuali. È pur vero che le parti possono tutelarsi anche mediante l'inserimento di apposite clausole contrattuali, questo ovviamente non fa del modello francese un modello adeguato per la tutela contro il rischio di sopravvenienze.

### Il modello tedesco

In ultimo, in ordine di esposizione ma non di importanza si procede alla disamina dell'ordinamento tedesco che è sicuramente quello più simile a quello italiano. È proprio da tale ordinamento che la nostra dottrina ha preso schemi quali quello della presupposizione, elaborato dalla pandettistica. Va però precisato che solo a seguito della riforma del 2002<sup>643</sup>, che ha riguardato la parte dedicata allo *Schuldrecht*, sono state introdotte nel BGB le sopravvenienze diverse dalla impossibilità seppur le stesse fossero già note alla dottrina tedesca con il principio della *Aquivalenzverstorung* a sua volta teorizzata nel *Codex Maximilianeus Bavaricus* e l' *Allgemeines Landrecht prussiano*. Avuta poca rilevanza nel corso del XIX secolo essa è ritornata in auge solo a seguito delle disastrose conseguenze economiche delle due guerre mondiali attraverso il principio della presupposizione, la *Wegfall der Geschäftsgrundlage*<sup>644</sup>. Il principio era già stato elaborato da autorevole dottrina alla

---

<sup>642</sup> CHARBONNIER, op. cit., pag. 286 auspica in Francia il recepimento del nostro modello.

<sup>643</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, del 26.11.2001, pubblicata in Bundesgesetzblatt, 29.11.2001, Parte I, nr. 1, pag. 3138 ed entrata in vigore il 1 gennaio 2002.

<sup>644</sup> Tradotto letteralmente significa caduta del fondamento del negozio.

fine del XIX secolo ma non aveva mai trovato accoglimento all'interno del BGB, rimanendo così confinato al solo formante giurisprudenziale e dottrinale, fino alla riforma del 2002 dello *Schuldrecht*. Nel sistema tedesco le sopravvenienze sono inizialmente riconducibili alla categoria della impossibilità sopravvenuta, *leistungsstörungen*, in un secondo momento, grazie all'opera di dottrina e giurisprudenza viene introdotta una nuova categoria di sopravvenienze, la presupposizione. In particolare, negli ultimi anni del XX secolo, la dottrina più accorta, rilevando come il BGB redatto nel 1900 necessitasse di un ammodernamento relativo alle obbligazioni ne auspicava una revisione nonché l'armonizzazione con le direttive comunitarie<sup>645</sup>. Sensibile a queste pressioni il Ministero istituì una commissione di massimi esperti per procedere in tal senso<sup>646</sup>. Queste le premesse della riforma del 2002 che venne attuata sostanzialmente con cinque categorie di norme. La prima sarebbe inerente alle norme di recepimento di tutti quegli istituti che sino ad allora non avevano avuto alcuna disciplina normativa: la presupposizione<sup>647</sup>; la seconda categoria riguarderebbe, invece, il recepimento delle direttive comunitarie; la terza raggrupparebbe norme di riforma delle precedenti regole normative; la quarta raggrupparebbe norme di modifica del concetto di *Unmöglichkeit* e, infine, la quinta introdurrebbe un nuovo concetto, unitario, di *Leistungsstörungen*<sup>648</sup>. Detta riforma, al contempo, accoglie le richieste della dottrina che avversando l'eccessiva rigidità della giurisprudenza nella valutazione del concetto di impossibilità assoluta, auspica la tutela anche della impossibilità relativa e, accoglie le varie teorie elaborate da dottrina e giurisprudenza in materia di *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Tale ultimo istituto, rubricato *Störung der Geschäftsgrundlage*, è stato codificato con la riforma del § 313 mentre l'istituto della impossibilità è stato modificato con la riforma del §275. La distinzione tra queste due diverse tipologie di sopravvenienze, pur non scomparendo vista la diversità delle conseguenze giuridiche ad esse collegate è seriamente messa in crisi<sup>649</sup>.

---

<sup>645</sup> ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierung*, in ZJ, 2001, pag. 171. L'autore si occupa delle motivazioni che hanno indotto alla riforma.

<sup>646</sup> CANARIS, *Die Reformdes Rechts der Leistungsstörungen*, in ZJ, 2001, pag. 499 in relazione alle vicende istitutive della Commissione.

<sup>647</sup> HUBER, *Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, in ZIP, 2000, pag. 2137.

<sup>648</sup> HUBER, op. cit., pag. 41.

<sup>649</sup> NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, op.cit. pag. 847.

## L'impossibilità sopravvenuta prima della riforma

Nell'ordinamento tedesco il termine *Leistungsverzögerungen* annovera tutte le ipotesi di inadempimento: inadempimento o ritardo sia esso dovuto al debitore, al creditore o al terzo o, ancora, imputabile a causa di forza maggiore<sup>650</sup>. Prima della famosa riforma il legislatore, e di conseguenza dottrina e giurisprudenza, non riconosceva alcun risarcimento per l'inadempimento ma assicurava solo lo scioglimento del contratto<sup>651</sup>. A parere della dottrina, altra peculiarità del modello tedesco risiedeva nell'apparente onere della prova a carico del creditore in merito alla intenzionalità o colposità dell'inadempimento. Onere apparente considerate le numerose presunzioni di colpevolezza del debitore §§282 2 285 BGB e forme di responsabilità oggettiva §538. E' evidente, dunque, la posizione di privilegio per il creditore. Ai fini della liberazione del debitore l'impossibilità sopravvenuta doveva essere successiva alla conclusione del contratto, inevitabile e definitiva<sup>652</sup>. Il requisito della inevitabilità era espresso dal § 275 BGB mentre quello della definitività era espresso dal §308. In merito al primo requisito può essere invocato anche §306 per il quale è nulla l'obbligazione avente ad oggetto una prestazione impossibile come pure §134 per il quale è nullo il contratto avente ad oggetto una prestazione illecita<sup>653</sup>. Partendo dal §308 che sancisce l'invalidità del contratto quando una delle prestazioni è impossibile la dottrina fa un collegamento tra detto requisito e quello della temporaneità arrivando a sostenere che l'impossibilità iniziale rende il contratto invalido solo qualora fosse stata definitiva o non fosse stata indicata la temporaneità dalle stesse parti<sup>654</sup>. Parte della dottrina sostiene che è sufficiente che al momento della stipula la prestazione sia probabile altri, invece, evidenziano come l'impossibilità temporanea non possa costituire valida causa di impossibilità salvo che questa non si sia protratta sino al termine utile per l'adempimento, termine che andrà valutato in base alla natura, al contenuto e allo scopo del contratto<sup>655</sup>. Numerose, quindi, le dispute circa la distinzione tra impossibilità oggettiva (*Unmöglichkeit*) e impossibilità soggettiva (*Unvermögen*), atteso che solo la prima era rilevante salvo che non si tratti di prestazioni a carattere personale<sup>656</sup>. Solo in rare ipotesi anche l'impossibilità oggettiva aveva portato allo scioglimento del contratto<sup>657</sup>. La distinzione tra impossibilità oggettiva e soggettiva era stata utilizzata anche per i contratti di durata. Parte della

---

<sup>650</sup> WERTHEIMER, *Die Leistungsstörungen im Burgelichen Recht*, Berlin, 1998, pag. 678.

<sup>651</sup> MARKESINIS, LORENZ e DANEMANN, *The Law of Contrats and Restitution: A comparative Introduction*, volume I del trattato di MARKESINIS, *The German Law of obligations*, Oxford, 1997, pag. 398.

<sup>652</sup> EHMANN e KLEY, op. cit. pag. 482.

<sup>653</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, vol.I, Allgemeiner Teil, Munchen, 2000, pag. 179.

<sup>654</sup> EHMANN e KLEY, op. cit. pag. 485.

<sup>655</sup> LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, Allgemeiner Teil, 1987, pag. 305.

<sup>656</sup> HAMMER, op. cit. pag. 41 per il quale l'impossibilità non rileva neanche in caso di morte del debitore, trasmettendosi mortis causa agli eredi § 1922 BGB.

<sup>657</sup> È il caso della risoluzione del contratto di locazione §554, della prestazione d'opera § 626, contratto di società § 723.

dottrina aveva però fatto notare come il concetto stesso di impossibilità era privo di definizione normativa essendo una definizione giurisprudenziale e dottrinale. In tali ambiti qualche autore distingueva tra impossibilità in cui nessun debitore sarebbe stato in grado di adempiere e quella che colpisce il solo debitore. Altri autori, sulla scorta di tale distinzione, hanno distinto tra impossibilità oggettiva e soggettiva, annoverando in quest'ultima categoria anche l'eccessiva onerosità. Si giunge, così ad affermare che è liberatorio solo l'evento cui resisti *non potest*<sup>658</sup>. Priva di seguito, dunque, la tesi per la quale la prestazione impossibile sarebbe quella in cui l'adempimento avrebbe richiesto da parte del debitore una intensità nello sforzo superiore a quella media<sup>659</sup>. Data la lacuna normativa e il caos interpretativo circa il concetto di impossibilità, parte della dottrina, sulla scorta del §275 che ritiene il debitore liberato dalla prestazione se questa fosse divenuta impossibile per circostanze sopravvenute a lui non imputabili, distingue tra impossibilità imputabile al debitore e impossibilità non imputabile al debitore. Ebbene il requisito della imputabilità assume un ruolo chiave considerando che lo stesso BGB distingueva tra impossibilità imputabile al debitore § 280, 325 e quello non imputabile §275, 323. V'è di più §276 indicava le evenienze che il debitore avrebbe dovuto evitare ai fini della liberazione dall'obbligazione. Il BGB, dettava, però, regole diverse circa le conseguenze della impossibilità sopravvenuta a seconda che si facesse riferimento ai contratti in genere, ai contratti bilaterali, ai contratti di compravendita, di prestazioni d'opera ecc. La frammentarietà della disciplina imponeva di disciplinare le conseguenze della impossibilità relativa alla prestazione divenuta inesigibile e quella relativa alla prestazione ancora possibile. Bisognava individuare nella prima ipotesi chi tra le parti dovesse sostenere il costo della prestazione divenuta impossibile e nella seconda ipotesi chi doveva farsi carico dei costi della controprestazione<sup>660</sup>. In riferimento al primo è stato fatto notare come il §275 fosse chiaro e che le sue conseguenze andavano valutate in relazione all'evento che ha determinato l'impossibilità ed alla distinzione tra prestazioni fungibili e infungibili: l'adempimento di una prestazione fungibile non è di per sé mai impossibile<sup>661</sup>. In merito al secondo, i costi della controprestazione, e, in particolare, in riferimento alla consegna di cosa specifica, il §276 imputa al debitore ogni suo fatto colposo o doloso, rendendolo in tal modo responsabile della distruzione del bene dovuta ad un fatto a lui imputabile. Il §278 estende l'imputabilità al debitore anche dei fatti causati da dolo o colpa dei suoi ausiliari, nell'eventualità, a norma del § 280 il creditore poteva ottenere il risarcimento integrale dei danni o surrogarsi nei diritti che il debitore poteva vantare nei confronti di terzi responsabili o di eventuali compagnie assicuratrici, avendo la facoltà di ottenere, laddove tale somma fosse inferiore

---

<sup>658</sup> Beck'sche Kurz Commentare, Bürgerliches Gesetzbuch, München und Berlin 1941, pag. 258.

<sup>659</sup> HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen, 1875.

<sup>660</sup> LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, op. cit. pag. 241.

<sup>661</sup> MARKESINIS, LORENZ e DANEMANN, op. cit., pag. 406.



al valore del risarcimento, la differenza dal debitore in base al §281. Il §280 al secondo comma prevede, in caso di impossibilità parziale, per il creditore la possibilità di ottenere il risarcimento per la parte di prestazione divenuta impossibile o, in alternativa, la possibilità di dichiarare di non avere alcun interesse all'adempimento parziale e scegliere l'integrale risarcimento. Il debitore era liberato dall'obbligazione solo se l'impossibilità era dovuta a circostanze sopravvenute a lui non imputabili; rientra in questa tipologia di esonero anche la sopravvenuta inabilità del debitore. In relazione alle prestazioni fungibili operava la regola per la quale il debitore assumeva tutti i rischi dell'impossibilità non servendo a liberarlo neanche fatti imputabili a titolo di dolo o colpa neanche dei suoi ausiliari. La regola subiva delle eccezioni: la prima si aveva in caso di beni già specificati per cui la regola non veniva applicata operando la diversa regola valida per i beni fungibili; la seconda faceva riferimento ai casi in cui le parti avessero previsto una clausola di riserva consistente nell'obbligo di fornire beni propri o di fornitori indicati di modo che in caso di impossibilità di approvvigionamento si applica la regola dei beni infungibili. Stessa regola veniva applicata quando una simile clausola, inespressa, potesse desumersi dall'interpretazione del contratto: in più occasioni il debitore è stato liberato quando il bene, inizialmente di facile reperibilità, fosse successivamente divenuto raro<sup>662</sup>. Diversa la sorte dei contratti sinallagmatici, il debitore liberato a seguito di impossibilità a lui non imputabile perdeva il diritto a ricevere la controprestazione, salvo i casi previsti da norme speciali<sup>663</sup>. Senza contare poi la facoltà per il creditore di surrogarsi nei diritti dei terzi responsabili dell'impossibilità. Se la prestazione del debitore diveniva impossibile dopo l'adempimento del creditore, questi avrebbe potuto ripetere quanto prestato in virtù delle regole relative all'ingiustificato arricchimento<sup>664</sup>. Nell'eventualità in cui l'impossibilità potesse essere imputabile al creditore il debitore poteva esigere la prestazione da questi dovuta se, invece, l'impossibilità può essere imputata ad entrambi, la giurisprudenza modificando l'orientamento precedente, attuava una ripartizione dei danni concedendo un parziale risarcimento alla parte ritenuta meno responsabile<sup>665</sup>. Quattro i rimedi esperibili in caso di colpevolezza del debitore: risarcimento per inadempimento; risoluzione del contratto; rifiuto del proprio inadempimento; surrogazione nei diritti del debitore nei confronti dei terzi che comporta però l'obbligo per il creditore di svolgere la propria prestazione<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> MARKESINIS, LORENZ e DANEMANN, op. cit., pag. 409, e le sentenze del 23.2.1904 e del 12.11.1923 nelle quali la Corte ritiene che le parti hanno considerato solo i mercati interni.

<sup>663</sup> Spesso la dottrina richiamava i casi della creditore in ora § 324, della vendita per corrispondenza §447, del patto di riservato dominio §455.

<sup>664</sup> Note comparative di SACCO, voce *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in Digesto IV, vol XVIII, Torino, 1998, pag. 53.

<sup>665</sup> Sentenza del Bundesgerichtshof del 8.12.1980, in Vers. R, 1981, pag. 426.

<sup>666</sup> MARKESINIS, LORENZ e DANEMANN, op. cit., pag. 411 i quali rilevano come il legislatore aveva voluto imporre alcuni limiti alla discrezionalità del creditore nella scelta del mezzo per tutelarsi.

## Le sopravvenienze non impossibilitanti

Prima della riforma del 2002, nell'ordinamento tedesco, non esisteva alcuna disciplina codicistica relativa alle sopravvenienze non impossibilitanti<sup>667</sup>. La lacuna era sostanzialmente dovuta ad 'an era of stability, optimism, and legal positivism' e, solo successivamente alla sua entrata in vigore, i periodi di forte depressione economica hanno indotto i giudici a cercare di sopperire la mancanza. La situazione potrebbe sembrare del tutto anomala soprattutto in considerazione del fatto che il tema delle sopravvenienze non impossibilitanti è stata per lungo tempo al centro dell'attenzione della dottrina tedesca antecedente il BGB, la pandettistica, alla quale vengono attribuite svariate rielaborazioni della clausola *rebus sic stantibus*. Quest'ultima pur essendo stata recepita in diverse codificazioni tedesche preunitarie quali il *Codex Maximilianeus Bavaricus* e l'*Allgemeines Landesrecht* venne successivamente rigettata dalla dottrina del *Germeines Recht* e dalla Scuola storica. Solo grazie alla pandettistica si assiste al ritorno in auge della clausola *rebus sic stantibus* mediante lo studio dell'istituto della presupposizione<sup>668</sup>. In particolare il tema delle sopravvenienze veniva affrontato con riguardo alla tutela del contraente che ne subiva gli effetti attraverso l'istituto della presupposizione *Voraussetzung*, attribuendo così rilevanza giuridica ai motivi che avevano indotto le parti alla stipula del contratto. I motivi finiscono per avere la stessa rilevanza giuridica delle condizioni inesprese, l'immutabilità delle circostanze presenti alla stipula vengono ritenute essenziali quando, a causa di un cambiamento, la parte o le parti non possono più conseguire l'obiettivo prefissatosi al momento della conclusione. La teoria, conosciuta come *Lehre von der Vorraussetzung*, è stata criticata in quanto si tratterebbe di una condizione inespressa o non sviluppata che si pone a metà tra il motivo individuale e la condizione espressa dalla quale dipendono gli effetti del contratto<sup>669</sup>. Altro motivo di critica è la sua idoneità a minacciare la sicurezza delle contrattazioni; la volontà delle parti deve essere integralmente esplicitata nel contratto non potendo attribuire alcuna rilevanza ai motivi delle parti salvo che questi non fossero espressamente indicati. Il contesto nel quale fu redatto il BGB appare assai conflittuale: da un lato si annoverano coloro che attribuiscono rilevanza giuridica alla teoria sopra esposta e coloro che si battono per l'applicazione rigorosa della opposta regola *pacta sunt servanda*.

---

<sup>667</sup> STOTTER, *Die Mangelhafte Geschäftsgrundlage* in Mietrecht, in NJW, 1971, pag. 2281 per il quale nel codice sono previsti rimedi specifici per le sopravvenienze non impossibilitanti in certe tipologie contrattuali come il contratto di locazione. In tale situazione la normativa speciale prevale determinando anche particolari applicazioni del rimedio generale di origine giurisprudenziale.

<sup>668</sup> ZWEIGERT –KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band II: Institutionen, Tübingen, 1884, pag. 240.

<sup>669</sup> LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung*, in AcP, 74, 1889, pag. 213 secondo il quale non esisterebbe una figura intermedia tra motivo irrilevante e condizione.

## L'eccessiva onerosità sopravvenuta

È con la teoria della impossibilità economica che successivamente alla entrata in vigore del BGB si cerca di attribuire rilevanza alle sopravvenienze non impossibilitanti. Pur ritenendo rilevante solo l'impossibilità oggettiva, tale teoria ha tentato di graduare il concetto di impossibilità, allargandone l'ambito oltre quello della impossibilità assoluta<sup>670</sup>. Proprio in riferimento alla relatività o assolutezza della impossibilità la dottrina tradizionale aveva individuato tre diverse fonti di impossibilità: per un verso quella giuridica e quella naturale riconducibili all'impossibilità assoluta e, per altro verso, e quella economica riconducibile all'impossibilità relativa. Per costante orientamento giurisprudenziale è indiscussa la rilevanza giuridica della impossibilità assoluta ritenendo che sia l'impossibilità fisica<sup>671</sup> che quella giuridica<sup>672</sup> siano fonte di liberazione del debitore. Dibattuta è invece la rilevanza giuridica della impossibilità relativa nella forma della impossibilità economica collegata alla eccessiva onerosità. Riconoscendo la rilevanza di questa forma di impossibilità, il *Reichsgericht* aveva tentato di trovare un rimedio alla eccessiva onerosità sopravvenuta di una delle prestazioni, ampliando il campo di applicazione della impossibilità, in particolare §325 che disciplinava l'impossibilità parziale. In sostanza, la teoria dell'impossibilità economica equipara alle cause naturali che rendono la prestazione impossibile e alle cause giuridiche che la rendono inesigibile tutte quelle circostanze che rendono la prestazione eccessivamente onerosa. La fattispecie, ritenuta rilevante dalla giurisprudenza di inizio XX secolo, rappresenta uno dei primi tentativi di accordare tutela al debitore danneggiato da un aumento del costo della sua prestazione dovuto ad eventi straordinari: in un primo momento si cercava di applicare per via analogica alcune norme che prendevano in considerazione l'eccessiva onerosità sopravvenuta in riferimento ad alcuni contratti speciali, successivamente è stato necessario un ampliamento del concetto di impossibilità sopravvenuta<sup>673</sup>. Il vecchio §279 stabiliva che il debitore non era liberato, salvo rare eccezioni, sino a quando un bene di una certa categoria potesse essere fornito. Parte della giurisprudenza, sull'assunto che all'impossibilità fisica potesse essere assimilata quella economica, ha ritenuto che pretendere dal debitore l'adempimento nei casi in cui questi avesse incontrato nell'adempimento un grado di difficoltà tale da essere equiparata alla

---

<sup>670</sup> DAVID, *L'imprévision dans les droits européens*, in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Marseille, 1974, pag. 216.

<sup>671</sup> Sentenza del 24.10.1905 relativa alla distruzione di un immobile a seguito di incendio e sentenza del 3.2.1912 relativa alla distruzione di semi di barbabietole a seguito di siccità.

<sup>672</sup> Sentenza relativa a casi di embargo del 28.6.1918 e del 30.10.1916; HAMMER, op. cit. pag. 62.

<sup>673</sup> Sentenza del 19.5.1920 che accoglie il principio generale di buona fede sia in fase di interpretazione che di adempimento del contratto.

impossibilità e tale da stravolgere il contratto iniziale, fosse contrario al principio di buona fede<sup>674</sup>. Con la pronuncia del *Reichsgericht* del 1898 si inaugura quel filone giurisprudenziale che individua il concetto di *Wirtschaftliche Unmöglichkeit wegen Aenderung des Leistungsinhalt*. Applicato nel primo dopoguerra al solo contratto di compravendita tale concetto fu esteso anche ad altri contratti sino ad arrivare ad affermare che quando una prestazione venga modificata in modo significativo nel suo valore essa sarebbe divenuta economicamente impossibile. Una sentenza del *Reichsgericht* del 1918 introdusse una nuova fattispecie di impossibilità economica, quella divenuta inesigibile in base al principio di buona fede di cui §157 e 242 BGB. Due dunque le tipologie di eventi in grado di rendere la prestazione impossibile: le sopravvenienze che, incidendo sul valore della prestazione, la stravolgono rendendola diversa da quella originariamente pattuita e quelle che rendono la prestazione inesigibile<sup>675</sup>. La posizione, condivisa dal *Reichsgericht* non fu condivisa da alcune sezioni dello stesso supremo tribunale che escludeva che una alterazione del valore dei beni, anche se di ingente valore, potesse valere a liberare il debitore<sup>676</sup>; il giudice non avrebbe alcun potere di correzione dei contratti divenuti eccessivamente onerosi nemmeno quelli divenuti tali in caso di guerra<sup>677</sup>. Il debitore poteva essere liberato solo laddove gli fosse impossibile procurarsi il bene oggetto della prestazione in uno dei mercati alternativi. Il netto rifiuto di considerare impossibile la prestazione del grossista e del fabbricante, quella parte della giurisprudenza che aveva sostenuto il contrario si affrettava a mutare il suo orientamento ritenendo che l'impossibilità economica va valutata in relazione alla circostanza per la quale il mantenimento del contratto sarebbe per il debitore una rovina economica<sup>678</sup>. Anche questa posizione fu criticata in quanto avrebbe condotto ad una discriminazione ingiustificata tra debitori solventi e debitori insolventi con svantaggi a scapito dei primi nei soli confronti dei quali avrebbe avuto valore il principio di vincolatività del contratto<sup>679</sup>. Detta critica<sup>680</sup> aveva perciò distolto dal tentativo di estendere all'eccessiva onerosità i mezzi di tutela contro l'impossibilità sopravvenuta mediante l'ampliamento del concetto di impossibilità che, peraltro, oltre ad allargare con un criterio soggettivo i confini di un concetto oggettivo facendogli perdere la propria identità oggettiva non tiene conto della inadeguatezza del rimedio previsto dal codice contro l'impossibilità assoluta, estendendo la possibilità di sciogliere il vincolo contrattuale anche nelle ipotesi in cui le parti avrebbero avuto interesse a proseguire il

<sup>674</sup> La prima pronuncia in tal senso è quella del 6.7.1898 in cui il debitore venne liberato perché la prestazione era divenuta economicamente impossibile; Ancora sentenza del 23.2.1904.

<sup>675</sup> ZWEIGERT-KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tubingen, 1984, pag. 242.

<sup>676</sup> Sentenza del 21.3.1916 per la quale essendo i debitori dei commercianti, non dovevano essere sorpresi dalla fluttuazione dei prezzi.

<sup>677</sup> MARKESINIS, LORENZ, DANEMANN, op. cit, pag. 530 che richiama la sentenza del 4.5.1914 in cui una parte aveva chiesto al giudice di liberarlo da una obbligazione divenuta troppo gravosa a causa della guerra.

<sup>678</sup> Sentenza del 2.12.1919; MARKESINIS, LORENZ, DANEMANN, op. cit, pag. 522.

<sup>679</sup> MARKESINIS, LORENZ, DANEMANN, op. cit, pag. 568; sentenza del 29.11.1921, in RGZ, 103, pag. 177.

<sup>680</sup> Sentenza del 3.3.1920, in RGZ, 101, pag. 74 che rigetta la tesi dell'impossibilità economica a causa della prevedibilità delle sopravvenienze.

rapporto, anche su basi diverse, configurandosi l'intervento del giudice come forzatura. Progressivamente si è giunti ad abbandonare il tentativo di trovare un rimedio alle sopravvenienze attraverso il concetto di impossibilità economica. L'unico mezzo di tutela per il debitore contro le sopravvenienze non impossibilitanti è stato individuato nell'istituto della *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Come già innanzi detto solo con la grave depressione economica post bellica si ha nell'ordinamento tedesco il recepimento di una rinnovata teoria della presupposizione<sup>681</sup>. Oertmann riteneva, infatti, che le motivazioni inesprese delle parti non avessero alcuna rilevanza che, invece, doveva essere accordata solo alle motivazioni espresse e conosciute da controparte. Oertmann, sostituendo al concetto di presupposizione caro a Windscheid, quello di *Geschäftsgrundlage* affermò la rilevanza di quest'ultimo solo qualora questo fosse conosciuto alle parti come fondamento del contratto<sup>682</sup>.

### **La posizione della giurisprudenza e la teoria della Geschäftsgrundlage**

Durante il periodo post bellico, la grave crisi economica della Germania indusse la giurisprudenza a rivedere la sua posizione onde trovare un rimedio alla forte svalutazione monetaria, il ReichsMark<sup>683</sup>. Ad inaugurare questa nuovo filone fu una storica sentenza del 1920 nella quale, per la prima volta, fu messo in discussione il divieto del giudice di intervenire sul contratto modificando la volontà delle parti indicata nel medesimo<sup>684</sup>. Solo dopo diversi anni, caratterizzati da incertezze e tentativi di trovare una soluzione all'interno del codice, il *Reichsgericht* ritenne fosse arrivato il momento di dover accogliere i suggerimenti della dottrina, dando così finalmente rilevanza a quelle circostanze che, verificatesi successivamente alla conclusione del contratto, avessero alterato il sinallagma contrattuale<sup>685</sup>. Con una successiva e decisiva sentenza del 1923 il *Reichsgericht*, sopperendo alla lacuna legislativa, decise di abbandonare il principio nominalistico tipico delle

---

<sup>681</sup> DAWSON, *The effects of inflation in private contracts: Germany 1914-1924*, in 33 Mich. L. Rev., pag. 171.

<sup>682</sup> LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftsweg*, in AcP, 121, 1923, pag. 1.

<sup>683</sup> GEHM, *Der Begriff der Geschäftsgrundlage und seiner Anwendung in der neueren Rechtsprechung des Reichsgericht*, Göttingen, 1932, pag. 38.

<sup>684</sup> Sentenza del 21.9. 1920 in RGZ, 100, pag. 129 nella quale si precisa che il compito del giudice è quello di adeguare la legge alle esigenze della vita e di tener conto della buona fede nell'adempimento; al giudice spetta intervenire sul contratto divenuto iniquo.

<sup>685</sup> Con la sentenza del 3.2.1922 in RG, 103, pag. 328 si recepisce la teoria di Oertmann.

obbligazioni pecuniarie<sup>686</sup>; si consentì così al giudice di riformare la volontà delle parti. Tanto era possibile solo se erano soddisfatte tre condizioni: persistesse la volontà delle parti di proseguire il rapporto; si trattasse di una riforma equa e, infine, l'intervento dovesse avvenire solo in casi di eccezionali mutamenti delle circostanze<sup>687</sup>. La pronuncia è singolare in quanto si pone in aperto conflitto con il codice<sup>688</sup>; gli stessi giudici, successivamente ad essa continuavano ad auspicare un intervento legislativo. È intuibile come questo orientamento giurisprudenziale, ponendosi in conflitto con lo stesso legislatore, non trovasse molto terreno fertile: solo apparentemente il conflitto tra potere legislativo e giudiziale fu sanato con l'emanazione di un successivo atto legislativo, la *Aufvertungsgesetz* che, condividendo le motivazioni di quella pronuncia, consentiva solo in alcuni contratti una riduzione della somma convenuta, con una percentuale fissata in modo uguale per tutti rispetto al valore del vecchio debito. In realtà, detto provvedimento, adottato per evitare i ritardi derivanti dall'intervento dei giudici sul contratto, ebbe scarsa rilevanza in quanto il suo ambito di applicazione fu limitato solo a poche fattispecie contrattuali<sup>689</sup>. La sentenza del 1923 aveva un altro aspetto rilevante: la rivalutazione della somma poteva essere effettuata non solo ai contratti in corso ma anche a quelli già adempiuti o, ancora, quelli che erano stati oggetto di transazione o di sentenza giudiziale<sup>690</sup>. Il numero dei casi posti all'attenzione delle Corti fu tale da porre in crisi la magistratura<sup>691</sup>. Il rimedio concesso dalla Corte in caso di impossibilità non era rappresentato dallo scioglimento del vincolo contrattuale con conseguente restituzione di quanto versato ma bensì dalla riduzione della prestazione della prestazione. Tale sentenza è stata solo la precursore di quella del 28 novembre 1923 che è la sentenza che, definitivamente, sancì l'abbandono del principio nominalistico. Essa limitò, però, il suo ambito di applicazione ai soli casi di deprezzamento monetario, imprevedibili e gravosi, evidenziando che in presenza di queste condizioni la permanenza del principio nominalistico mal si sarebbe conciliato con il valori dell'equità e della buona fede di cui §242 BGB<sup>692</sup>. Si tratta di una sentenza che indica alcuni dei principi su cui si fonda la nuova disciplina delle sopravvenienze e, in primis, il principio in virtù del quale non ogni evento imprevedibile giustificherebbe la concessione della tutela ma solo quello che produca una significativa modifica o il venir meno delle circostanze sulle quali poggia il contratto (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) di guisa che costringere le parti alla prosecuzione del rapporto sarebbe stato contrario alla legge e al principio di buona fede. Ebbene, non sempre la svalutazione

---

<sup>686</sup> SCHMIDT, *Geld und in Privatrecht*, in JuS, 1984, pag. 738. l'autore si occupa delle obbligazioni monetarie e del principio nominalistico.

<sup>687</sup> Sentenza del 6.1.1923, in RGZ, 106, pag. 7; 6.1.1923, in RGZ, 106, pag. 11.

<sup>688</sup> DAWSON, *The effects of inflation*, cit., pag. 238; DAWSON, *Judicial revision of frustrated Contracts*, pag. 1048.

<sup>689</sup> DAWSON, *The effects of inflation*, cit., pag. 213.

<sup>690</sup> MARKESINIS, LORENZ, DANEMANN, op. cit, pag. 526.

<sup>691</sup> NUSSBAUM, *Money in the law*, 1950, pag. 206.

<sup>692</sup> RGZ, 107, pag. 78; LIPSTEIN in MARKESINIS, LORENZ, DANEMANN, op. cit, pag. 574.

monetaria da luogo alla concessione del rimedio; tale concessione è rimessa alla valutazione del giudice. Altro principio affermato nella sentenza sarebbe stato quello per cui la concessione del rimedio non avrebbe comportato lo scioglimento del contratto ma la rivalutazione monetaria della prestazione; in questo modo la Corte finge di continuare a rispettare il principio *pacta sunt servanda* che a suo dire non doveva mai essere abbandonato<sup>693</sup>. È evidente, con la sentenza del 23 novembre 1923 il *Reichsgericht* aveva gettato le basi per una disciplina dei rimedi contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta del tutto autonoma rispetto a quei rimedi previsti dal codice. Una simile disciplina avrebbe, piuttosto, trovato il suo fondamento giuridico nella interpretazione estensiva del §242 accogliendo la teoria della presupposizione più volte ignorata nel passato dai redattori del BGB. Applicando il rimedio della buona fede la giurisprudenza colmò la lacuna legislativa in tema di rimedi contro gli effetti della grave crisi economica. A tal fine, essa aveva utilizzato la rielaborazione di Oerteman della teoria della *Geschäftsgrundlage* per la quale il venir meno della *Geschäftsgrundlage* sarebbe giuridicamente rilevante per la tutela della parte danneggiata. Tale teoria fu successivamente ripresa da un altro studioso, Larenz che distinse tra *subjektive* e *objektive Geschäftsgrundlage* ovvero tra circostanze presupposte oggettive e soggettive, limitando solo alle prime la tutela delle parti mediante la teoria della *Geschäftsgrundlage*<sup>694</sup>. A ben guardare anche questa teoria oggettivistica avrebbe avuto qualche prodromo nella dottrina del primo dopoguerra<sup>695</sup> ma è solo durante il secondo dopoguerra che riuscì ad affermarsi palesemente. Ritornando alla distinzione tra circostanze presupposte soggettive e oggettive, rientrerebbero tra le prime le motivazioni personali che hanno indotto alla stipula e che, essendo note alla controparte e determinando il contenuto stesso del contratto, differirebbero dai motivi, giuridicamente irrilevanti. Il venir meno delle circostanze soggettive comporterebbe un errore sul motivo di cui al § 119 BGB con conseguente scioglimento del vincolo. Vanno annoverate tra le circostanze oggettive, invece, tutti quegli eventi esterni la cui esistenza è presunta al momento della conclusione del contratto. Tra esse si distingueva tra due diverse categorie di elementi: la *Aquivalenz Prinzip* cioè la presunta e comune considerazione che le prestazioni avessero lo stesso valore economico e il *Gemeines Vertragszweck* cioè il comune scopo delle parti di riconoscere rilevanza giuridica sia alle sopravvenienze che andassero ad alterare l'equivalenza economica delle prestazioni (*Aquivalenzstörung*) sia alla impossibilità di conseguire lo scopo rilevante del contratto senza che la prestazione fosse divenuta impossibile (*Zweckverteilung*). Ancora Larenz, in riferimento ai rimedi, riteneva opportuno per la prima categoria l'adeguamento e per la seconda lo scioglimento salvo che le parti avessero manifestato la volontà di conservazione del vincolo. Successivamente, altri studiosi

---

<sup>693</sup> Sentenza del 23.10.1952, in JZ, 1952, pag. 152.

<sup>694</sup> LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, pag. 185.

<sup>695</sup> KRUCKMANN, op. cit., e di LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, cit. pag. 1.

si soffermarono su questa teoria, cercando di approfondire il rapporto tra presupposti oggettivi e soggettivi evidenziando che quelli soggettivi, caratterizzati dalla rappresentazione della realtà che le parti avevano al momento della conclusione del contratto, sarebbero venuti meno qualora alle parti si fossero presentate delle circostanze che non avevano preventivato<sup>696</sup>. La ricostruzione, che rendeva molto labile il confine tra motivo individuale (irrilevante) e presupposto oggettivo rendeva difficile l'individuazione della stessa nozione di *subjektive Geschäftsgrundlage*. Senza contare poi, che se questo presupposto fosse coinciso con il motivo comune alle parti allora sarebbe risultata ardua la distinzione con quest'ultimo vista per ambedue l'ambito di applicazione sovrapposto con conseguente conflittom normativo tra il §119 BGB in riferimento a quel tipo di errore e il § 242. In particolare, nella prima norma il rimedio previsto era quello della nullità mentre per il venir meno della *Geschäftsgrundlage* la giurisprudenza aveva previsto l'adattamento del contratto alle nuove circostanze. Dunque, è proprio sotto il profilo degli effetti che assumono rilevanza le diverse tesi dottrinali sul rimedio applicabile in casi di *subjektive Geschäftsgrundlage*. La distinzione, approfondita da qualche autore<sup>697</sup> è stata aspramente criticata<sup>698</sup> e non è mancato chi ha cercato di trovare una sorta di compromesso sostenendo che la *Geschäftsgrundlage* verrebbe meno tutte le volte in cui fosse venuta meno una circostanza che, nota a controparte, era stata determinante per indurre l'altro contraente alla conclusione del contratto ma anche quando verrebbe meno una circostanza esterna la cui sussistenza era considerata dalle parti fondamentale. La teoria di compromesso fu un caso isolato di distinzione tra le due tipologie di *Geschäftsgrundlage* in quanto essa risulta essere assai difficile e irrilevante dal punto di vista pratico avendo la giurisprudenza previsto per ambedue la stessa tutela<sup>699</sup>. A questa duplice visione di *Geschäftsgrundlage*, a partire dagli anni '80 si sostituisce un concetto unitario di *Geschäftsgrundlage* che legittima l'intervento del giudice solo qualora fossero compromessi i valori dell'equivalenza delle prestazioni e della inesigibilità della prestazione secondo buona fede quando questa fosse divenuta eccessivamente onerosa<sup>700</sup>.

---

<sup>696</sup> FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, Munchen, 1971, pag. 15.

<sup>697</sup> WIEACKER, *Zur Rechtstheoretischen Prazisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1965, pag. 20.

<sup>698</sup> SCHMIDT-RIMPLER, *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für H.C.Nipperdey*, Munchen, 1955, pag.1.

<sup>699</sup> LEHMANN, *Allgemein Teil des BGB*, 16 ufl., pag. 288.

<sup>700</sup> CHIOTTELIS, *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, Mungen, 1981, pag. 29.



## **Ambito di applicazione e requisiti della *Geschäftsgrundlage***

Nonostante le numerose ricostruzioni dottrinali della *Geschäftsgrundlage*, l'istituto ha una origine giurisprudenziale per cui tanto i requisiti per il riconoscimento della situazione protetta che i mezzi di tutela contro le sue lesioni sono stati individuati dai giudici che invece di fermarsi alle affermazioni di principio della tesi prescelta hanno preferito fare riferimento ad elementi concreti. Ragion per cui per poter comprendere la regola adottata dalla giurisprudenza nella concessione del rimedio non si può prescindere dai casi concreti. Capire se una circostanza possa o meno essere invocata in giudizio quale lesione del presupposto contrattuale non è che solo una delle fasi per valutare la concessione del rimedio; non tutte le sopravvenienze che alteravano i presupposti contrattuali erano considerate rilevanti ma solo quelle che incidevano in maniera rilevante tale da rendere la prestazione inesigibile in base al principio generale di buona fede § 242 BGB. Non privo di rilevanza è il fatto che sino alla recente riforma del 2002, avendo l'istituto una matrice giurisprudenziale, in caso di sopravvenienze non impossibilitanti era il giudice a decidere il mezzo più adeguato alla tutela delle parti. Due, quindi, le caratteristiche del modello tedesco dove ha prevalso il formante giurisprudenziale: l'ambito delle sopravvenienze rilevanti e il tipo di rimedio da concedere. In merito ai requisiti necessari per la concessione della tutela se ne segnalano tre: la circostanza che veniva meno doveva essere effettivamente il fondamento del contratto; la sopravvenienza deve aver determinato una modifica sostanziale delle circostanze poste a fondamento del contratto, deve cioè esorbitare dall'alea del rischio del debitore e, infine, la prestazione deve diventare inesigibile §242 in base al principio di buona fede, principio che sarebbe intervenuto solo quando la prestazione non fosse già viziata in altro modo, ovvero quando il debitore non fosse tutelabile attraverso alcuna altra norma<sup>701</sup>.

---

<sup>701</sup> STOTTER, *Versuch zur Präzisierung des Begriff der mangelhaften Geschäftsgrundlage*, pag. 173.

## Ulteriori precisazioni

Distaccata dai dibattiti dottrinali, la giurisprudenza aveva fornito una sua definizione di *Geschäftsgrundlage* quale insieme di circostanze la cui sussistenza o il cui verificarsi fossero ritenuti fondamentali, al momento della stipula, da entrambe le parti o da una sola di esse ma conosciute all'altra. È proprio sul permanere di dette circostanze o sul loro verificarsi che le parti modellano il contenuto del contratto<sup>702</sup>. La definizione evidenzia come la giurisprudenza non ha operato alcuna scelta tra le due teorizzazioni della *Geschäftsgrundlage* (oggettiva e soggettiva) optando in alcuni casi per l'una altre volte per l'altra. Accogliendo, inizialmente, la tesi oggettiva di Oertmann<sup>703</sup>, il *Reichsgerichtshof* escludeva il ricorso alla tutela tutte le volte in cui la sopravvenienza rientrava tra le aspettative delle parti per modificare, in un secondo momento il suo atteggiamento dando maggiore importanza al contesto generale del contratto, senza mai evitare di prendere posizione a favore di una o dell'altra concezione, preferendo combinarle alternativamente con altri elementi, comportando, inevitabilmente, una perdita di importanza della definizione stessa di *Geschäftsgrundlage*<sup>704</sup>. La posizione della giurisprudenza è chiara: piuttosto che aderire all'una o all'altra teoria ha preferito concentrarsi sulla tipologia concreta dell'evento sopravvenuto con la conseguente sola distinzione tra due grandi categorie di sopravvenienze non impossibilitanti cioè quella in cui si è avuta una lesione dell'equivalenza delle prestazioni e quella in cui è divenuto impossibile raggiungere l'obiettivo comune alle parti. In relazione al venir meno della iniziale equivalenza economica delle prestazioni, in più occasioni la giurisprudenza ha chiarito che ai fini della concessione del rimedio non è sufficiente la sola svalutazione monetaria<sup>705</sup>. In merito, invece, alla impossibilità di raggiungere l'obiettivo che ciascuna parte si era prefissata con la conclusione del contratto senza che le prestazioni siano diventate impossibili ma solo inutili allo scopo, la dottrina si era premurata di indicare i casi in cui la lesione si fosse verificata alla luce del principio generale per il quale i motivi delle parti sono giuridicamente irrilevanti<sup>706</sup>. Viene così ad essere designato il concetto di *zweiteres Vertragszweck* vale a dire lo scopo ulteriore rispetto alla causa stessa del contratto, che, *prima facie*, potrebbe essere individuato nello scopo comune alle parti in quanto da esse convenuto, esplicitamente o implicitamente. Il concetto è stato meglio delineato dalla dottrina successiva che ha evidenziato come tale scopo avrebbe potuto essere individuato in base al tenore stesso del contratto, distinguendone la rilevanza da quella del suo

---

<sup>702</sup> Sentenza del 25.2.1993, in BGHZ, 121, pag. 378.

<sup>703</sup> Sentenza del 3.2.1922, in RGZ, 103, PAG. 328.

<sup>704</sup> FIKENTSCHER, op. cit., pag. 19.ws

<sup>705</sup> Sentenza del 6.1.1923 in RGZ, 106, pag. 7.

<sup>706</sup> LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963, pag. 91.

contenuto<sup>707</sup>. Si escludeva l'identificazione tra l'obbligazione di risultato e lo scopo ulteriore alla causa del contratto sull'assunto che mentre la prima rientrerebbe nel tessuto negoziale ovvero sarebbe irrilevante per l'ordinamento mentre il secondo assumerebbe rilevanza grazie all'istituto della *Geschäftsgrundlage*<sup>708</sup>. Ancora, il contenuto del contratto assumerebbe rilevanza mediante la sua interpretazione integrativa laddove lo scopo non fosse stato esplicitato dalle parti mentre lo scopo del creditore rilevarebbe solo quando fosse diventato una circostanza o un punto di riferimento del regolamento contrattuale. Le due posizioni andrebbe ulteriormente distinte in quanto la prima potrebbe rappresentare un punto di riferimento per individuare il secondo punto e solo una volta individuato quest'ultimo si applicherebbero le regole della *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. Esse assumerebbero rilevanza dal punto di vista delle conseguenze delle sopravvenienze, applicandosi nella prima ipotesi quanto convenuto dalle parti e nella seconda il rimedio previsto per le lesioni della *Geschäftsgrundlage*. Nonostante la giurisprudenza avesse più volte affermato il principio in virtù del quale il rischio del mancato raggiungimento dell'obiettivo dovesse essere sopportato dalla parte stessa si sono registrate diverse sentenze che, in casi particolari, accordavano tutela al soggetto che non aveva potuto raggiungere il suo *zweitere Zweck* a causa di una sopravvenienza qualificata<sup>709</sup>. Nello specifico, si sono avuti casi in cui la prestazione di una delle parti, pur essendo ancora possibile, sarebbe stata inutile per la controparte: è il caso della *ObersLandes Gericht* relativo alla locazione di un auditorium finalizzata ad un concerto successivamente impossibile a causa della sopravvenuta malattia dell'artista che doveva esibirsi. In quel caso la Corte si espresse a favore dell'affittuario consentendogli di ripetere quanto versato a titolo di anticipazione e liberandolo dall'ulteriore debito<sup>710</sup>. Ancora, in un altro caso, *Bohrhammerfall*, relativa ad un imprenditore che dopo aver ordinato una ingente quantità di martelli pneumatici si era trovato nella impossibilità di utilizzarli, la Corte, pur precisando che nel contratto le parti avevano ommesso di indicare che i martelli dovevano esseri utilizzati nelle miniere che nel frattempo erano divenute della Germania dell'Est, applico il rimedio §242 sull'assunto che la consegna sarebbe avvenuta in quella zona costituiva il presupposto fondamentale del contratto, presupposto venuto meno a seguito della divisione della Germania. Altre sentenze riguardano i contratti relativi a beni resi inutilizzabili a seguito della rivoluzione iraniana<sup>711</sup>, della guerra del golfo<sup>712</sup> e alla caduta del muro di Berlino<sup>713</sup>. Nella prima di queste sentenze la Corte, in realtà,

---

<sup>707</sup> KOHLER, *Unmöglichkeitung Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen* im Schuldverhältnisse, Munchen, 1971, pag. 121.

<sup>708</sup> HUBER, *Verpflichtungszweck*, in JuS, 1972, pag. 57.

<sup>709</sup> Sentenza del 8.2.1984, in NJW, 1984, pag. 1746 per cui il rischio di non poter utilizzare i beni deve ricadere sull'acquirente.

<sup>710</sup> OLG Bremen 18.3.1952, in NJW, 1953, pag. 1393.

<sup>711</sup> Bundesgerichtshof del 11.3.1982, in BGHZ 83, pag. 197.

<sup>712</sup> OLG Karlsruhe del 15.5.1992, in NJW, 1992, pag. 3176 in cui si applica la teoria della Geschäftsgrundlage.

ribadendo la validità del principio *pacta sunt servanda* e aveva diviso le perdite economiche tra le parti condannando l'acquirente a versare la metà dei profitti che gli sarebbero pervenuti con la conclusione dell'affare, applicando così la teoria dello *zweitere Zweck*. In precedenza, i giudici, per valutare se concedere la tutela, individuavano la parte che dovesse sopportare il peso della sopravvenienza, dando così rilevanza solo a quelle che gravavano sul creditore<sup>714</sup>, il nuovo orientamento ripartiva i rischi tra le parti<sup>715</sup>. L'ambito di applicazione della *Geschäftsgrundlage* fu ulteriormente circoscritto dal fatto che ai fini della sua applicazione la giurisprudenza non riteneva che non tutte le sopravvenienze potevano ritenersi rilevanti ma solo quelle che ne comportavano una modifica sostanziale intercorsa tra la conclusione del contratto e il momento dell'adempimento; rientrano in tale fattispecie anche quelle alterazioni che, pur prodotta prima della conclusione, fosse conosciuta alle parti dopo tale momento<sup>716</sup>. A ben guardare, però, la giurisprudenza non ha mai adottato un criterio univoco, facendo dipendere la rilevanza dal caso concreto della modifica e dalla sua prevedibilità. La posizione era condivisa anche dalla dottrina che, in riferimento alla modifica della situazione, sostenne la rilevanza dell'aspetto soggettivo della *Grundllage*, considerando rilevante quella modifica che ricorre quando la parte non avrebbe concluso il contratto se l'avesse conosciuta, aggiungendo che l'assunzione del rischio della modifica l'avrebbe fatta ritenere ugualmente irrilevante. Nella prassi bisognava comunque distinguere se a venir meno fosse l'equivalenza delle prestazioni o lo scopo contrattuale. Qualche dibattito si creò tra chi sostenne che la modifica potesse essere quantificata in modo percentuale<sup>717</sup> e chi, pur condividendo in teoria la possibilità di individuare una soglia di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione rispetto all'altra, preferì far riferimento a criteri diversi quali la prevedibilità della alterazione e il risultato che entrambe le parti si erano prefissate mediante la conclusione del contratto<sup>718</sup>. Altro requisito richiesto dalla giurisprudenza era quello della *Unzumtbarkeit* cioè l'inesigibilità della prestazione in base al principio generale di buona fede §242 BGB, principio che si è rivelato essere determinante per l'accoglimento della teoria della *Geschäftsgrundlage*. Se la giurisprudenza ne avesse indicato in maniera puntuale i confini, il requisito della inesigibilità della prestazione avrebbe potuto essere uno dei punti cardini della disciplina. In realtà, la giurisprudenza non aveva mai attribuito un preciso significato a quel requisito, limitandosi a mere affermazioni di principio per le quali vi sarebbe stata una lesione della

---

<sup>713</sup> EBKE, *Legal Implications of German Reunification*, in 24 *The International Lawyer*, pag. 1130.

<sup>714</sup> Sentenza del 8.2.1978, in *JZ*, 1978, pag. 235.

<sup>715</sup> Pronuncia del BGH del 14.10.1992, in *NJW*, 1993, pag. 259.

<sup>716</sup> BGH, 25.2.1993, in *BGHZ*, 121, pag. 378.

<sup>717</sup> KEGEL, op. cit., pag. 202 il quale sostiene che l'eccessiva onerosità comporta un incremento o un decremento del 25% del valore della prestazione.

<sup>718</sup> FIKENTSCHER, op. cit., pag. 35. L'autore sostiene che la lesione dovesse colpire la cd. *Vertrauensgrundlage* del contratto e dovesse essere calcolata non solo in base al contenuto del contratto ma anche in base alle aspettative delle parti; MEDICUS, op. cit., pag. 332 per il quale le condizioni economiche del debitore sono irrilevanti.

*Geschäftsgrundlage* quando il risultato ottenibile con l'adempimento sarebbe risultato inaccettabile per le regole del diritto e dell'equità<sup>719</sup>. In tal modo l'applicazione del rimedio sarebbe confinata ai soli casi in cui, secondo le regole della buona fede, la prestazione del debitore non sarebbe potuta essere richiesta; la prestazione sarebbe inesigibile quando non sarebbe stata esigibile<sup>720</sup>. Parte della dottrina affermò che tale atteggiamento avrebbe condotto all'assorbimento della *Wegfall der Geschäftsgrundlage* nella più ampia categoria della *Unzumutbarkeit*, di cui sarebbe divenuta una delle tante fattispecie. Tanto stimolò la giurisprudenza successiva a una definizione di *Geschäftsgrundlage*; si trattò di una definizione vicina alle teorie oggettive per cui si verificerebbe una sua lesione solo quando il suo mantenimento in vita risulterebbe incompatibile con il suo scopo<sup>721</sup>. Anche questa presa di posizione prestò il fianco alle critiche della dottrina che fece rilevare come un simile atteggiamento nei confronti del concetto di inesigibilità, il giudice conservava ampio potere discrezionale nel decidere quando il debitore era inadempiente o quando doveva essere liberato con conseguente minaccia alla certezza del diritto<sup>722</sup>. La giurisprudenza, anche alla luce dell'assenza di una presa di posizione della dottrina, tentò di ricollegare anche la ragionevolezza della pretesa al rischio che le parti avevano assunto nonché alla prevedibilità delle sopravvenienze accordando la tutela solo a fronte di quelle sopravvenienze che non erano prevedibili. Era del tutto fuori luogo che potesse essere pretesa solo la prestazione il cui rischio di alterazione era a carico del creditore e non anche quella posta a carico del debitore. Proprio seguendo tale ragionamento il requisito della *Unzumutbarkeit* fu assorbito, per la dottrina, nella valutazione degli interessi tra le parti e nella ripartizione tra loro del rischio, arrivando così a perdere la sua individualità<sup>723</sup>. Attraverso tale requisito, successivamente abbandonato dalla dottrina, la giurisprudenza riusciva a giustificare il suo intervento in numerosi casi, mantenendo la propria discrezionalità nell'applicazione dei rimedi previsti per i casi di lesione della *Geschäftsgrundlage*. La dottrina più accorta fa rilevare come tutti gli elementi ritenuti sin ora indispensabili erano passati in secondo ordine per lasciare il passo ad un unico concetto fondamentale: la ripartizione, legale o consensuale, dei rischi tra le parti di modo che non fosse esigibile la prestazione divenuta eccessivamente onerosa qualora il rischio di tale eventualità fosse allo stesso modo ripartito<sup>724</sup>. Si capisce che il concetto di *Geschäftsgrundlage* viene cooptato in quello di ripartizione dei rischi. A questo punto ci si interroga sulle modalità di individuazione di

---

<sup>719</sup> BGH LM nr. 51 §242.

<sup>720</sup> KOHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971, pag. 117.

<sup>721</sup> Sentenza del 14.6.1951, in BGHZ 2, pag. 288.

<sup>722</sup> KOHLER, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München, 1971, pag. 119.

<sup>723</sup> ULMER, *Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung*, in AcP, 174, 1974, pag. 167.

<sup>724</sup> HAMMER, op. cit. pag. 53.

tale ripartizione che deve essere fatta alla luce sia delle disposizioni contrattuali che delle previsioni normative<sup>725</sup>. Una simile affermazione di principio aveva acceso un vivace dibattito in seno alla dottrina: la prima questione che si pose fu capire il rapporto che doveva intercorrere tra la volontà delle parti e l'istituto della *Geschäftsgrundlage*, con particolare riguardo al ruolo della interpretazione negoziale in relazione con tale istituto; la seconda, invece, riguardò le norme giuridiche rilevanti ai fini della ripartizione del rischio e il loro rapporto con l'istituto. A tal proposito non si può fare a meno di citare la teoria di uno studioso che ha voluto circoscrivere l'ambito di indagine distinguendo il concetto di *Geschäftsgrundlage* cioè delle sue regole sia dal contenuto del contratto sia da ciò che è disciplinato dall'ordinamento sia da ciò che è giuridicamente irrilevante. Secondo questa ricostruzione, la *Geschäftsgrundlage* non può corrispondere al contenuto del contratto quale insieme di regole previste dalle parti in aggiunta a quelle previste dall'ordinamento relative alla distribuzione dei rischi<sup>726</sup>. In relazione a ciò che sarebbe giuridicamente irrilevante, questa si baserebbe sul concetto di *Wesentlichkeit* cioè della rilevanza degli effetti della sopravvenienza sul contratto; è proprio su tale concetto e non su quello di prevedibilità che si baserebbe la differenza tra situazioni protette mediante l'istituto della *Geschäftsgrundlage* e situazioni giuridicamente irrilevanti. In quest'ottica, la disciplina della *Geschäftsgrundlage* sarebbe suppletiva, avrebbe cioè operato solo in assenza di una specifica norma. Altro autore, di recente, fa una distinzione basata sugli effetti dell'istituto per cui due sarebbero le principali problematiche: l'individuazione dell'ambito di applicazione attraverso altri istituti e i rapporti tra la ripartizione dei rischi della sopravvenienza e le lesioni della *Geschäftsgrundlage*. Un ruolo chiave, dunque, assumerebbe l'operazione ermeneutica finalizzata ad individuare la volontà delle parti nella ripartizione dei rischi. Secondo alcuni vi sarebbe una identificazione tra contenuto del contratto e *Geschäftsgrundlage* sull'assunto che quest'ultima altro non sarebbe che il contenuto inesplicito del contratto, soprattutto in relazione alla ripartizione dei rischi, da accertare tramite l'interpretazione del contratto stesso<sup>727</sup>. Altra parte della dottrina non condivide e ribadisce la differenza tra i due istituti pur confermando che l'operazione ermeneutica è finalizzata alla distribuzione dei costi delle sopravvenienze<sup>728</sup>. In realtà, l'operazione ermeneutica può solo individuare le modalità in cui le parti avevano ripartito i costi<sup>729</sup> ma non i suoi effetti<sup>730</sup>. Tanto

---

<sup>725</sup> MEDICUS, *Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage*, in Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, 1979, pag. 629.

<sup>726</sup> MEDICUS, op. cit., pag. 330 che distingue la ripartizione convenzionale e ripartizione legale dei rischi.

<sup>727</sup> NICKLISCH, *Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagelehre*, in BB, 1980, pag. 49 per cui sia l'interpretazione estensiva che la *geschäftsgrundlage* avrebbero la stessa funzione, configurandosi, dunque, quali livelli successivi di una stessa operazione.

<sup>728</sup> LITTBARSKY, *Neutrale Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage*, in JZ, 1981, pag. 8 secondo cui l'identificazione fra i due istituti sarebbe una operazione troppo approssimativa.

<sup>729</sup> FIKENTSCHER, op. cit. pag. 34 che osserva come tale operazione fosse insufficiente essendoci anche altre regole per la ripartizione dei rischi.

<sup>730</sup> FLUME, *Allgemein Teil des BGB*, Berlino, 1975, pag. 520.

evidenza come l'istituto della *Geschäftsgrundlage* ponesse a carico di una sola delle parti quei rischi che le parti stesse non avessero esplicitamente previsto. Questo avveniva non solo alla luce della volontà delle parti ma anche in considerazione delle norme previste in materia di ripartizione dei rischi nei singoli contratti tipici e, ancora, secondo le regole di equità. Ovviamente, anche tale teoria aveva elaborato dei criteri per la ripartizione dei rischi ma, proprio tenendo conto di tali criteri, ci si rese conto che doveva essere preso in considerazione il concetto di prevedibilità della sopravvenienza che consentiva di distinguere l'ipotesi di una lacuna volontaria di una parte, ossia quella dovuta alla volontà delle parti di ripartire il rischio della sopravvenienza in modo non difforme dalla prassi contrattuale o da quanto previsto dalla legge e la lacuna involontaria riguardante una sopravvenienza non prevista dalle parti, potendosi solo in questo ultimo caso dirsi che esisteva effettivamente una lacuna nel contratto che avrebbe potuto aprire lo spazio all'applicazione di un rimedio che le parti di fatto non avrebbero potuto prevedere.

### **Il rimedio dell'*Anpassung* (adeguamento)**

Prima della recente riforma del 2002 il dibattito della dottrina verteva oltre che sulla individuazione delle sopravvenienze rilevanti anche sulla individuazione del rimedio previsto per i casi di lesione della *Geschäftsgrundlage*. In passato la dottrina aveva ricondotto la lesione nell'ambito di altri istituti onde giustificare l'applicazione dei rimedi previsti dall'ordinamento: fu il caso del *Zweckstorung* ricondotto sotto l'ombrello delle *Leistungsverstorungen* con conseguente applicazione delle regole relative all'impossibilità sopravvenuta<sup>731</sup> o, ancora, il caso della riconduzione dei casi di lesione della *subjektive Geschäftsgrundlage* al vizio del motivo con conseguente applicazione delle norme a esso dedicate<sup>732</sup>. La giurisprudenza aveva sempre ritenuto opportuno distinguere i casi di lesione della *Geschäftsgrundlage* da altre patologie o vizi funzionali del contrattopredendo per i primi il rimedio dell'adeguamento (*Anpassung*) e per le seconde rimedi previsti dalla legge: nullità (*Nichtigkeit*) o scioglimento del contratto (*Auflösung*). Da sempre, inoltre, i giudici si erano dimostrati gelosi della loro discrezionalità nell'individuazione del rimedio più adeguato al ripristino del fondamento contrattuale leso dalla sopravvenienza, pur preferendo, con il favore della dottrina maggioritaria<sup>733</sup>, allo scioglimento del vincolo l'adeguamento del contratto alle nuove circostanze in modo da ripartire tra le parti il costo

---

<sup>731</sup> BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstorung*, Tubigen, 1969, pag. 106.

<sup>732</sup> WIEACKER, *Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und clausola rebus sic stantibus*, pag. 241.

<sup>733</sup> LARENZ, *Die Geschäftsgrundlage*, cit., pag. 159.

dell'evento perturbativo. La discrezionalità consentiva ai giudici di intervenire per revisionare il contratto utilizzando diversi strumenti. La prassi trae origine da un vecchio orientamento giurisprudenziale che, accanto a quelle pronunce che estendevano alla sopravvenienze non impossibilitanti i rimedi classici previsti per i casi di impossibilità e, in particolare quello *Auflosung*, prevedeva per il giudice di intervenire, in presenza di certe condizioni, su contratto, permettendogli di ricostruire l'equilibrio contrattuale. Tale rimedio (adeguamento) era quello preferito dalla giurisprudenza allo scioglimento del contratto che veniva adottato in *extrema ratio*, solo quando la rinegoziazione risultava impossibile<sup>734</sup>; in tutte le altre ipotesi la giurisprudenza elaborava soluzioni anche originali pur di mantenere in vita il contratto. Nei contratti in cui una delle prestazioni era divenuta eccessivamente onerosa le Corti talora intervenivano mediante la rivalutazione della prestazione talaltra, invece, era la stessa prestazione era stata la stessa prestazione ad essere resa meno gravosa al fine di ripristinare l'iniziale equilibrio con una controprestazione il cui valore era sensibilmente diminuito. Si segnalano casi in cui i giudici invece di aumentare o diminuire il valore della prestazione avevano sostituito il bene oggetto della prestazioni<sup>735</sup>. Nei contratti con prestazioni a carico di una sola parte e, in particolare nei contratti di rendita vitalizia, la giurisprudenza dopo aver escluso ogni rivalutazione<sup>736</sup> decise di effettuare autoritativamente un aumento della somma erogata, onde evitare una forte ingiustizia<sup>737</sup>. Il potere discrezionale del giudice finalizzato al riadattamento del contratto alle nuove circostanze ha alimentato forti dibattiti in seno alla dottrina. A parere della dottrina dominante, sostenuta da una parte della giurisprudenza, il giudice avrebbe dovuto limitarsi ad accogliere le proposte delle parti, intervenendo solo in caso di mancato raggiungimento dell'accordo; per la giurisprudenza dominante, invece, il potere del giudice si spingeva sino a poter imporre alle parti un nuovo regolamento contrattuale frutto della sua discrezionalità<sup>738</sup>. Incertezze anche sugli effetti dell'adeguamento in quanto mentre per la giurisprudenza il contratto rinnovato aveva effetti solo *ex nunc*<sup>739</sup> a parere della dottrina, in teoria, il contratto rinnovato poteva avere anche effetti retroattivi, la decisione sarebbe spettata al giudice. Il potere discrezionale dei giudici consentì agli stessi di esercitare uno stretto controllo sui prezzi e sull'inflazione soprattutto in momenti in cui organostatali preposti non riuscivano a tenerla sotto controllo<sup>740</sup>. Finalizzate a porre un freno a tale discrezionalità, la prassi introduce nei contratti di durata le cd. *Anpassungsklauseln* vale a dire

---

<sup>734</sup> BGH del 13.11.1976, in NJW, 1976, pag. 565.

<sup>735</sup> Sentenza del 2.3.1971, in JZ, 1972, pag. 120.

<sup>736</sup> STOTTER, *Der Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen Kaufkraftminderung bei Gehalts*, in DB, 1966, pag. 809.

<sup>737</sup> Sentenza del 28.5. 1973 in BGHZ, 61, pag. 31.

<sup>738</sup> KOHLER, *Rückwirkende Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnisse*, in *Festschrift für E. Steindorf zum 70.*, Berlino, 1990, pag. 615.

<sup>739</sup> Sentenza del BGH del 2. 5. 1972, in GBHZ, 58, pag. 355.

<sup>740</sup> HUBER, *Der gerechte preis*, in *Festschrift für Ernst Steindorf*, pag. 589.



clausole di adattamento del contratto al verificarsi di eventi previsti dalle parti<sup>741</sup>. A tal proposito, parte della dottrina riteneva che il giudice avrebbe avuto la facoltà di intervenire in modo discrezionale solo in assenza di dette clausole mentre per altra parte l'operatività del giudice non sarebbe stata limitata dalla presenza di queste clausole ma anzi poteva addirittura correggere le clausole di *Anpassung* che si ponessero in contrasto con il principio di buona fede §242 BGB<sup>742</sup>. Sull'assunto che tra le clausole di adeguamento potessero essere ricomprese anche quelle di rinegoziazione si pensò, indipendentemente dalla loro esplicita previsione, che tali clausole dovessero essere considerate presunte nei contratti di durata e che, tra i principi generali delle obbligazioni, vi sarebbe stato un obbligo generale di rinegoziazione gravante sui contraenti, richiedendosi al giudice di tutelare la parte interessata alla riforma del contratto<sup>743</sup>. L'esigenza aveva suggerito, in sede di riforma del BGB, di aggiungere un capoverso al §242 che evidenziasse un simile obbligo a carico di entrambe le parti nei casi in cui la prestazione, per cause non rientranti nella sfera di controllo del debitore, fosse divenuta eccessivamente onerosa nonché una modifica del §315 in riferimento alla determinazione della prestazione secondo equità ad opera di uno dei contraenti. La proposta fu accolta solo parzialmente dalla Commissione di riforma che ha codificato l'istituto della *Wegfall der Geschäftsgrundlage*. In realtà la presenza o meno di simili obblighi ha acceso un vivace dibattito dottrinale prima della entrata in vigore della riforma: alcuni, infatti, sostenevano che alcuni simili obblighi fossero già presenti nell'ordinamento a vario titoli per altri tale tesi sarebbe priva di riscontro nel diritto positivo<sup>744</sup>.

---

<sup>741</sup> STEINDORF, *Vorvertrag zur Vertragsänderung*, in BB, 1983, pag. 1127.

<sup>742</sup> BAUR, op. cit., pag. 908 il quale estende la regola della *Wegfall der Geschäftsgrundlage* a tutte le parti del contratto comprese le clausole di adattamento.

<sup>743</sup> HORN, op. cit., pag. 276.

<sup>744</sup> MARTINEK, *Die Lehre von den Neuhandlungspflichten*, in AcP, 1998, pag. 329.

## La situazione post riforma

La riforma del 2002 che ha interessato l'ordinamento tedesco ha inciso profondamente sulla disciplina delle conseguenze dell'impossibilità della prestazione, ampliando l'ambito di operatività dell'istituto della inesigibilità (*Unerheblichkeit*) mediante la radicale modifica della norma che lo disciplinava §275 BGB, in accoglimento alle critiche della dottrina relative alla sua categorica contrapposizione alla impossibilità soggettiva (*Unvermögen*). A questo allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina corrisponde, sul fronte degli effetti, una attenuazione delle conseguenze che si avvicinano sempre più a quelle relative all'inadempimento imputabile al debitore. Gli articoli del BGB che sono stati interessati dalla riforma sono stati il §276 ( relativo alle conseguenze dell'obbligazione divenuta impossibile, *Leistungsgefahr*) che ha subito delle aggiunte, il §279 che è stato abrogato e i §§280 e 281 completamente riformulati nonché una modifica sostanziale dei §§323 e 326 relativi ai costi della controprestazione ( *Preisgefahr*). Il precedente §275 che liberava il debitore in caso di impossibilità assoluta della prestazione è stato completamente modificato: in sostanza alle ipotesi di impossibilità assoluta sono state equiparate quelle di inaccessibilità della prestazione<sup>745</sup> (*Unerschwinndlichkeit*) e di impossibilità soggettiva per le prestazioni personali<sup>746</sup>. La modifica, dunque, fa venir meno la differenza fra impossibilità oggettiva e impossibilità soggettiva tipica della disciplina dell'inadempimento, con conseguente peggioramento della posizione del creditore. Significativa appare anche la nuova rubricazione del §275 BGB ossia cessazione dell'obbligo di adempimento. La norma si compone di quattro commi: il primo ribadisce che il debitore non potrà pretendere la prestazione sino a quando la medesima non sarà possibile per il debitore. A parere della dottrina maggioritaria, la norma, nella sua nuova formulazione, non farebbe più alcun distinguo tra impossibilità oggettiva e impossibilità soggettiva, impossibilità iniziale e imposita sopravvenuta e tra impossibilità imputabile al debitore e impossibilità non imputabile considerando rilevante ogni tipologia di inesigibilità della prestazione (*Unerfullbarkeit*). Ebbene, a differenza della vecchia formulazione del §275, l'impossibilità soggettiva non è più causa di liberazione del debitore salvo che per le prestazioni personali<sup>747</sup>. Il concetto di inesigibilità della prestazione (*Unmöglichkeit*) ricomprende ora fattispecie prima escluse: rientra sicuramente l'impossibilità di adempiere la prestazione dovuta a leggi della natura o dall'attuale livello di conoscenze tecniche e scientifiche come pure rientrano l'impossibilità giuridica e quella soggettiva; qualche dubbio, invece sulla impossibilità economica *Wirtschaftliche Unmöglichkeit* in quanto prevista dal §313 che codifica la teoria della *Wegfall des*

---

<sup>745</sup> STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungen*, in JZ, 2001, pag. 589.

<sup>746</sup> HUBER, FAUST, op. cit., pag. 56.

<sup>747</sup> WILHELM, *Nachtragliche Unmöglichkeit und Nachtragliches unvermögen*, in JZ, 2001, pag. 223.

*Geschäftsgrundlage*. Nei commi due e tre del § 275 si codifica il concetto, elaborato dalla dottrina e recepito dalla giurisprudenza, della inesigibilità (*Unzumutbarkeit*): il nuovo concetto di rifiutabilità (*rectius* di inesigibilità) sostituirebbe il vecchio concetto di impossibilità assoluta; tale nuovo concetto, infatti, sarebbe idoneo a ricomprendere sia le ipotesi di impossibilità assoluta sia altre forme di difficoltà dell'adempimento quale l'impossibilità economica. La nuova formulazione attribuisce un ruolo chiave all'interesse del creditore in quanto ai fini della sussistenza della inesigibilità è necessario che in seguito ad una valutazione comparativa, alla luce del contenuto del rapporto obbligatorio e delle regole di buona fede, tra l'interesse del creditore e i maggiorati costi per l'adempimento del debitore, sussista una grossa sproporzione; in tal caso il debitore può rifiutare l'adempimento della prestazione. Non solo l'impossibilità ma ogni generica ipotesi di inesigibilità costituirebbe una valida eccezione alla richiesta del creditore. Il nuovo §326 BGB prevede che tutte le volte in cui la prestazione diviene inesigibile il debitore perde il diritto alla controprestazione con ripetizione di quanto anticipatamente ottenuto. Va considerato, però, che un allargamento di tale entità del concetto di impossibilità comporta la perdita della sua posizione centrale all'interno della categoria delle inesigibilità (*Leistungstorungen*) a favore del concetto di lesione dell'obbligazione o comunque del mancato adempimento che, a sua volta, avrebbe rimpiazzato il concetto di inadempimento imputabile al debitore<sup>748</sup>. In passato il fulcro della disciplina era rappresentato dalla corrispondenza tra inadempimento non imputabile e impossibilità della prestazione ora avendo perso quest'ultimo le caratteristiche definitorie assolute è necessario, nel nuovo sistema, l'elaborazione di un nuovo concetto. Tre le principali conseguenze giuridiche della inesigibilità della prestazione: la liberazione del debitore di adempiere; è causa di invalidità del contratto; è fonte di responsabilità del debitore. Il nuovo §280 indica proprio i limiti e i presupposti della responsabilità del debitore: in precedenza era l'inadempimento imputabile a controparte fonte di responsabilità contrattuale ora si impone il concetto di lesione del rapporto obbligatorio comprensivo anche di altri impedimenti alla prestazione indipendenti dalla volontà del debitore, sino ad arrivare al criterio oggettivo del mancato adempimento. In quanto ai rimedi, configurandosi la lesione del rapporto obbligatorio sia in caso di inadempimento volontario sia in caso di impossibilità della prestazione si prevede un risarcimento per i danni subiti dal creditore, indipendentemente dall'imputabilità dell'inadempimento. Quindi se dal un lato sono state ampliate le ipotesi di impossibilità della prestazione liberando il debitore, dall'altro sono stati ampliati i casi di risarcibilità del danno da mancata prestazione: si riconosce al creditore il diritto ad un risarcimento per equivalente anche se l'inadempimento non può essere imputabile al debitore né a titolo di dolo né a titolo di colpa. In sostanza, la riforma ha eliminato ogni distinzione tra

---

<sup>748</sup> SCHAPP, *Empfänger es sich die Pflichtverletzung als Genrralbestand des Leistungsstorungsrechts*, in JZ, 2001, pag. 583 che definisce il concetto in senso più ampio rispetto alla semplice lesione del rapporto obbligatorio.

inadempimento colpevole e impossibilità non imputabile, riconoscendo al creditore un diritto al risarcimento a carico del debitore, a prescindere dalla causa del mancato adempimento<sup>749</sup>. Vengono così ripartiti i costi delle sopravvenienze. Lo si ribadisce con la riforma, in accoglimento alle indicazioni della dottrina e della giurisprudenza, si modifica la disciplina delle sopravvenienze non impossibilitanti con la codificazione dell'istituto della *Wegfall der Geschäftsgrundlage* e la modifica del §313 rubricato lesione del fondamento negoziale. Si è altresì prevista al §314 un diritto di recesso per giusta causa dei contratti di durata. In buona sostanza il legislatore accoglie le teorie elaborate dalla dottrina in materia di *Geschäftsgrundlage* ampliando le ipotesi di lesione della stessa e prevede quale rimedio a tali situazioni l'adeguamento lasciando lo scioglimento del contratto solo in *extrema ratio*. Una definizione mobile di *Störung der Geschäftsgrundlage* non contribuisce a limitare la discrezionalità dei giudici che sono vincolati solo nel rimedio da concedere. Vengono indicati solo alcuni elementi che il giudice dovrebbe tener presente per il riadeguamento mentre si lasciano al suo potere discrezionale l'apprezzamento delle circostanze concrete. È evidente che la norma in esame, fornendo una definizione assai ampia dell'istituto, non risolve gli interrogativi posti dalla dottrina e dalla giurisprudenza; inevitabilmente toccherà alla dottrina restringere il suo campo di applicazione riattinando a quei criteri elaborati prima della entrata in vigore della riforma. Molte le questioni che la dottrina sarà chiamata ad affrontare: in primis, la compatibilità della riforma con la restante disciplina delle inesigibilità ma anche la linea di confine tra inesigibilità e eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione in vista anche dei diversi rimedi: lo scioglimento del vincolo nel primo caso e il riadattamento nel secondo. In assenza di una presa di posizione in tal senso si ipotizzano due diverse situazioni: una prima teoria sostiene il carattere speciale del §313 rispetto al § 275 per cui alle ipotesi che rientrano nel campo di applicazione delle due norme si applicherebbe la prima norma e, di conseguenza, il rimedio dell'*Anpassung* (adattamento). Il rimedio della conservazione del vincolo, dunque, sarebbe l'unico applicabile ai casi di sopravvenuta distruzione del presupposto oggettivo riguardante l'iniziale equivalenza tra le prestazioni mentre nelle ipotesi di distruzione dello scopo dello scambio bisognerebbe distinguere tra sopravvenuta inutilità della prestazione poiché lo scopo dello scambio era già stato ottenuto dal creditore indipendentemente dalla stessa e *Störung der Verwendungszweck* nei quali è il creditore a non avere più alcun interesse alla prestazione e per i quali dovrebbe applicarsi il rimedio dell'*Anpassung* di cui al § 313. Diversa teoria, invece, sostiene che il § 313 sarebbe solo una norma accessoria per cui dovrebbe applicarsi solo nei casi in cui il debitore non sia liberato così come previsto dal § 275. Ci si chiede se l'entrata in vigore della riforma modifichi sostanzialmente le regole per la ripartizione dei rischi in materia di *Leistungsstörungen*; scettica si è mostrata la

---

<sup>749</sup> MOTSCH, *Risikoverteilung im allgmein Leistungsstorungsrecht*, in JZ, 2001, pag. 428 per il quale i rimedi contro le sopravvenienze hanno riacquisito l'unitarietà perduta nel codice per il quale era rilevante solo l'impossibilità assoluta.

dottrina la quale ha evidenziato che la ripartizione dei rischi previsti dalla riforma altro non è che quanto affermatosi nella prassi. Nella sostanza spetta alla giurisprudenza stabilire i criteri di applicazione dei rimedi previsti con la speranza che preferisca l'adeguamento salvo le ipotesi in cui risulti effettivamente impossibile o irragionevole. Alla luce di tutto quanto sopra esposto, in sintesi, si può dire che nel modello tedesco vi era una netta distinzione tra sopravvenienze impossibilitanti e non; solo le prime avevano una disciplina codicistica mentre per le seconde la tutela avveniva in base a un rimedio elaborato da dottrina e giurisprudenza. La novella ha codificato questo rimedio ma lascia pressochè inalterata la discrezionalità dei giudici nella individuazione delle situazioni rilevanti. Qualche autore ha criticato aspramente la riforma sull'assunto che, indipendentemente dalla fonte del rimedio, anche le sopravvenienze non impossibilitanti dovrebbero essere annoverate nella categoria delle inesigibilità, essendo comune a tale categoria la *ratio* della tutela, cioè la ripartizione dei costi delle sopravvenienze fra le parti. Anche successivamente all'entrata in vigore della riforma le due ipotesi dovranno trovare una loro distinta applicazione visto che mentre l'impossibilità della prestazione ha sempre comportato lo scioglimento del contratto, nei casi di rottura dell'equilibrio contrattuale la giurisprudenza ha sempre applicato il rimedio dell'adattamento; scelta recepita anche nella riforma del 2002.

### Capitolo terzo

**Un caso ‘particolare di sopravvenienza contrattuale’: l’usurarietà sopravvenuta alla luce della legge 108/96**

## **Introduzione**

Dopo aver analizzato la disciplina delle sopravvenienze contrattuali nell'ordinamento italiano e, dopo averla messa a confronto con quella degli altri ordinamenti quali quello tedesco, francese, inglese e americano, il presente lavoro passa all'analisi di una tipologia 'pratica' di sopravvenienza: l'eccessiva onerosità sopravvenuta dei mutui derivante dalla entrata in vigore della legge 108/96. Assai interessante appare lo scenario dottrinale e giurisprudenziale in merito al regime transitorio dei mutui stipulati in data antecedente all'entrata in vigore della legge antiusura ma che avrebbero avuto esecuzione nel periodo di piena vigenza di detta legge. A oltre un decennio dall'entrata in vigore della legge ancora si registrano giudizi pendenti in ordine al tasso di interesse da corrispondere. Alla luce delle argomentazioni esposte nei capitoli precedenti che evidenziano come al verificarsi di una sopravvenienza le soluzioni condivise sono quelle che garantiscono i migliori risultati, si propone anche in questo caso una nuova pattuizione degli interessi, magari avvalendosi di istituti di nuova introduzione il cui obiettivo è quello di ripristinare un buon rapporto tra le parti e, conseguentemente, deflazionare i carichi giudiziari in proposito.

## La situazione prima della legge antiusura

Il concetto di usura nel Codice del 1865<sup>750</sup> era tanto elastica in riferimento alla valutazione quantitativa degli interessi o di altri vantaggi dati o premessi quanto ben determinata negli ulteriori elementi dell'approfittamento del soggetto attivo e dello stato di bisogno della vittima tanto da consentire ad una parte della dottrina<sup>751</sup> e della giurisprudenza<sup>752</sup> di sostenere che il negozio usurario fosse nullo per illiceità della causa o per contrarietà a norma imperativa penale; l'operatività della sanzione civile era subordinata all'accertamento dei presupposti oggettivi e soggettivi. In realtà la tesi della nullità del contratto usurario è stata sempre criticata: si dubitava, infatti, della possibilità di considerare nullo un accordo patrimoniale che, seppur concluso realizzando un fatto criminoso, non appariva investito dal divieto penale. L'art. 644 c.p. non intendeva proibire il perseguimento di interessi sottesi al contratto usurario ma mirava a punire il comportamento di approfittamento dell'altrui stato di bisogno realizzato dall'usuraio<sup>753</sup>. Senza contare poi che così delineato il reato di usura ha prodotto, sotto il profilo civilistico, il suo accostamento alla lesione. Va considerato poi, che l'usura rientrava nei 'reati in contratto' costituiti da reati contro il patrimonio realizzati con la cooperazione artificiosa della vittima, cioè attraverso un atto di disposizione patrimoniale del soggetto passivo carpito con mezzi illeciti. È evidente, lo si ripete, che la finalità della legge non era quello di sanzionare la finalità economica dell'operazione ma punire il comportamento di approfittamento tenuto da uno dei contraenti in danno dell'altro al fine di ottenere la prestazione usuraria<sup>754</sup>. Dal punto di vista civile, quindi, l'illiceità penale del fatto non incideva sul giudizio di validità del negozio, con conseguente inapplicabilità della nullità virtuale<sup>755</sup> ex art. 1418 c. 1 c.c. Tale norma, infatti, invocata in combinato disposto con la norma imperativa di volta in volta violata, consentiva di colpire con la sanzione della nullità il contratto illegale, seppur una tale possibilità non era espressamente prevista dalla stessa norma imperativa. La teoria della nullità virtuale, però, non sembrava sostenibile almeno per due ragioni: in primis, per l'esistenza di uno specifico rimedio quale l'azione generale di rescissione per lesione di cui all'art. 1418 c.1 c.c. in virtù del quale è nullo il contratto contrario a norme imperative salvo che la legge disponga diversamente; in secondo luogo non tutte le violazioni di norme penali legittimano la

---

<sup>750</sup> Il vecchio codice prevedeva il principio della libertà convenzionale degli interessi.

<sup>751</sup> MESSINA, *Usura e negozio usurario in Scritti Giuridici*, V, Milano, 1948.

<sup>752</sup> App. Milano, 9.7.1937 in Foro Lomb., 1937, pag. 327; Cass. 28.6.1946, n. 772, in Giur. It., 1948, I, pag. 49.

<sup>753</sup> FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in Riv. Dir. Comm, 1975, pag. 282

<sup>754</sup> LEONCINI, *I rapporti tra contratti, reati contratto e reati in contratto*, in Riv. It. Dir. E proc. Pen. 1990, pag. 1056;

TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in Riv. Dir. Priv., 1997, pag. 487.

<sup>755</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 1998, pag. 924.



nullità del contratto, se non espressamente prevista dalla legge. Una simile soluzione è giustificata solo quando si contravviene ad un precetto penale che sanziona il regolamento contrattuale in sé cioè si punisce il comportamento negoziale di entrambi i contraenti; è il caso dei 'reati-contratto' nei quali oggetto del giudizio di disvalore espresso dalla norma penale è la conclusione del contratto come tale, l'assetto di interessi perseguito dalle parti. Inoltre, essendo il contratto usurario privo di un contenuto penalmente rilevante, non poteva considerarsi nullo né ai sensi dell'art. 1418 c. 2 c.c. né ai sensi dell'art 1343 c.c (illiceità della causa) né dell'art. 1346 c.c. (illiceità dell'oggetto) né tantomeno per illiceità dei motivi comuni ad entrambi i contraenti (art. 1345 c.c.). L'unico rimedio invocabile, quindi, era la previsione di carattere generale di cui all'art. 1448 c.c. (rescissione per lesione) e quella speciale di cui all'art. 1815 c. 2 c.c. Ad ogni modo, a fronte della nullità del contratto usurario previsto dal Codice Rocco, il legislatore del 1942, attraverso una serie di interventi normativi, predispone nuove e più efficaci tutele. Completamente stravolto è l'istituto della rescissione: si prevede una disciplina generale che non solo ricomprende la prevedente ipotesi di rescissione della vendita di immobili ma coincide, altresì, con il reato di usura. Presupposto delle due fattispecie è il comportamento di colui che, approfittando dello stato di bisogno della controparte, ne approfitta per trarne vantaggio<sup>756</sup>. Dalle relazioni accompagnatorie si evince che lo scopo della introduzione dell'istituto della rescissione è quello di reprimere civilisticamente l'usura e che ricomprende ipotesi non previste dal reato di usura, nel senso che nella rescissione civilistica del contratto sono ricomprese ipotesi non previsti dal reato di usura. Il concetto di *ultra dimidium*, ereditato dal codice del 1865, limita la discrezionalità del giudice nella valutazione del caso concreto, onde evitare che l'istituto possa essere utilizzato per neutralizzare il principio di equivalenza soggettiva o per evitare un giudizio *ex post* sulla convenienza dell'affare. È evidente, che il legislatore fa della rescissione l'equivalente civilistico dell'usura della quale deve essere la conseguenza. Il concetto di usura fa inoltre ingresso nel codice del '42 anche attraverso l'art. 1815 comma 2 che, in relazione al contratto di mutuo, sancisce la nullità della clausola con la quale si pattuiscono interessi usurari e la loro riduzione *ex lege* alla misura legale<sup>757</sup>. Il legislatore, inoltre, si preoccupa di introdurre una serie di norme che sanzionano diverse ipotesi di pattuizioni usurarie: l'art. 1384 c.c. relativa alla riduzione giudiziale della clausola penale eccessivamente onerosa<sup>758</sup>; l'art. 1500 comma 2 c.c. che rende nullo per l'eccedenza il patto con cui, nella vendita con patto di riscatto, si convenga la restituzione di un prezzo superiore a quello pattuito al momento della vendita; l'art. 1526 comma 2 c.c. che consente la riduzione giudiziale dell'indennità convenuta per

---

<sup>756</sup> APICELLA, *Profili civilistici dell'usura*, 2002, pag. 26.

<sup>757</sup> Dalla Relazione al Re n. 204 si capisce che trattasi di una ipotesi di riduzione legale della clausola usuraria finalizzata alla conservazione del rapporto; QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in Tratt. Rescigno, XI, Torino, 1984, pag. 561.

<sup>758</sup> È dalla Relazione al Re n. 35 che si evince la connessione di tale norma con l'usura.

il caso di risoluzione della vendita con riserva di proprietà. Solo per il patto commissorio si prevede la sanzione della nullità che non comporta né l'estinzione del credito (garantita dalla cosa data in pegno o in ipoteca) né l'estinzione delle garanzie. Altre volte la sanzione prevista è quella della nullità parziale o della riduzione delle clausole usurarie ( artt. 1815 c. 2 e 1500 c. 2), altre ancora la riconduzione ad equità del rapporto con la tutela della parte lesa (artt 1384, 1526 c. 2). Il quadro normativo appena evidenziato mostra l'intenzione del legislatore di sottrarre il rapporto usurario alla sanzione della nullità per evitare un ulteriore danno alla vittima. Unica pecca di questo nuovo assetto è la mancata indicazione del rapporto tra nozione di usura e lesione. Tanto ha favorito i diversi tentativi di coordinamento tra l'art. 644 c.p. e l'art. 1448 e 1815 c.2 da parte di dottrina e giurisprudenza. In particolare l'attenzione si concentra sul rapporto tra nozione civilistica e penalistica dell'usura nonché tra questa e la rescissione. Parte della dottrina propende per una netta distinzione tra nozione civilistica e penalistica di usura sull'assunto che la norma penale sanziona solo il mutuo di denaro o di altre cose fungibili, estromettendo così la nozione penalistica di usura dall'istituto della rescissione, privo di tutela penale e che coincide con l'art. 1815 c. 2. c.c. Senza contare poi, che la nozione penalistica di usura è assai più ristretta rispetto a quella civilistica poiché la prima sanziona solo le condotte usurarie più gravi basate sullo sfruttamento dello stato di bisogno, la seconda fa riferimento all'usura in generale quale squilibrio tra prestazione e controprestazione. Del tutto autonoma, dunque, la sanzione civile rispetto a quella penale. Secondo tale orientamento l'usura riguarderebbe solo il contratto di mutuo, tutte le forma di usura sono sanzionate civilmente ex art. 1815 c.2 e solo quelle più gravi avrebbero rilevanza penale. Altra parte della dottrina, invece, sostiene l'identità tra la nozione di usura e di lesione. All'interno di questo orientamenti c'è chi<sup>759</sup> ritiene che l'istituto della rescissione inglobi la norma penale mentre l'art. 1815 c. 2 c.c. sarebbe una norma speciale prevista solo incaso di mutuo con la previsione di una sanzione diversa ai fini della tutela della vittima e chi<sup>760</sup> sostiene che la disciplina civilistica serve ad evitare al contratto usurario la sanzione della nullità e prevede per il mutuo la riduzione della clausola usuraria mentre per tutte le altre ipotesi prevede la rescissione. A parere di quest'ultimo filone mentre la nozione di rescissione sarebbe diversa dal concetto penalistico di usura vi sarebbe perfetta coincidenza tra il concetto civilistico e penalistico di interesse usurario necessitando l'applicazione dell'art. 1815 c.2 c.c. oltre che dello squilibrio delle prestazioni anche dello stato di bisogno<sup>761</sup>. Altra parte delle dottrina<sup>762</sup>, pur condividendo la coincidenza di concetto tra usura e

---

<sup>759</sup> DE CUPIS, *La distinzione fra usura e lesione nel codice civile vigente*, in *Dir. Fall.*, 1946, pag. 77; DE CUPIS, *Usura e approfittamento dello stato di bisogno*, in *Riv. Dir. civ.*, pag. 1961, I, pag. 504.

<sup>760</sup> DE CUPIS, *Usura e approfittamento dello stato di bisogno*, cit., pag. 83 ' la lesione si differenzia dall'usura perché la sproporzione concerne non una remunerazione accessoria ma la controprestazione principale'.

<sup>761</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II; Padova, 1999, pag. 537.

<sup>762</sup> TALASSANO, *Illecito civile e illecito penale nella lesione enorme*, in *Foro pad.*, 1946, I, pag. 67.

rescissione sostiene che una maggiore estensione della norma civile rispetto a quella penale sull'assunto che per aversi rescissione sia sufficiente un atteggiamento psicologico passivo mentre l'usura si fonda sull'approfittamento dello stato di bisogno altrui. Per altri autori<sup>763</sup> l'art. 1815 c.2 c. avrebbe carattere speciale rispetto sia alla norma penale sia all'art. 1448 c.c. ed è dettata per le ipotesi in cui lo squilibrio tra le prestazioni derivi da abusi perpetrati da soggetti che professionalmente svolgono attività di finanziamento. Ebbene, l'art. 1815 c.2 c.c. non solo avrebbe funzione diversa dalla rescissione, relativamente ai contratti di mutuo ma sanzionerebbe civilisticamente ipotesi non sussumibili nel reato di usura<sup>764</sup>. Diversa la posizione della giurisprudenza che interpreta restrittivamente l'art. 1815 c. 2 c.c. nel senso che la sua applicazione presuppone l'elemento soggettivo idoneo a realizzare il reato di usura; l'usura si distinguerebbe dalla rescissione sotto il profilo soggettivo giacché l'approfittamento di cui parla la norma penale richiede un *quid pluris*. Per la giurisprudenza il contratto usurario, in quanto illecito è nullo; per i mutui la nullità, onde consentire la tutela del contraente debole, riguarderebbe la singola clausola. Si conferma la supremazia della sanzione penale su quella civile: l'unica forma di usura riconosciuta è quella penale, in ambito civilistico la sanzione è la nullità parziale o integrale dell'accordo. La posizione della giurisprudenza ha prestato il fianco alle critiche della dottrina sia perché non tiene conto che il reato di usura si caratterizza per un comportamento illecito di un contraente sia perché il concetto di usura viene inteso come pattuizione vietata di qualsiasi forma di remunerazione del capitale mutuato. La sanzione prevista per reato di usura non tutela un interesse pubblico quindi non giustifica l'illiceità *ex se* del contratto usurario che è contrario a norme imperative per cui la nullità può essere evitata come nel caso dell'usura attraverso la predisposizione da parte dell'ordinamento di sanzioni diverse. L'usura deve essere, inoltre, concepita quale operazione squilibrata tra le prestazioni con conseguente identità tra il concetto di usura e di lesione: l'usura è una forma qualificata di lesione. In questo quadro dottrinale e giurisprudenziale appare sicuramente più corretta l'opinione che sostiene l'identità tra rescissione e usura legando la nozione civilistica di usura alla norma penale, garantendo così la massima tutela alla vittima. La situazione fu peggiorata dalla entrata in vigore della l. 353/ 90 e innalzò il saggio di interessi dal 5 al 10%. La scelta non facilitò la discesa dei tassi, anzi la Corte Costituzionale

---

<sup>763</sup> SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in Giur. It., 1948, I, pag. 49; QUADRI, in *Profili civilistici dell'usura*, in Foro it., 1995, V, pag. 340.

<sup>764</sup> Cass. civ., 15.3.1947, n. 389, in Rep. Foro it., 1947 ' l'usura di cui all'art. 644 c.p. non si identifica con l'ipotesi di lesione oltre la metà contemplata dall'art. 1448 c.c., non avendo il legislatore modificato con le disposizioni in materia di lesione, le norme del codice penale in materia di usura. L'elemento soggettivo del delitto di usura non consiste nella semplice conoscenza dello stato di bisogno dell'altro contraente, bensì nella volontà di porre in essere atti usurari'; Cass. civ., 22.1.1997, n. 926 ' l'elemento caratterizzante il delitto di usura consiste in un comportamento diretto ad operare sulla determinazione della volontà del contraente bisognoso, a differenza della fattispecie civilistica della rescissione del contratto per lesione, nella quale elemento sufficiente è la semplice consapevolezza da parte del contraente avvantaggiato di trarre una sproporzionata utilità economica in conseguenza dello stato di bisogno della controparte'.

evidenziò con sentenza n. 207 del 94 che la predeterminazione del saggio di interessi in misura fissa era destinata ad entrare in crisi in momenti di turbamento economico. Insomma, la legge fu un fallimento. Con la successiva legge 356/92 fu inasprita la pena prevista per il reato di usura e fu introdotto l'art. 644 bis c.p. rubricato 'usura impropria' che sanziona chi, approfittando delle condizioni di difficoltà economica o finanziaria di chi svolge attività imprenditoriale o professionale, si fa dare o promettere interessi o vantaggi usurari. La nozione di stato di bisogno fa largo a quella più generica di difficoltà economica e finanziaria<sup>765</sup>.

### **La legge 108/96: cenni**

Il problema dell'usura s'impone in maniera preponderante negli anni '90 in coincidenza con la crisi economica e occupazionale di quegli anni. Molti imprenditori e commercianti, onde evitare lo spauracchio del fallimento, ricorrono a prestiti a tassi usurari. La situazione è resa ancor più drammatica dall'infiltrazione delle organizzazioni criminali che mirano al controllo di un territorio o di un particolare mercato. Altro aspetto inquietante è che tra vittime e usurai si crea un rapporto di dipendenza psicologica dovuto allo stato di necessità economica delle prime. Il fenomeno assume delle dimensioni tali da coinvolgere vari operatori economici, bancari e finanziari. A fronte di questa situazione una prima risposta del legislatore è stata la l. 356/92 che inasprisce le pene per il reato di usura e introduce l'usura impropria per la configurazione della quale non si richiede lo stato di bisogno ma è sufficiente la difficoltà economica della vittima. La vera svolta si ha però con la legge 108/96 recante 'disposizioni in materia di usura'. Con essa si procede, innanzitutto, ad una oggettivizzazione del reato di usura di cui all'art. 644 c.p. L'articolo, nella sua nuova formulazione, prevede che la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, individuando tale limite nel tasso effettivo globale medio (TEGM) risultante dall'ultima rilevazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, determinato ogni trimestre dal Ministero del Tesoro in riferimento a determinate operazioni di erogazioni del credito, aumentato del 50% (tasso soglia). In precedenza, ai fini della configurabilità del reato di usura era necessario che si approfittasse al momento della conclusione del contratto dello stato di bisogno finanziario della vittima per ottenere interessi usurari; del tutto giuridicamente irrilevante l'ipotesi in cui la dazione di interessi usurari avveniva in uno stato di bisogno sopravvenuto ad una lecita pattuizione. La novella ha eliminato l'elemento soggettivo non rilevando ai fini della sua configurabilità l'approfittamento dello stato di bisogno ma

---

<sup>765</sup> APICELLA, *Profili civilistici dell'usura*, 2002, pag. 35.

essendo sufficiente il semplice superamento del tasso soglia. In secondo luogo la legge antiusura 108/96 modifica l'art. 1815 c.2 c.c. il quale stabilisce che 'se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi'. Nella vecchia formulazione la sanzione prevista era la nullità della clausola del contratto di mutuo e la riduzione automatica del tasso convenzionale a quello legale. Con la riforma non c'è alcuna possibilità di recupero dell'operazione ma si assiste ad una conversione del contratto da onerosa in gratuito.

### **L'applicazione della l. 108/96 ai contratti conclusi anteriormente alla sua entrata in vigore.**

Una delle grosse pecche della nuova legge antiusura è l'assenza della previsione di un regime transitorio per i contratti stipulati in epoca antecedente la sua entrata in vigore ma destinati ad avere esecuzione nel periodo di sua piena vigenza. Il problema interpretativo ha interessato la dottrina e la giurisprudenza sia civile che penale<sup>766</sup>. Il problema si pone in quanto l'art. 644 c.cp. punisce la condotta di chi non solo si fa promettere ma anche di chi si fa dare interessi usurari. Ecco allora che si discute sulla liceità della corresponsione di interessi che al momento della pattuizione non erano usurari ma sono divenuti tali successivamente per effetto della nuova legge. In particolare ci si chiede se nell'espressione 'farsi dare' possa rientrare anche la mera esecuzione di una obbligazione preesistente assunta validamente o se debba necessariamente ricomprendere anche il momento della stipulazione del contratto, il tutto considerando che la prescrizione della fattispecie viene fatta decorrere non al momento della stipula bensì al momento dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale. Sotto il profilo penalistico, la soluzione della *questio*, dunque, sembra essere legata alla qualificazione del reato di usura quale reato istantaneo o permanente o a esecuzione frazionata. Invocando l'art. 25 c. 2 Cost. in virtù del quale 'nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso' e l'art. 2 c.p. per il quale 'in caso di successione di leggi nel tempo si applica la disposizione più favorevole al reo' si dovrebbe escludere la configurabilità del reato di usura nei contratti stipulati anteriormente alla 108/96 e, di conseguenza, la sua applicazione. In realtà, sul punto diversi sono i contrasti dottrinali e giurisprudenziali. Parte della giurisprudenza di merito sostiene che la corresponsione di rate di mutuo con interessi superiori al tasso di soglia stabilito dalla legge antiusura non costituirebbe alcun illecito né civile né penale trattandosi dell'esecuzione di una unica obbligazione restitutoria sorta al momento della stipula, prima della vigenza della nuova legge. Per altra giurisprudenza, invece, la

---

<sup>766</sup> INZITARI, *Profili civilistici dell'usura*, cit. pag. 133; GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in Riv. Notariato. 2000, pag. 3.

108/96 punirebbe sia la promessa che la mera dazione di interessi usurari; del tutto irrilevante il fatto che l'accordo sia intervenuto prima dell'entrata in vigore della legge. La prima sentenza che sembra risolvere il dilemma è quella della Cassazione 22.10.1998 n. 1077 per la quale se alla promessa segue effettivamente la corresponsione di interessi usurari, questa non è un post factum non punibile, ma rientra nella fattispecie penale e segna con la reiterata esecuzione dell'originaria pattuizione, il momento consumativi del reato. Ancor più confusa si presenta la situazione in ambito civilistico. Nell'impossibilità di invocare, in questo ambito l'art. 25 c.2 Cost, l'unico punto di riferimento normativo può essere rappresentato solo dall'art. 11 delle preleggi per il quale 'la legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo'. Sorge, quindi un problema di coordinamento tra l'art. 644 c.p. e l'art. 1815 c.2 c.c. che dovrebbe essere diretta conseguenza della configurabilità della prima; l'applicazione della sanzione civile è legata alla condizione che la legge antiusura sia applicabile *ex tunc*. Risolutivo è l'individuazione del momento in cui il contratto produce effetti: la nuova legge verrà applicata a tutti quei contratti che, pur conclusi sotto la vigenza di una legge precedente, per volontà delle parti, produrranno i loro effetti in un momento successivo; ai fini dell'applicabilità della l. 108/96 è necessario che il rapporto non si sia nel frattempo esaurito. Appare fondamentale capire se il contratto di mutuo possa essere annoverato tra i contratti di durata cioè realizza la sua funzione tramite l'adempimento, ad opera delle parti, di una o più prestazioni differite nel tempo<sup>767</sup>. In proposito la dottrina è divisa: per una parte<sup>768</sup> il contratto di mutuo non può essere considerato contratto di durata stante l'assenza in capo al mutuante di un obbligo di una prestazione a carattere continuativo che non può ravvisarsi neanche nel non pretendere la restituzione anticipata (comodato) essendo il mutuo contratto ad effetti reali<sup>769</sup> mentre in capo al mutuatario vi è un obbligo ad esecuzione continuata<sup>770</sup> (pagamento di interessi), per altra parte della dottrina, invece, si può parlare di contratto di durata a proposito di mutuo se con durata ci si riferisce alla utilità delle parti nel tempo<sup>771</sup>. Applicando la l. 108/96 ai contratti di mutuo ancora in corso al momento della sua entrata in vigore si sposta in avanti il momento di determinazione dell'usurarietà degli interessi. La valutazione non verrà fatta al momento della conclusione del contratto ma al momento dell'esecuzione della prestazione. Così operando, però, il creditore non sarà mai sicuro di ottenere quanto lecitamente convenuto giacché l'obbligazione di interessi è influenzata dal probabile abbassamento del tasso di soglia. L'applicazione retroattiva della l. 108/96 è, dunque, condizionata dalla struttura del mutuo che non può considerarsi contratto

---

<sup>767</sup> OPPO, *I contratti di durata*, in Riv. Dir. Comm., 1943, I, pag. 143 per il quale il concetto di durata va riferito non alla durata del rapporto ma a quella della sua esecuzione.

<sup>768</sup> TETI, *Il mutuo*, in Trattato di dir. Priv. Diretto da Rescigno, XII, 4, Torino, 1985, pag.662

<sup>769</sup> SIMONETTO, *mutuo*, I, in Enc. Giur, XX, pag 6 l'autore non condivide ritenendo che la prestazione a carico del mutuante abbia carattere continuativo.

<sup>770</sup> DI MAJO, voce *Termine*, in Enc. Del dir., XLIV, pag. 199.

<sup>771</sup> GIAMPICCOLO, voce *Mutuo*, in Enc. Del dir., XXVII, pag. 452.

di durata *strictu sensu*: l'obbligazione del mutuatario non sorge alla scadenza delle singole rate ma istantaneamente ed unitariamente all'atto della consegna della somma di denaro del mutuante al mutuatario. La restituzione delle singole rate pattuite si configurerebbe quale adempimento di una obbligazione sorta validamente in un periodo anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina o dell'ultima determinazione trimestrale del TEGM sia in riferimento al capitale che agli interessi, ambedue parte dell'ultima obbligazione restitutoria, nascente dalla somma mutuata<sup>772</sup>. Ne deriva che l'obbligazione del mutuatario sia unica e venga determinata anticipatamente, in base ad un piano di calcolo e di imputazione degli interessi alle singole rate. Alcuni hanno ritenuto applicabile la nuova disciplina solo ai mutui a tasso indicizzato, per le operazioni a tasso variabile bisognerà verificare se le variazioni rientrino nei limiti previsti dalla legge; deve invece escludersi la sua applicabilità ai mutui a tasso fisso. Va segnalata la posizione di coloro che, escludendo l'applicabilità dell'art. 1815 c.2 c.c. ai rapporti in corso, propende per l'applicazione non retroattiva della nullità sopravvenuta di guisa che restano impregiudicati gli svolgimenti dei rapporti verificatisi prima della entrata in vigore della legge o delle successive rilevazioni trimestrali del tasso soglia che abbiano determinato l'usurarietà sopravvenuta degli interessi lecitamente pattuiti. Quella parte di dottrina che sostiene che sia la sanzione civile che quella penale operano solo quando il tasso di interesse sia originariamente usurario ritiene che lo *jus superveniens* comporta una inesigibilità parziale degli interessi: non sarebbero dovuti quella parte di interessi eccedenti il tasso soglia. Quella dottrina che distingue l'ipotesi in cui gli interessi siano usurari *ab initio* dall'ipotesi in cui lo divengano successivamente sostiene che ai rapporti di mutuo in corso per i quali si profila il problema dell'usurarietà sopravvenuta si potrebbe applicare una soluzione analoga ai contratti di conto corrente, sebbene il contratto di mutuo non sia un contratto di durata. Ad ogni modo, indipendentemente da tale qualificazione, lo *jus superveniens* inciderebbe sui rapporti di mutuo in corso e in considerazione della impraticabilità del ricorso alla risoluzione per impossibilità giuridica della prestazione, della scarsa efficacia dello strumento della rinegoziazione o dell'inopportuno richiamo all'inesigibilità parziale sopravvenuta potrebbe configurarsi una nullità parziale sopravvenuta. Bisogna stabilire in base a quale riferimento normativo opera tale istituto laddove si dovesse escutere l'operatività dell'art. 1815 c.2 c.c., norma di carattere generale che attribuisce rilevanza civilistica all'usura. Una soluzione che tiene conto dei rapporti intersoggettivi anche nei contratti di mutuo deve necessariamente distinguere il momento in cui il tasso risulta superiore a quello soglia da quello in cui si consuma l'usura (percezione della prestazione usuraria ex art. 644 c.p.). Onde evitare di ricadere nella previsione di cui all'art. 1815

---

<sup>772</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurari successivamente alla entrata in vigore della l. 108/96*, in Banca, borsa e titoli di cred.; Trib. Roma, 4.6.98, n. 579.

c.2 c.c., il mutuante, se istituto di credito, escludendo l'automatico aggiornamento del tasso di interessi, può aggiornare lo stesso al di sotto del tasso soglia per evitare una riscossione superiore a quella consentita. Se il mutuante è un privato, la stessa operazione può avvenire attraverso la remissione parziale degli interessi dovuti, di volta in volta, per ogni singola rata. In difetto, gli interessi non saranno più dovuti, l'eventuale pagamento di interessi sarà ripetibile ex art. 2033 c.c. e l'eventuale percezione degli stessi integrerà il reato di usura<sup>773</sup>. A differenza del caso di usurarietà originaria, in situazioni del genere si realizza una vicenda novativa legale, conseguenza di una conversione legale non del negozio ma del rapporto relativo a due situazioni soggettive confliggenti di cui sono titolari il mutuante e il mutuatario. Altro problema è stabilire in quale misura debbano essere ridotti gli interessi. Parte della dottrina, arbitrariamente, in assenza di parametri valutativi, indica i criteri per la determinazione del nuovo tasso di interesse. Non si potrebbe ricorrere neanche al TEGM in quanto non si deve ricondurre la prestazione ad equità ma evitare che la stessa divenga usuraria. Il tasso di interesse deve essere semplicemente essere ricondotto nell'ambito del tasso soglia. Qualora il mutuante fosse un istituto di credito allora il creditore sopporterebbe il rischio delle sopravvenienze perché ad un costo sostenuto per procurarsi il denaro poi erogato a titolo di mutuo, seguirebbe una incertezza del ricavo dovuta alle fluttuazioni del mercato, con conseguente pregiudizio per la tutela del risparmio<sup>774</sup>. È evidente la situazione di totale caos in merito alla retroattività della l. 108/96; un primo spiraglio viene dato dalla Corte Costituzionale che, investita della questione di legittimità costituzionale della l. 154/92 relativa alla fideiussione omnibus, con sentenza del 27. 06.1997 n. 204 ha stabilito che la nuova disposizione che prevede la nullità delle fideiussioni per obbligazioni future senza alcun limite di importo, è applicabile solo alle obbligazioni fideiussorie che, pur relative a contratti di fideiussione stipulati precedentemente, fossero sorte successivamente alla loro emanazione, restando quelle nate in precedenza soggette alla vecchia disciplina. La giurisprudenza successiva si mostra discordante anche sulla estensibilità del principio di tale sentenza ai contratti di mutuo. Qualche pronuncia evidenzia che il problema dovrebbe essere risolto invocando l'art. 1367 c.c. nel senso che la clausola divenuta usuraria non essendo né sanzionabile né invalida, dovrebbe essere reinterpretata applicando il tasso soglia che farebbe conseguire al mutuante il massimo consentito ed al mutuatario offrirebbe il vantaggio di vedersi abbassato il tasso di interesse originariamente pattuito in una misura più elevata. La Cassazione con sentenza n. 5286/2000 ha avuto modo di precisare che la pattuizione di interessi intervenuta prima della entrata in vigore della l. 108/96 non può considerarsi penalmente rilevante ai sensi dell'art. 25 c.2 Cost solo perché superiore al tasso soglia. Va considerato che verificandosi un concorso tra autoregolamentazione patrizia e eteroregolamentazione normativa, non può essere applicata la tesi

---

<sup>773</sup> PISU, *La sorte dei negozi usurari a seguito della riforma del reato*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2003, pag. 6.

<sup>774</sup> APICELLA, *Profili civilistici dell'usura: una introduzione*, 2001, pag. 69.



che subordina l'applicabilità dell'art. 1419 c.2 c.c. all'anteriorità della legge rispetto al contratto, poiché l'inserimento ex art. 1339 c.c., del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti di prestazioni, integralmente o parzialmente, non ancora eseguite. Tra l'altro la tesi ha trovato accoglimento da parte della Corte Costituzionale nella sentenza n. 204/97 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1938 c.c., sull'assunto che la l. 154/92, pur avendo carattere innovativo e non essendo retroattiva non comporta che la disciplina preesistente acquisti carattere ultrattivo, tale da consentire che la garanzia personale prestata dal fideiussore assista non solo le obbligazioni principali nate prima della l. 154/92 ma anche su quelle successive, tale da attribuire efficacia permanente alla illimitatezza del rapporto di garanzia. L'innovazione legislativa che stabilisce la nullità delle fideiussioni per obbligazioni future senza limitazione di importo, dunque, non incide sulla garanzia per le obbligazioni principali già sorte ma esclude che si producano ulteriori effetti e che la fideiussione possa assistere obbligazioni principali successive al divieto di garanzia senza limiti. La dottrina ha chiarito che ai fini della qualificazione usuraria dell'interesse non rileva il momento della conclusione del contratto ma l'effettiva corresponsione degli stessi così come si evince dall'art. 644 -ter c.p. per il quale 'la prescrizione del reato di usura decorre dal giorno dell'ultima riscossione sia degli interessi che del capitale'. Nel reato di usura, se alla promessa segue l'effettiva corresponsione di interessi usurari, questo non costituisce un post factum non punibile ma rientra a pieno titolo nel fatto lesivo penalmente rilevante e, indica il momento consumativi del reato. Semmai non si volesse accogliere la teoria della nullità parziale sopravvenuta comunque non si potrebbe continuare a dare effetto ad una pattuizione superiore al tasso di soglia.

### **La sentenza n. 14899 del 2000**

In un quadro alquanto caotico circa la retroattività della nuova legge antiusura un punto fermo viene messo dalla Suprema Corte che con sentenza del 17.11.2000 n. 14899 ammette l'applicabilità dell'art. 1815 cpv., c.c., nuova formulazione, ai contratti di mutuo in corso, stipulati in data anteriore alla entrata in vigore della l. 108/96<sup>775</sup>. Il giudizio di legittimità fu sollecitato dal ricorso di un privato, obbligato in virtù di un contratto di mutuo ipotecario ad un rimborso rateale divenuto eccessivamente oneroso in ragione del tasso di interesse convenuto, avverso la sentenza della Corte di Appello di Bologna che aveva respinto la richiesta del ricorrente di dichiarare la nullità della clausola contrattuale relativa agli interessi a seguito della l. 108/96. La Cassazione, escluse che il

---

<sup>775</sup> Foro it., 2001, I, c. 80; Corriere giuridico, n. 1/2001, pag. 43.

fondamento dell'applicabilità della l. 108/96 potesse essere ricercato nella deroga al principio fondamentale della irretroattività delle leggi previsto dall'art. 25 c.2 Cost., piuttosto è necessario individuare le conseguenze dovute al verificarsi di un concorso tra autoregolamentazione pattizia e eteroregolamentazione normativa<sup>776</sup>. Fu così proposta la ricostruzione dell'intera problematica negando il contrasto tra le regola fissata dall'autonomia privata, in relazione agli interessi sul credito, e il contenuto imperativo della nuova legge antiusura, dal quale discenderebbe l'applicazione degli artt. 1419 c.2 c.c. e 1339 c.c., con conseguente caducazione dell'ulteriore efficacia di quanto negozialmente disposto e l'inserimento di un nuovo tasso di interesse. Diverse le affermazioni apodittiche tra loro poco conciliabili quali: 'la l. 108/96 è nulla anche se la scelta è compiuta in epoca antecedente all'entrata in vigore di detta legge'; la successiva esclusione della sanzionabilità della pattuizione alla stregua della normativa penale; la considerazione che pur dovendosi ritenere in via di principio che il giudizio di validità vada condotto in base alla normativa vigente al momento della conclusione del contratto. Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte questa non ritiene applicabile la tesi che subordina l'applicabilità dell'art. 1419 c.2 all'antiorità della legge rispetto al contratto, perché l'inserimento ex art. 1339 c.c. del nuovo tasso incontra l'unico limite che si tratti di prestazioni, del tutto o in parte, non ancora eseguite. Si tratterebbe, dunque, di una forma di usura anomala, rilevante solo dal punto di vista civilistico pur fondata su una fattispecie di natura penale<sup>777</sup>; una sanzione della stessa usurarietà doppiamente anomala e, per il momento di maturazione del giudizio di invalidità, palesemente sopravvenuto a quello dell'assunzione giuridica rilevanza del contratto; per la difformità di tale sanzione rispetto a quella prevista dal nuovo art. 1815 c.2 c.c. della totale estinzione a seguito della nullità della convenzione di interessi usurari, dell'obbligo dell'ulteriore pagamento di interessi. Ne discenderebbe l'applicazione inedita degli artt. 1419 c.2 c.c. e 1339 c.c. sia per restringere gli ambiti di operatività del fenomeno di ortopedia<sup>778</sup> del contratto sia per l'ambigua condivisione dell'opinione dottrina per la quale 'l'ampia dizione degli artt. 1339 c.c. e 1419 c.2 c.c. consente non solo la sostituzione automatica di clausole con altre volute dall'ordinamento, ma anche la semplice eliminazione di clausole nulle senza alcuna sostituzione, dovendosi tener conto del maggiore spessore dell'eteroregolamentazione nell'ambito della contrapposizione tra autonomia contrattuale e

---

<sup>776</sup> LAMICELA, *Lo jus superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, pag. 13.

<sup>777</sup> FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in Riv. Dir. Comm., I, 1975, pag. 273; OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in Riv. Dir. Civ., 1999, I, pag. 533; RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, 2002, pag. 176.

<sup>778</sup> Mentre alcuni l'identità tra le disposizioni di cui all'art. 1339 e 1419 c.2.c.c., altri sostengono che l'art. 1339 c.c. prevede una forma di integrazione del contratto che può seguire all'applicazione dell'art. 1419 c.2 c.c. ma può anche essere indipendente; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, 1974, pag. 100; RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, II, 1989, pag. 101.

imperatività della norma<sup>779</sup>. Il combinato disposto degli artt. 1419 c.2 c.c. e 1339 c.c. non convince per diverse ragioni. Prima fra tutte l'approssimazione con la quale si rinvia al contenuto normativo cui attingere per procedere alla sostituzione automatica, individuato nel tasso soglia fissato trimestralmente con decreto del Ministero del Tesoro, nella misura del tasso medio per la categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà. Questo non aiuta a dissipare i dubbi poiché l'indicazione del tasso soglia non è fissato con l'intento di indicare in via autoritativa la misura degli interessi dovuti ma come tetto oltre il quale la libertà delle parti non può spingerersi per pattuire il costo dell'operazione di credito dedotta in contratto<sup>780</sup>. Ancora, il richiamo al combinato disposto degli artt. 1419 c.2. e 1339 c.c., non convince seppur fosse condivisa, si avvalorerebbe l'idea di una azionabilità generalizzata del meccanismo di caducazione e sostituzione automatica di clausole negoziali difformi da disposizioni imperative, divenendo così difficile l'individuazione dei residui margini di applicabilità dell'art. 1419 c. 1 c.c. E' bene evidenziare che la Corte ha elaborato la posizione interpretativa con un certa disinvoltura, il tutto in una stagione in cui gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali tendenti a ricomporre in chiave solidaristica gli equilibri tra autonomia privata ed eteroregolamentazione normativa sono stati sempre respinti dagli indirizzi dominanti, sebbene in molti casi si trattasse di idee ricostruttive ben più rispettose dei presupposti tecnico –formali sui quali si reggeva e si regge l'ordinamento giuridico<sup>781</sup>. Qualche passaggio viene dedicato all'ammissibilità di un intervento normativo che, per quanto indirizzato solo agli effetti della regola pattizia successivi all'entrata in vigore della nuova legge, impone una modifica sostanziale dei contenuti della stessa regola, incidendo sulla sua funzione di programmazione dei rischi, costi e vantaggi connessi alla realizzazione nel tempo dell'affare. Il che, tuttavia, non contribuisce a fare chiarezza circa i margini di operatività della nuova disciplina ma alimenta solo nuovi dubbi<sup>782</sup>. Il giudice di legittimità afferma che 'anche a non voler aderire alla configurabilità della nullità parziale sopravvenuta, comunque non si può continuare a dare effetti alla pattuizione di interessi divenuti usurari a fronte di un principio introdotto nell'ordinamento con valore generale ed assoluto e di un rapporto non ancora esaurito'. In merito alla ricorrenza della nullità sopravvenuta, la Corte pur richiamandosi alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/97 in materia di fideiussioni omnibus piuttosto che soffermarsi sull'opportunità del rimedio non nega la necessità di evitare l'esecuzione delle pattuizioni ancora in corso. Si afferma che l'obbligazione

---

<sup>779</sup> GIOIA, op. cit., pag 46; Cass. civ., 22.4.2000, n. 5286 che sostiene l'applicazione del meccanismo per cui al tasso usurario si sostituisce un nuovo tasso.

<sup>780</sup> INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso di soglia della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1999, pag. 260. L'autore è favorevole alla operatività del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole ex art. 1339 c.c. anche qualora la previsione normativa da inserire nel regolamento contrattuale non sia esplicitamente prevista ma possa essere implicitamente deducibile dalla ratio della legge.

<sup>781</sup> Ci si riferisce all'idea che l'operatività delle norme di intervento in alcuni settori di mercato vada stabilita in riferimento alla disparità materiale del potere economico dei contraenti.

<sup>782</sup> LAMICELA, *Lo jus superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, cit., pag. 18.

degli interessi non si esaurisce in una sola prestazione ma in una serie di prestazioni successive e che ai fini della qualificazione usuraria degli interessi rileva il momento della dazione e non quello della stipula; tanto si evincerebbe anche dall'art. 644 c.p. che fa decorrere il termine di prescrizione dall'ultimo atto. La prospettiva teorica adottata, cioè quella delle modalità di accertamento e dei tempi di prescrizione del reato, non sembra essere adeguata alla soluzione del problema che sostanzialmente è di coordinamento e armonizzazione tra il principio di irretroattività della norma e la necessità di un trattamento conforme alla nuova legge sull'usura a tutti quei rapporti che, in seguito alla sua entrata in vigore, risultano essere gravati da un tasso soglia superiore a quello consentito. Anche la sentenza n. 5286/2000 esclude che una pattuizione di interessi avvenuta prima della entrata in vigore l. 108/96 possa considerarsi rilevante alla luce dell'art. 25 c.2 Cost., solo perché superiori al tasso di soglia. Se il dato normativo dal quale il problema sorge è di natura penale, il piano sul quale agire per il suo trattamento è quello tecnico procedurale del coordinamento tra norme e principi dai quali discende la diversa qualificazione legislativa degli atti nel tempo, non certo quello di un improbabile usurarietà civile, da cui far discendere improbabili sanzioni sui privati vincolati da pattuizioni validamente concluse e solo successivamente contrastanti con norme imperative. Pur volendo accogliere questa impostazione non si comprende come il fatto che la prescrizione decorra dall'ultima riscossione sia del capitale che degli interessi così come pure il principio per il quale la dazione di interessi fa parte a pieno titolo del fatto lesivo penalmente rilevante, possano essere dati a favore della invalidazione civile, per contrarietà alle norme sull'usura, delle clausole contestate.

L'art. 644 c.p. dispone, infatti, che risponde del reato di usura chiunque si fa dare o promettere interessi o altri vantaggi usurari, chiarendo che se la dazione è di per sé sufficiente ad integrare il reato, questo comunque ricorre anche con la sola promessa, ovvero con la stipula di un contratto. Ne discende che la prova della stipula non è necessaria quando vi è dazione ma se la stipula non c'è e si eccepisce la sua liceità, perché divenuta efficace successivamente alla nuova legge, allora questa non può essere ignorata. Altra impostazione ridimensiona l'importanza del contratto quale fonte del rapporto obbligatorio a favore di fatti idonei a produrli in conformità dell'ordinamento giuridico, art. 1173 c.c.; per cui il fatto sarebbe integrato anche dalla dazione di interessi<sup>783</sup>. Ecco allora che diviene chiara l'affermazione per cui l'obbligazione degli interessi non si esaurisce in una sola prestazione, concretandosi in una serie di prestazioni successive, ove si lascerebbe intendere che ogni prestazione successiva sia idonea a testimoniare sia la persistenza del rapporto obbligatorio

---

<sup>783</sup> Alcune volte il fatto fonte di obbligazione è stato ravvisato nell'emissione di lettera di patronage o nella semplice circostanza che il debitore rivesta un dato status professionale; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, in le ragioni del diritto*, 1995, pag. 147.

sia la conformazione frazionata del suo oggetto<sup>784</sup>. In questo caso si verificherebbe un vuoto argomentativo relativo sia all'*an* che al *quantum* dell'azionabilità di una categoria normativa, il mero fatto come fonte di obbligazione, che per la sua estrema genericità potrebbe rivelarsi qualche incontrollabile agente di sovversione del principio di tipicità intorno al quale storicamente il sistema delle fonti del rapporto obbligatorio si è consolidato<sup>785</sup>.

### La legge n. 24 del 2001

Per tentare di arginare le numerose incertezze applicative create dalla nuova legge antiusura 108/96 il Governo adottò il decreto legge 29 dicembre 2000 n. 394, successivamente convertito in legge, di interpretazione autentica, 28 febbraio 20001 n. 24. In particolare, il suo obiettivo era evitare l'incardinarsi di numerosi processi, promossi dalle varie associazioni dei consumatori, atti ad ottenere il rimborso degli interessi già pagati dai mutuatari, con notevoli ripercussioni sul sistema bancario<sup>786</sup>. La normativa, nel tentativo di arenare il dibattito causato dal riconoscimento dell'esistenza del fenomeno della cd. Usura sopravvenuta, utilizza un sistema di tipo compromissorio: per un verso fornisce una interpretazione autentica degli artt. 1815 c.c. e 644 c.p., per altro propone di adeguare il tasso convenuto in determinate operazioni alle fluttuazioni del mercato creditizio. La sua caratteristica, di interpretazione autentica, si evince dal primo comma dell'art. 1 della legge in commento che dispone che 'ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p. e dell'art. 1815 c. 2 c.c. si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del pagamento. Ebbene, con una operazione ermeneutica si introduce nell'ordinamento un *quid novi* che rende obbligatorio per tutti il significato da lui dato alla norma precedente che resta in vigore. Dall'art. 1 della l. 24/2001 emerge chiaramente la posizione del legislatore che aderisce alla tesi secondo cui, ai fini della valutazione della usurarietà degli interessi, bisogna far riferimento al momento della conclusione del contratto e non al momento della dazione degli interessi da parte del debitore o al momento della maturazione degli

---

<sup>784</sup> DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1967, pag. 762.

<sup>785</sup> DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit. pag. 276. L'autore evidenzia come tale principio, pur avendo subito nel tempo una rivisitazione in chiave funzionale, rimane sempre un fondamentale criterio ordinante delle modalità di attribuzione e circolazione privata della ricchezza ammesse dal nostro ordinamento.

<sup>786</sup> APICELLA, *profili civilistici dell'usura: una introduzione*, 2001, pag. 78; LA ROCCA, *L'usura sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, 2002, pag. 12.

stessi, così come affermato da autorevole dottrina<sup>787</sup>. È bene evidenziare che il criterio di accertamento del carattere feneratizio degli interessi è unitario essendo valido sia in ambito civile che in ambito penale. In base alla legge *de qua* ai fini della valutazione del carattere usurario degli interessi rileva il momento in cui tali interessi sono stati promessi o comunque convenuti: si capisce, quindi, l'importanza della modifica del primo comma dell'art. 644 c.p., dove vengono previste le due condotte, in via alternativa. Non vi sarebbe, quindi, più spazio per la categoria della cd. Usurarietà sopravvenuta che trovava nell'art. 644 c.p. il più importante riferimento normativo giacché l'art. 1815 c.c. prevede solo la fattispecie dell'usura originaria dato l'esplicito riferimento al momento della pattuizione degli interessi 'se sono convenuti interessi usurari'. Il principio generale racchiuso nel primo comma dell'art. 1 della legge 24/2001 che esclude l'ammissibilità della usurarietà sopravvenuta è seguito nei successivi due commi nei quali dopo una premessa nella quale si invoca la 'eccezionale caduta dei tassi di interessi avvenuta in Europa ed in Italia nel biennio 1998-1999, avente natura strutturale' si prevede, in mancanza di una diversa pattuizione più favorevole per il mutuatario, un tasso di sostituzione sui mutui non agevolati a tasso fisso in corso al momento di entrata in vigore del decreto-legge 31 dicembre 2000, applicabile solo alle rate in scadenza successivamente alla sua entrata in vigore. assai complicata appare anche il calcolo del tasso di sostituzione<sup>788</sup>. Il parametro di riferimento è dato dalla media mobile su quindici anni dei rendimenti lordi dei BTP con vita residua superiore ad un anno. Per l'anno di entrata in vigore della legge, quindi, il tasso era del 9,96% o dell'8% per chi aveva stipulato un mutuo di importo non superiore a 150 milioni di lire per l'acquisto/costruzione della prima casa. È pur vero che originariamente il decreto legge prevedeva un tasso di sostituzione del 12,71 %, del 12,21% per i consumatori. La legge di conversione è andata ad eliminare la previsione della maggioranza di mezzo punto percentuale sul valore della media dei rendimenti dei BTP, applicabile ai casi in cui il tasso originariamente concordato fosse risultato superiore al tasso di sostituzione previsto dal provvedimento; maggiorazione esclusa per i mutui concessi ai consumatori. La scomparsa, corretta, di ogni mancanza di riferimento alla nozione di consumatore nella l. 24/2001 si spiega con il fatto che la tutela apprestata dalla normativa antiusura non presuppone una specifica qualifica soggettiva in capo alla parte che vi aspira. Ulteriore precisazione della normativa è che la sostituzione non ha alcuna efficacia novativa e non comporta spese a carico del mutuatario. Tanto non vale laddove le parti abbiano pattuito un tasso più favorevole per il mutuatario rispetto a quello previsto dalla legge; nel caso, la modificazione del tasso determina un mutamento quantitativo dell'oggetto della prestazione realizzata attraverso la sostituzione del titolo originario, si configura cioè novazione

---

<sup>787</sup> INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso 'soglia' della disciplina antiusura e al divieto dell'anatocismo*, in Banca, borsa e tit. di credito, 1999, I, pag. 257; QUADRI, *Profili civilistici dell'usura*, 1999, pag. 342; OPPO, op. cit. pag. 654.

<sup>788</sup> APICELLA, *Profili civilistici dell'usura: una introduzione*, 2001, pag. 77.

oggettiva ex art. 1230 c.c.<sup>789</sup>. La sostituzione del tasso di interesse operata in virtù della legge in esame specifica che detta sostituzione non comporta novazione onde evitare le conseguenze negative alle parti, quali l'estinzione dell'originaria obbligazione con un nuovo decorso del termine prescrizione per il debitore, perdita delle garanzie per il creditore. Sorge in capo al mutuante che si fa dare interessi superiori al tasso di sostituzione l'obbligo di restituzione; se si dovesse ritenere integrato il reato di usura tale obbligo scaturirebbe dall'art. 185 c.p.. La restituzione, data la nullità della clausola e l'inesigibilità sopravvenuta della prestazione superiore al tasso di sostituzione, deve essere effettuata in virtù del principio generale di cui all'art. 2033 c.c. Il pagamento volontario da parte del mutuatario di quanto non dovuto non si configura quale adempimento di una obbligazione naturale e deve essere restituita in base all'art. 2033 c.c. Con la legge 24/2001 il legislatore ha voluto intervenire sull'assetto di interessi convenuto dalle parti, utilizzando un meccanismo di integrazione eteronoma del regolamento negoziale assimilabile a quello contemplato dall'art. 1339 c.c., simulando quanto è accaduto ad esempio in tema di locazione. Il meccanismo di inserzione coattiva nei mutui a tasso fisso del tasso di sostituzione esclude ogni necessità di rinegoziazione. Al limite del tasso soglia imposto dalla legge 108/96 si aggiunge il tasso di sostituzione della l. 24/2001, il tutto avviene in un quadro politico-legislativo volto a limitare l'ambito di esplicazione della libertà contrattuale e a porre seri limiti ad un settore come quello del mercato del credito in cui non è dato riscontrare controlli autoritativi incisivi sul merito dell'operazione negoziale<sup>790</sup>. Quindi per un certo verso il secondo e il terzo comma dell'art. 1 della legge 24/2001 rientrano tra quelle disposizioni normative che limitano in positivo l'autonomia dei privati. La legge in commento in pratica adotta un criterio di calcolo del tasso di sostituzione diverso ed autonomo rispetto sia a quello utilizzato per la determinazione del valore critico dell'usura sia a quello di correzione del tasso usurario adottato da dottrina e giurisprudenza, consistenti oltre nel tasso –soglia, nel tasso legale, nel tasso effettivo globale medio, del tasso pari a zero. Nel 2001 il tasso di sostituzione è stato del 9,96% (vicinissimo al tasso-soglia). A detta di alcuni<sup>791</sup> la nuova legge, onde evitare le conseguenze dell'applicazione retroattiva del nuovo tasso di sostituzione, si configurerebbe come intervento straordinario e non come espressione del principio di costante adeguamento delle condizioni dei contratti a lungo termine a quelle di mercato, principio che altrove è stato realizzato mediante il riconoscimento del libero esercizio del diritto di recesso dai rapporti di mutuo a tasso fisso<sup>792</sup>. È pur vero che il legislatore del 2001 non ha contribuito a risolvere, esplicitamente,

---

<sup>789</sup> Cass. civ. 20.3.1998, n. 2982, in *Rass. Locaz. Condom.*, 1998, pag. 209.

<sup>790</sup> CUTOLO-SIMONE, *Il recupero degli interessi passivi e i mutui usurari*, 2001, pag. 50.

<sup>791</sup> APICELLA, *Profili civilistici dell'usura: una introduzione*, 2001, pag. 78.

<sup>792</sup> MEOLI, *Il mutuo ad interessi usurari tra interpretazione giurisprudenziale e decretazione d'urgenza*, in *NGCC*, N. 2, 2001, pag. 120 per il quale molti indirizzi giurisprudenziali prescindono dalla normativa antiusura e applicano un principio generale di integrazione, secondo equità, del rapporto contrattuale di lungo termine. Essa onde evitare le

l'annosa questione della riconducibilità o meno degli interessi moratori nel concetto di interesse usurario anche se la legge all'art. 1 c.1 parla di interessi convenuti o promessi a qualunque titolo. Tale ultima espressione ben potrebbe ricomprendere gli interessi moratori. La Cassazione, in assenza di una esplicita precisazione e, in netto contrasto con la giurisprudenza di merito, sull'assunto che gli interesse debbano avere tutti lo stesso trattamento normativo come previsto dall'art. 1224 c. 1 c.c. nonché in base alla legge 108/96, ha ritenuto applicabile gli artt. 644 c.p. e 1815 c.1 c.c. anche agli interessi moratori. È bene precisare che il regime normativo dei commi 2 e 3 dell'art. 1 della l. 24/2001 si applica solo ai finanziamenti non agevolati stipulati nella forma di mutui a tasso fisso prima della entrata in vigore del decreto legge 394/2000 e ancora in corso alla data del 2 gennaio 2001 che possono essere annoverati nella categoria dei mutui, individuata con il decreto del Ministero del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica previsto dall'art. 2 c. 2 della legge antiusura. Si capisce, quindi, che vi rientrano i mutui con durata superiore ai 18 mesi, con garanzie reali che non abbiano la forma del conto corrente o del prestito personale e che prevedano l'erogazione in una unica soluzione e il rimborso mediante rate comprensive sia di capitale che di interessi. L'art. 1 della legge, di interpretazione autentica della legge 108/96 ai fini della qualificazione usuraria solo degli interessi e non di altri vantaggi, non può trovare applicazione per altre fattispecie, determinando, pertanto, una dicotomia valutativa per comportamenti analoghi, suscettibili di rilievo di incostituzionalità ex art- 3 Cost, rilevando penalmente la dazione oltre che la promessa e la pattuizione degli altri vantaggi usurari e non rilevando la dazione di interessi divenuti usurari. Il momento consumativi dello stesso reato si sdoppia a seconda che il corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità siano gli interessi o altri vantaggi usurari. Mentre nel primo caso la condotta tipica risulta integrata con la sola promessa, nel secondo rileva il farsi dare. Poiché il momento di consumazione del reato coincide con il momento in cui gli interessi usurari vengono promessi o convenuti non rientrano nel campo di applicazione della legge 24/2001 e, quindi, non può operare il tasso di sostituzione, tutti quei contratti in cui l'interesse è destinato ad essere modificato nel tempo per decisione unilaterale dell'istituto finanziatore quali i contratti di aperture di credito in conto corrente, gli anticipi su crediti e sconto di portafoglio commerciale, i contratti di factoring. Si tratta di rapporti in cui è consentito alla banca l'esercizio nel corso del rapporto dello *ius variandi*, consentito dall'art. 18 c.1 TUB, e una volta superato il momento della dazione, rischia di non essere valutato in sede penale e civile. Se si ritengono usurari solo gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel

---

conseguenze dell'applicazione retroattiva del nuovo tasso di sostituzione si qualifica come intervento straordinario, che non è l'espressione di un principio di continuo adeguamento delle condizioni dei contratti a lungo termine a quelle di mercato, principio che altrove è stato realizzato mediante il riconoscimento del libero esercizio, senza costi eccessivi, del diritto di recesso dai rapporti di mutuo a tasso fisso.



momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, il mutamento del tasso intervenuto nel corso del rapporto, a seguito dell'esercizio di tale potere, non sarà suscettibile di valutazione sotto il profilo della ricorrenza dell'usura. Il debitore sarà obbligato a pagare pur non scaturendo né da una sua promessa né da una convenzione ma da un negozio giuridico unilaterale posto in essere dalla banca e, destinato per legge a far sorgere nella sfera giuridica del destinatario l'obbligo, senza che la sua volontà in proposito possa avere alcuna rilevanza<sup>793</sup>. L'unica facoltà concessa al debitore consiste nel recesso. Vero è che l'omessa valutazione del momento della dazione potrà consentire una arbitraria elevazione del tasso rispetto a quello inizialmente pattuito mediante lo strumento dello *ius variandi* senza che tale comportamento sia sanzionabile. Senza contare poi, che le banche potrebbero non avere alcun interesse ad esercitare il potere di variazione al ribasso dei tassi, la cui misura degli interessi risulti nei limiti stabiliti dalla legge al momento della pattuizione, soprattutto se ci si trova di fronte a clienti di cui non si ha la certezza che stipulino altro contratto che possa garantire alla banca altra liquidità. Si potrebbe verificare una disparità di trattamento tra situazioni in cui il rischio di usura è identico poiché il debitore sarebbe tutelato per tale operazione solo se l'interesse sia usurario con riguardo al momento della pattuizione non già quando lo divenga nel corso del rapporto a seguito di imposizione unilaterale da parte della banca. Il tasso di sostituzione non vale per i mutui agevolati cioè quei mutui in cui concorrono al pagamento lo Stato o altro ente pubblico in ragione dell'esistenza della disciplina speciale per i mutui agevolati. L'art. 1 c.4 della legge 24/2001 esclude che essa possa operare nelle operazioni in cui sia parte la Pubblica Amministrazione ' le disposizioni legislative in materia di limiti di tassi di interessi non si applicano ai finanziamenti e ai prestiti, in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, concessi o ricevuti in applicazioni di leggi speciali in materia di debito pubblico di cui all'art. 104 del Trattato sull'Unione europea'.

---

<sup>793</sup> APICELLA, *Profili civilistici dell'usura: una introduzione*, pag. 79.

## Conclusioni

Le argomentazioni suesposte hanno evidenziato i gravi problemi interpretativi che gli operatori giuridici si sono trovati a dover fronteggiare in seguito alla entrata in vigore della legge antiusura 108/96; problemi che hanno riguardato la sua applicabilità ai contratti di mutuo stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore e, dunque, ad un tasso di interesse considerato usurario dalla nuova normativa, anche se destinati ad avere esecuzione nel periodo di sua piena vigenza. Ad oltre quindici anni dal suo esordio il problema non è ancora completamente risolto: a causa delle lungaggini, tipicamente italiane, del processo civile sono ancora diversi i giudizi pendenti, sia di esecuzione che di cognizione, nei diversi gradi di giudizio. Il presente lavoro propone quale soluzione per tutte quelle questioni ancora aperte ma anche per le altre sopravvenienze in generale un istituto di recente 'creazione' ossia l'istituto della conciliazione, introdotto nel nostro ordinamento con dlgs. 28/2010. E' assai facile, infatti che, a causa del momento storico in cui viviamo, caratterizzato da una forte crisi economica mondiale, si verifichino delle sopravvenienze contrattuali, soprattutto nei contratti di durata. Ebbene, l'istituto della conciliazione ben si presta a fronteggiare questa tipologia di situazioni, magari mediante il suo inserimento nel contratto con una apposita clausola con la quale le parti si impegnano in caso di sopravvenienze a ricorrere a un determinato organismo di conciliazione. A questo punto si potrebbe obiettare che trattandosi di conciliazione stragiudiziale questa non potrebbe trovare applicazione nei giudizi ancora pendenti riguardanti l'applicabilità della legge antiusura. Nulla di più errato. Dalla normativa, emerge chiaramente che anche durante lo svolgimento del giudizio e, sin anche in grado di appello, si può ricorrere alla conciliazione purchè il giudizio non sia in uno stato così avanzato da trovarsi all'udienza di precisazione conclusioni di cui all'art. 190 c.p.c. E' evidente, pertanto, che per risolvere i giudizi ancora pendenti relativi alla applicabilità della l. 108/96 ai contratti stipulati prima di tale data ma destinati ad avere esecuzione nel periodo di piena vigenza della nuova normativa può essere utilizzato l'istituto della conciliazione. Tale soluzione non deve essere vista come una giustizia alternativa bensì come una alternativa alla giustizia ordinaria che contrappone ai concetti di torto e ragione il concetto di conveniente. Questo è quello che si propone il nuovo istituto: non imporre alle parti nessuna soluzione ma aiutare le stesse ad addivenire alla soluzione per loro più conveniente con notevole risparmio sia in termini monetari che di tempo, fattore, quest'ultimo, non poco rilevante per le relazioni commerciali. Senza considerare poi, che per i contratti bancari e finanziari da circa un anno è ormai obbligatorio il tentativo di conciliazione. Numerosi gli istituti bancari che si sono dotati di propri organismi di conciliazione; il che non deve essere vista come una posizione di 'svantaggio' per il cliente, tutt'altro, questi avrà la certezza che

ad occuparsi della sua conciliazione sarà una persona esperta del settore e, di conseguenza, maggiormente in grado di aiutare le parti ad addivenire ad una soluzione condivisa, la più conveniente possibile. È questa la ragione che fra preferire la conciliazione alla semplice rinegoziazione: l'intervento facilitativo di una figura professionale esperta aumenta le probabilità di composizione della controversia, al contrario, nella rinegoziazione, a causa della mancanza di tale figura le parti potrebbero restare fossilizzate nelle loro posizioni. Il discorso può senza alcuna difficoltà essere allargato anche ai contratti internazionali poiché è proprio con la direttiva comunitaria 2008/52/Ce che gli Stati membri dell'Unione Europea sono invitati ad adottare detto istituto. Senza contare poi che anche in altri Paesi e continenti (USA) l'istituto della mediazione è utilizzato già da diversi anni. È proprio negli Stati Uniti, infatti, che nascono negli anni '70 le tecniche ADR di cui la mediazione fa parte. Spostando nuovamente lo sguardo sulla situazione italiana, lo si ripete, si vede nel nuovo istituto della conciliazione una valida soluzione per porre fine sia a quei processi originatesi dall'applicabilità della legge antiusura a tutti quei contratti di mutuo stipulanti anteriormente alla sua entrata in vigore e destinati a produrre effetti nel periodo di sua piena vigenza sia per le altre ipotesi di sopravvenienze contrattuali. Pienamente consapevoli che anche in questo caso i problemi applicativi non sono pochi a causa della normativa che a tutt'oggi risulta piuttosto scarna si sostiene l'adeguatezza dello strumento il cui punto di forza sta nella risoluzione del procedimento entro quattro mesi dalla presentazione dell'istanza di mediazione nonché nella sua economicità. E ovvio che il suo successo presuppone un cambiamento di mentalità con conseguente diffusione della cultura della mediazione.

## Bibliografia

- OPPO, *I contratti di durata*, Milano, 1995.
- GALLO, *Sopravvenienze contrattuali e problemi di gestione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.
- MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, VI ed. Muller, Heidelberg, 1994, pag. 322.
- GALGANO Francesco, *La forza di legge del contratto*
- GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare*, in Comm. Cod. Civ., dir. Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Zanichelli. Bologna –Roma, 1993.
- ROPPO, *Contratto*, Torino, 1989
- GALLETTO, *La clausola 'rebus sic stantibus*, in I contratti in generale, a cura di Alpa e Bessone, in Giur. Sist. Di Dir. Civ. e Comm., dir Bigiavi, III.
- GABRIELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in Contr. E Impr., 1996.
- SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in Tratt. Dir. Priv., dir. Rescigno, Utet, Torino, II ed., 1995
- MACIOCE, *La presupposizione*, in Alpa e Bessone, *I contratti in generale*, vol III, in Giur. Sist. Civ. e Comm., fondata da Bigiavi, Utet, Torino, 1991.
- LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in Contratto e Impresa, 1989
- GATTI, *L'adeguatezza delle prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in Riv. Dir. Comm., 1963
- LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in Contatto e Impresa, 1985
- GORLA, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1955
- SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in Giur. It., 1999, ATIYAH, *Contact and fair exchange*, in Essays on contracts, Clarendon, Oxford, 1986
- SCHWARTZ Alan, *Le teorie giuridiche sui contratti e i contratti incompleti*, in Fabbri, Fiorentini e Franzoni, *L'analisi economica del diritto*, NIS, Roma, 1997.
- POSNER e ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines* In Contact Law: An Economic Analysis, in Journ of Legal Stud., 1977. TRIMARCHI, *Commercial Impracticability in Contract Law: an Economic Analysis*, in Intern. Rev. of Law and Econ., 1991
- MARCHESINI, *L'impossibilità sopravvenuta nei recenti orientamenti giurisprudenziali in Il diritto privato oggi* a cura di Cendon, 2008
- PUGLIESE, *Laesio superveniens*, in Riv. Dir. Comm., 1925
- OSTI, *Appunti per una teoria della sopravvenienza: la cd. Clausola rebus sic stantibus*, in Riv. Dir. Civ., 1913.
- <sup>1</sup> DI BLASI, *La clausola 'rebus sic stantibus' nel nuovo codice civile e nelle prime applicazioni della giurisprudenza*, in Giur. It., 1949, IV. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999
- BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni* CABELLA-PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in Comm. Cod. civ., Scialoja-Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2002.
- BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1995
- CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in Europa e diritto privato, 2002.
- TARTAGLIA, voce *Onerosità eccessiva*, in Enc. Dir. XXX, Milano, 1980 TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*
- CASELLA G. , *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*
- BARANTI, *La clausola rebus sic stantibus*, Firenze, 1930.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, Torino, 1989.
- GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, 1960
- BOSELL BUFFA, *Di alcuni principi interpretativi in materia di risoluzione per eccessiva onerosità*, I, *Eccessiva onerosità*, VI, 1960
- COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948
- DE MARTINI, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950
- PUNZI, *La funzione del giudice nell'attuale evoluzione del diritto privato*, RDC, 1968
- COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, *Problemi generali*. Milano, 1955.
- OSILIA, *Eccessiva onerosità ed impossibilità sopravvenuta della prestazione*, Genova, 1950.
- REDENTI, *Sulla nozione*, pag. 347.
- TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*. RTPC, 1970.
- BONELL, *Force majeure, e hardship nel diritto uniforme della vendita*, DCI, 1991.
- BONELL, *La prima decisione italiana in tema di Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, 1994.
- DE NOVA, *Risoluzione per eccessiva onerosità e Convenzione di Vienna*, 2000.

CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*, Padova, 1997;

GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto dell'obbligazione*, Napoli.

RUBINO, *Delle obbligazioni*, RUBINO, *Delle obbligazioni*, Milano 1976;

DI MAJO, INZITARI, voce *Obbligazioni alternative*

CECCHETTI, *Le obbligazioni alternative*,

AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, 2004, pag. 127.

BUTERA, *Il codice civile italiano, Libro delle obbligazioni*, I, 1, Torino, 1943

GORASSINI, *Alternatività nell'oggetto della obbligazione*

MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942,

MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2 Milano, 1952.

DEVOTO, *L'obbligazione ad esecuzione continuata*, Padova, 1943.

BRACCIANTI, *Degli effetti dell'eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*, Milano

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*

MORUZZI, *L'eccessiva onerosità della prestazione*, in Temi, 1954,

ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of the contract*, in Riv. Trim. dir. E proc. Civ., 1983, II.

SACCO, *I rimedi sinallagmatici*

GIORGIANNI, *L'inadempimento*

TURNATURI, *Sacrificio economico del creditore e risoluzione per eccessiva onerosità*

BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*.

CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Milano, 1997

BELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in Riv. Dir. Priv., diretto da Bessone, IX; IV, Torino, 1998.

SANTORO- PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, pag. 194;

RESCIGNO, voce *Condizione* in Enc. Dir., VIII; Milano, 1998.

MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, 1958,

OSTI, *La clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in Riv. Dir. Civ., 1912

<sup>1</sup> BIGIAMI, *In tema di presupposizione*, in Giur. It., 1949, I,

GALGANO, *Il negozio giuridico*. II, ed., in Tratt. Di dir civ e comm diretto da Cicu e Messineo, continuato da Schlesinger, Milano, 2002.

CARRESI, *Dell'interpretazione del contratto*, in Commentario del codice civile Scialoja e Branca, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 1992, SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in Giurisp. It., 1999

TOMMASINI, *Revisione del rapporto ( diritto privato)*, voce in Enc. Del Dir., Giuffrè, Milano, 1989, XL.

MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovine, Napoli, 1996

SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in Giurisp. It., 1999

BESSONE e D'ANGELO, *Presupposizione*, voce in Enc. Del Dir. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986

PARDOLESI, *Regole di 'default' e razionalità limitata: per un diverso approccio di analisi economica del diritto dei contratti* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1996

TRACKMAN, *Winner take some: loss sharing and commercial impracticability*, Minnesota Law Rev., 1985

KULL, *Mistake, Frustration and the Windfall Principle of Contract Remedies*, in the Hasting law Journal, 1991

TRIMARCHI, *Commercial impracticability in Contract law: an economic analysis*, in Intern. Rev. of Law and Econ. , 1991

FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil law e di common law*, in Riv. Dir. Civ. , 1979

GIAMPIERI, *Rischio contrattuale in common law*, in Contratto e Impresa, 1996

BIANCA, *Le responsabilità*. Giuffrè, Milano, 1994

SACCO, *L'integrazione*, in Sacco e De Nova, *Il Contratto*, in Tratt. Dir. Priv., dir. Rescigno, II ed., Utet, Torino, 199

FRIGNANI, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione del rischio negli ordinamenti di civil law e di common law*, in riv. Dir. Civ., 1979, I.

<sup>1</sup>GABRIELLI. *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in Contratto e Impresa, 1991.

RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*,

TRIMARCHI, *Commercial impracticability in Contract law: an economic analysis* in Intern. Rev. Of Law and Econ., 1991.

ROSSELLO, *Sopravenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Egea, Milano, 1992.

GILLETTE Clayton, *Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long Term Contracts* in Minnesota Law Review, 1985.

ZIMAGNI, *Economia politica*, NIS, Roma, 1990

MARES, *L'offerta di riduzione ad equità nel contratto eccessivamente oneroso*, NGCC, 1996, II, pag. 61.

MICCIO, *I diritti di credito*, II; Torino, 1977, pag. 467

CARIOTA e FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1963.

ENRIETTI, Della risoluzione del contratto,  
MAZZOCCHI, *La natura giuridica dell'offerta di reductio ad aequitatem e i poteri del giudice*, RDCO, 1956.  
PANUCCIO DATTOLA, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990.  
DEL BENE, *Appunti sul rimedio della reductio ad aequitatem*  
DALMATIELLO, *Risoluzione del contratto*, NN.D.I. XVI, Torino, 1969  
BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*.  
J. BONELL e F. BONELLI, *Contratti Commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Giuffrè editore, Milano, 1997.  
BESSONE, *Presupposizione di eventi e circostanze dell'adempimento*, Foro pad. 1971.  
KAHN, *Force majeure et contrats internationaux de longue duree*, Journ. Dr. int. 1975 J. BONELL, *Force majeure e Hardship nel diritto uniforme della vendita internazionale*, Dir. Comm. Int., 1990.  
TERKI, *L'imprevision et le contrat international dans le code civil algerine*, Dr. Prat. Comm. Int., 1992  
TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 1994.  
WLADIS, *Common Law and Uncommon Events: The Development of the Doctrine of Impossibility of Performance in English Contract Law*, 75, Georgetown Law Journal,  
TRAISCI P.F., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, ESI ,Napoli.  
ALPA, *Contratto e common law*  
ZWEIGERT- HKOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung, Band II*, Tubingen, 1994  
BAILHACHE con il case *Admiral Shipping Co. Ltd v. Weidner Hopkins*  
ALPA, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997  
FRANSWORTH, *On contracts*, New York, 1998.  
MOCCIA, *Contract*  
CHESHIRE, C.H.S. *Fifoot e M.P. Furmston, Law of Contract*<sup>1</sup>  
CORBIN, *On contracts*, One volume edition, St. Paul, 1952t, London, 1996  
MURRAY, *Murray on Contracts*, Charlottesville, 1990  
ALPA e DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*  
STANNARD, *Frustratine delay*, in 46 *The Modern Law Review*, 1983  
FERRERI, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2003.  
YATES, *Drafting Force Majeure and related Clauses* in 3 *Journal of Contract Law* 1990  
KENDRICH, *The consequences of Frustration – The Law Reform Act 1943*  
HIRJI *Mulji v. Cheong Hue SS Co* 1926 AC 497  
ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto e statunitense* in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Egea, Milano, 1992 CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON'S, *Law of Contract*, London, 1996  
FRANSWORTH, *Contracts*, 1990  
MATTEI, *Common law*,  
FRIEDMAN, *History of American Law*, New York, 1985.  
GAMBARO, in GAMBARO e SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da SACCO, 2002, Torino  
MEHREN, *The US Legal System: Between the Common Law and Civil Law Legal Traditions*, Roma, 2000  
HAZARD, *The American Law Institute: What it is what it does*, Roma, 1995  
WHITE e SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, St. Paul, 1995  
BELLANTUONO, voce *Uniform Commercial Code*, in *Digesto IV, Delle discipline Privatistiche*, vol. XIX, Torino, 1999.  
GILMORE, *The Death of Contract*,  
CORBIN, *Corbin on Contracts, A comprehensive Treatise on the Working Rules of Contracts Law*, St. Paul, 1962.  
HOLMES, *The common law*, Boston, 1963  
TEDESCHI e ALPA, *Il contratto nel diritto nord-americano*, Milano, 1980.  
BURTON, *Principles of Contract Law*, St. Paul, 1995.  
WILLINGTON, *On Contracts*, New York, 1920.  
MURPHY, SPEIDEL e AYRES, *Studies in contract law*, 1997.  
WALTER, *Commercial Impracticability in contracts*, 61 *St. John's Law Rew.* 225 1987

JOSKOW, *Commercial impossibility, The Uranian Market and the Westinhouse case*, in legal Stud  
HOLMES, *The Common Law* CALAMARI e PERILLO, *The law of contracts*, St. Paul, 1998, pag. 521  
WEISKOPF, *Frustration of contractual Purpose*, 1996  
STROH, *The Failure of the Doctrine of Impracticability*, 5 Corporation Law Rev. 195 1982  
WHITE, *Contract Beach And Contr* DIGWA-SING, *The application of commercial  
impracticability under article 2-615 of the Uniform Commercial Code*, in KENDRICK, *per act  
Discharge Due To Impossibility: A Unified Theory*, in 17 Journal of Legal Studies 1988.  
JOSKOW, *Commercial Impossibility, The Uranian Market And The Westinghouse Case*, in 6 The  
Journal of Legal Studies.  
DAWSON, *Judicial Review of Frustrated Contracts: The United States*, in 64 Boston ULRev. 1984  
FULLER & PERDUE, *The reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale Law Rew., 52, 373;  
MUELLER, *Contract Remedies: Business Fact and Legal Fantasy*, 1967, Wisc. L. Rev. 833.  
POSNER e ROSENFELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic  
Analisis*, in 6 the Journal of Legal Studies 83 1977  
PERLOFF, *The Effects of Breaches of Forward Contracts due to unanticipated Price Changes*, in 10 The Journal of  
Legal Studies 221 1980.  
<sup>1</sup> BIRMINGHAM, *Why is There Taylor v Caldwell? Three Propositions About Impracticability?*, in  
23 University of San Francisco law Rev 379  
AUBRY e COURS, *De droit civil francais*, 6 ed., Paris, 1953,  
LEGIER, *Droit civil, les obligations*, Paris, 1998.  
TERRE', SIMLER e LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Paris, 1999.  
DAVID, *L'imprèvision dans les droits europèen*, in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*  
MOURALIS, *Imprèvision*, in *Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil*, Paris, 1989.  
GALGANO e VISENTINI, *Degli effetti del contratto*, Commentario del Codice civile Scialoja –  
Branca, Bologna Roma, 1993.  
GHESTIN, *Les effets du contrat*  
BRUZIN, *Essai sur la notion d'imprèvision e sur son role en matière contractuelle*, Bordeaux, 1992.  
LAURENT, *Cours èlémentaire de droit civil*, Bruxelles-Paris.  
LEGIER, *Droit civil*  
LEDUC, *La spécificité de la responsabilité contractuelle pour fait des choses*, in Dalloz, 1996  
CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927.  
GUELETTE, *Des effets de la guerre sur le contrats*, Paris, 1918  
VOIRIN, *De l'imprèvision dans les rapportes de droit privé*, Nancy, 1922.  
DE LAMBERTERIE, *Incidence des changements de circonstances*, in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-  
anglais*, Paris, 1987.  
BOMSEL, *La théorie de l'imprèvision en droit civil francais*, Paris, 1922  
LAROMBIERE, *Obbligations*, tomoIV, art. 1234, n. 4;  
RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1927.  
CAPITANT, *Théorie de la cause*.  
RIPERT, *La regle morale*.  
ZIMMERMANN, *Schuldrechtsmodernisierung*, in ZJ, 2001.  
TALLON, *Le concepi de bonne foi en droit francais du contrat*, Roma, 1995  
FYOT, *Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprèvision à l'égard des contrat  
portant sur objets autre qu'une somme d'argent*, Dijon.  
AZARD, *L'instabilité mpnètaire et la notion d'èquivalence dans le contrat*, in J.C.P., 1953<sup>1</sup>  
FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, in Rev. trim. Dr. Civ., 1983.  
RIPERT, *La rèvision des rentes viagères*, in Dalloz, 1949  
CANARIS, *Die Reformdes Rechts der Leistungstorungen*, in ZJ, 2001  
HUBER, *Die Unmöglichkeit der leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, in ZIP,  
2000.  
NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*.  
WERTHEIMER, *Die Leistungstorungen im Burgelichen Recht*, Berlin, 1998.  
MARKESINIS, *The German Law of obligations*, Oxford, 1997  
MEDICUS, *Schuldrecht*, vol.I, Allgemeiner Teil, Munchen, 2000.  
LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, vol. I, Allgemeiner Teil, 1987.

HARTMANN, *Die Obligation*, Erlangen, 1875.

SACCO, voce *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Digesto IV*, vol XVIII, Torino, 1998.

STOTTER, *Die Mangelhafte Geschäftsgrundlage in Mietrecht*, in *NJW*, 1971.

ZWEIGERT –KOTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band II: Institutionen, Tübingen, 1884.

LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung*, in *AcP*, 74, 1889.

DAVID, *L'imprévision dans les droits européens*, in *Etudes offertes à Alfred Jauffret*, Marseille, 1974.

DAWSON, *The effects of inflation in private contracts: Germany 1914-1924*, in 33 *Mich. L. Rev.*

LOCHER, *Geschäftsgrundlage und Geschäftswert*, in *AcP*, 121, 1923.

GEHM, *Der Begriff der Geschäftsgrundlage und seiner Anwendung in der neueren Rechtsprechung des Reichsgericht, Göttingen, 1932.*

SCHMIDT, *Geld und in Privatrecht*, in *JuS*, 1984.

DAWSON, *The effects of inflation.*

NUSSBAUM, *Money in the law*, 1950.

LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, 1963.

FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos*, München, 1971.

WIEACKER, *Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, 1965.

SCMIDT-RIMPLER, *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, in *Festschrift für H.C.Nipperdey*, München, 1955.

LEHMANN, *Allgemein Teil des BGB*, 16 ufl.

CHIOTTELIS, *Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen*, München, 1981.

STOTTER, *Versuch zur Präzisierung des Begriff der mangelhaften Geschäftsgrundlage*, 1990.

KOHLER, *Unmöglichkeit Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnisse*, München, 1971.

HUBER, *Verpflichtungszweck*, in *JuS*, 1972.

EBKE, *Legal Implications of German Reunification*, in 24 *The International Lawyer*.

ULMER, *Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung*, in *AcP*, 174, 1974.

NICKLISCH, *Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagelehre*, in *BB*, 1980.

LITTBARSKY, *Neutrale Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der Geschäftsgrundlage*, in *JZ*, 1981.

FLUME, *Allgemein Teil des BGB*, Berlino, 1975.

BEUTHIEN, *Zweckerreichung und Zweckstörung*, Tübingen, 1969.

WIEACKER, *Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und clausola rebus sic stantibus*.

STEINDORF, *Vorvertrag zur Vertragsänderung*, in *BB*, 1983.

MARTINEK, *Die Lehre von den Neuhandlungspflichten*, in *AcP*, 1998.

STOLL, *Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungen*, in *JZ*, 2001.

WILHELM, *Nachträgliche Unmöglichkeit und Nachträgliches unvermögen*, in *JZ*, 2001.

SCHAPP, *Empfindet es sich die Pflichtverletzung als Kernbestand des Leistungsstorungsrechts*, in *JZ*, 2001.

MOTSCH, *Risikoverteilung im allgemein Leistungsstorungsrecht*, in *JZ*, 2001.

MESSINA, *Usura e negozio usurario in Scritti Giuridici*, V, Milano, 1948.

FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1975.

LEONCINI, *I rapporti tra contratti, reati contratto e reati in contratto*, in *Riv. It. Dir. E proc. Pen.* 1990.

TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1997.

APICELLA, *Profili civilistici dell'usura*, 2002.

QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, XI, Torino, 1984.

DE CUPIS, *La distinzione fra usura e lesione nel codice civile vigente*, in *Dir. Fall.*, 1946.

DE CUPIS, *Usura e approfittamento dello stato di bisogno*, in *Riv. Dir. civ.*, 1961.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II; Padova, 1999.

TALASSANO, *Illecito civile e illecito penale nella lesione enorme*, in *Foro pad.*, 1946.

SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in *Giur. It.*, 1948.

INZITARI, *Profili civilistici dell'usura*, 2000.

GAZZONI, *Usura sopravvenuta e tutela del debitore*, in *Riv. Notariato*. 2000.

OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I.

TETI, *Il mutuo*, in *Trattato di dir. Priv. Diretto da Rescigno*, XII, 4, Torino, 1985.

SIMONETTO, *mutuo*, I, in *Enc. Giur.*, XX.



DI MAJO, voce *Termine*, in Enc. Del dir., XLIV.  
GIAMPICCOLO, voce *Mutuo*, in Enc. Del dir., XXVII.  
SEVERINO DI BENEDETTO, *Riflessi penali della giurisprudenza civile sulla riscossione di interessi divenuti usurari successivamente alla entrata in vigore della l. 108/96*, in Banca, borsa e titoli di cred.; Trib. Roma, 4.6.98.  
PISU, *La sorte dei n egozi usurari a seguito della riforma del reato*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2003.  
LAMICELA, *Lo jus superveniens e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*.  
FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in Riv. Dir. Comm., I.  
OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in Riv. Dir. Civ., 1999, I.  
RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, 2002.  
CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Giuffrè, 1974.  
RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, II, 1989.  
INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso di soglia della disciplina antiusura e al divieto di anatocismo*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1999.  
CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, in le ragioni del diritto*, 1995.  
DONISI, *In tema di nullità sopravvenuta del negozio giuridico*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1967.  
LA ROCCA, *L'usurarietà sopravvenuta tra regole di responsabilità e di validità*, 2002.  
CUTOLO-SIMONE, *Il recupero degli interessi passivi e i mutui usurari*, 2001.  
MEOLI, *Il mutuo ad interessi usurari tra interpretazione giurisprudenziale e decretazione d'urgenza*, in NGCC, N. 2, 2001.