



La rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali tra il rafforzamento della “sanctity of contract” nel diritto inglese e l’affievolimento del principio “pacta sunt servanda” negli ordinamenti di civil law

di LIVIA VENTURA

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. BREVE ANALISI STORICO-COMPARATISTICA DELLA DIALETTICA TRA I PRINCIPI *PACTA SUNT SERVANDA* E *REBUS SIC STANTIBUS* NELLA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE. – 3. IL CASO *CANARY WHARF V EUROPEAN MEDICINES AGENCY* E LA “*FRUSTRATION OF CONTRACT*” NELL’ORDINAMENTO INGLESE. – 3.1. *CANARY WHARF V EUROPEAN MEDICINES AGENCY*. – 3.2. LA “*FRUSTRATION OF CONTRACT*” *DOCTRINE* NELL’ORDINAMENTO INGLESE. – 3.3. BREVI CENNI SULLA “*FRUSTRATION OF CONTRACT*” NELL’ORDINAMENTO STATUNITENSE. – 3.4. *DOCTRINE OF FRUSTRATION* E CONTRATTO DI *LEASE*. – 3.5. LA DECISIONE DELLA *HIGH COURT*. – 4. IL PROBLEMA DELLE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEGLI ORDINAMENTI DI *CIVIL LAW*. – 4.1. L’ORDINAMENTO FRANCESE. – 4.2. L’ORDINAMENTO TEDESCO. – 4.3. L’ORDINAMENTO ITALIANO. – 5. CONCLUSIONI.

Abstract

The issue of the legal impact of “supervening events” on a contract has been addressed by the legal formants of most contemporary legal systems. This paper, after a brief historical and comparative analysis of the evolution of the debate between the principles of “pacta sunt servanda” and “rebus sic stantibus” in some of the major legal systems belonging to the Western legal tradition, will focus in particular on the analysis of the remedies provided in case of hardship and the collapse of the basis of the transaction. The opportunity for such analysis is offered by the recent decision of the High Court of Justice of England and Wales in *Canary Wharf v European Medicines Agency*.

1. Introduzione. Il tema della rilevanza giuridica delle “sopravvenienze contrattuali”¹, intese quali eventi non regolati nel contratto che, intervenendo

¹ Sul tema, tra gli altri, G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss.; ID., *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 495 ss.; T. GALLETTO, *Clausola rebus sic stantibus* (voce), in *Dig. IV, Disc. priv. – Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, p. 383 ss.; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)* (voce), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e*

dopo la sua conclusione e prima della sua completa attuazione ne alterano l'originario equilibrio stabilito dalle parti, è stato affrontato nell'ambito dei formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinario della maggior parte degli ordinamenti contemporanei².

In termini generali, i mutamenti delle circostanze che determinano il verificarsi di sopravvenienze sperequative possono essere ricondotti a tre distinte fattispecie (seppur caratterizzate a volte da labili confini): l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e il venir meno del presupposto negoziale.

Nell'ambito degli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, la questione delle sopravvenienze, nel bilanciamento dei due opposti principi "*pacta sunt servanda*" e "*rebus sic stantibus*", è stata per lungo tempo regolata in stretta aderenza al primo, con l'eccezione dell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta, regolata sin dal diciannovesimo secolo da tutti i maggiori codici europei.

Il tema ha assunto rilevanza centrale anche nell'ambito del commercio internazionale e dei progetti di diritto privato europeo. Le codificazioni di *soft law* elaborate in tali contesti, come i Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali (Principi UNIDROIT)³, i Principi di diritto europeo dei contratti

problemi di gestione del contratto, Milano, 1992; E. AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, 2a ed., Milano, 2011, p. 943; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 ss.; G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 59 ss.; R. GRISAFI, *Sopravenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016.

² Nell'ambito delle analisi comparatistiche, H. SMIT, *Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation*, in *58 Colum. L. Rev.* (1958), p. 287 ss.; F.P. TRAIACI, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; A. KARAMPATZOS, *Supervening Hardship as Subdivision of the General Frustration Rule: A Comparative Analysis with Reference to Anglo-American, German, French and Greek Law*, in *13 European Review of Private Law* (2005), p. 105 ss.; V. BARELA, *Comparative Analysis of The Evolution of Termination of Contract*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 2012, p. 1 ss.; recentemente E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018, p. 299 ss.; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019.

³ Nell'ambito dei Principi UNIDROIT, la fattispecie dell'*hardship* è regolata dagli artt. 6.2.1., 6.2.2., 6.2.3. Nel caso di eventi (successivi alla conclusione del contratto, che non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione al momento della sua conclusione, estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata e il cui rischio non era stato assunto dalla stessa) che alterano

(PECL)⁴ e il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)⁵, si caratterizzano, da un lato per l'adesione – in termini generali – al principio *pacta sunt servanda*, dall'altro per la rilevanza giuridica riconosciuta alle sopravvenienze contrattuali.

Tali strumenti, che per la loro diffusione e prestigio costituiscono un importante punto di riferimento per i legislatori nazionali, regolano non solo le ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ma anche la fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, prevedendo – secondo modalità differenziate – il rimedio della rinegoziazione, oltre a quello dello scioglimento, e attribuendo particolari

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), la parte svantaggiata ha diritto, se agisce senza ingiustificato ritardo, di chiedere la rinegoziazione (la richiesta non attribuisce alla parte il diritto di sospendere l'esecuzione). Durante le trattative, anche se non espressamente previsto, le parti devono comportarsi in conformità ai principi buona fede e correttezza (art. 1.7) e all'obbligo di cooperazione (art. 5.1.3), entrambe disciplinati dai Principi UNIDROIT. In caso di mancato accordo entro un termine ragionevole, ciascuna parte può rivolgersi al giudice competente (o avviare un arbitrato in caso di clausola compromissoria), il quale può sciogliere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

⁴ I PECL disciplinano la fattispecie all'art. 6:111 dedicato a "*Change of Circumstances*". In caso di eccessiva onerosità dovuta ad un mutamento delle circostanze (che non rientra nell'ambito del rischio assunto o ragionevolmente sopportabile dalle parti in relazione al contratto stesso), successivo alla stipula del contratto e non ragionevolmente ipotizzabile al momento della sua conclusione, i PECL prevedono un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti. Queste devono avviare le trattative al fine di adeguare o sciogliere il contratto («*the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it*»). Se, nell'arco di un periodo ragionevole di tempo la trattativa fallisce, il giudice potrà sciogliere il contratto secondo tempistiche e condizioni da lui stabilite, o adeguarne il contenuto distribuendo in modo "giusto" ed "equo" tra le parti le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento delle circostanze. Al giudice viene anche attribuita, su richiesta delle parti, la possibilità di accordare un risarcimento danni a carico della parte inadempiente all'obbligo di rinegoziazione (sia per il rifiuto di avviare le trattative volte alla rinegoziazione, sia per la interruzione delle trattative contraria ai principi di buona fede e correttezza).

⁵ Il DCFR regola la "*Variation or termination by court on a change of circumstances*" all'art. III – 1:110. In caso di eccessiva onerosità sopravvenuta (causata da un mutamento delle circostanze successivo alla stipula del contratto, non ragionevolmente ipotizzabile al momento della sua conclusione, che non rientra nell'ambito del rischio assunto o ragionevolmente sopportabile dalle parti in relazione al contratto), la parte onerata, può chiedere al giudice di modificare il contratto così da renderlo "ragionevole" ed "equo" alla luce del mutamento delle circostanze («*vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances*»), oppure di sciogliere il contratto nei tempi e alle condizioni da lui stabilite. Il ricorso al giudice però, può essere esperito solo se il debitore ha tentato, in modo ragionevole e in buona fede, di ottenere per via negoziale un "ragionevole" ed "equo" adeguamento delle condizioni contrattuali («*the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation*»). Il DCFR non introduce un obbligo legale rinegoziazione, né specifiche sanzioni per il suo inadempimento, ma il tentativo di avviare delle trattative in tal senso è considerato alla stregua di un presupposto dell'azione giudiziale.

poteri (di adeguamento o di scioglimento) al giudice nel caso di fallimento delle trattative instaurate dalle parti.

Il presente scritto, dopo una breve analisi storico-comparatistica dell'evoluzione della dialettica tra i principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* in alcuni tra i maggiori ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, si concentrerà in particolar modo sull'analisi dei rimedi apportati in relazione alle fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione e della perdita del fondamento del negoziale.

Occasione per tale riflessione è fornita dalla recente decisione della *High Court of Justice* inglese resa nel caso *Canary Wharf v European Medicines Agency*⁶. Prendendo spunto dalle motivazioni addotte dal giudice Smith, di seguito si esamineranno le attuali tendenze degli ordinamenti, soprattutto europei, nella tensione tra l'applicazione del principio *pacta sunt servanda* e lo sviluppo di rimedi caducatori e manutentivi del rapporto obbligatorio.

2. Breve analisi storico-comparatistica della dialettica tra i principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* nella tradizione giuridica occidentale. Il principio generale "*pacta sunt servanda*" (o "*sanctity of contract*" in *common law*), secondo il quale una volta concluso il contratto le parti non possono sottrarsi all'osservanza degli impegni assunti, è riconosciuto in tutti gli ordinamenti giuridici⁷. Si tratta, come noto, di principio non assoluto, ma soggetto ad eccezioni che giustificano il mancato adempimento dell'obbligazione contrattuale da parte di uno dei contraenti.

Tali eccezioni possono essere ricondotte, da un lato all'interno della fattispecie dell'impossibilità (*impossibilium nulla est obligatio*)⁸, la cui origine si rinviene già nel diritto romano e, dall'altro, nell'ambito della clausola "*rebus sic*

⁶ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch).

⁷ Per un'analisi della sua nascita e sviluppo nell'ambito delle diverse tradizioni giuridiche cfr. H. WEHBERG, *Pacta Sunt Servanda*, in *53 Am. J. Int'l L.* (1959), p. 775 ss.

⁸ *Corpus Iuris Civilis, Digesta* 50.17.185 (533) (Celsus lib. 8 digest.). Il principio giuridico espresso dal brocardo *impossibilium nulla est obligatio* era rigettato nel diritto inglese: «*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*» (cfr. *Thornborow v Whitcare* (1706) 2 Ld. Raym. 1164, 1165).

stantibus”, elaborata nel periodo medioevale da glossatori e canonisti⁹, secondo la quale il contratto è vincolante fra le parti fintanto che, durante l’esecuzione, non si verifichi un mutamento delle circostanze di fatto esistenti al momento della sua stipula (mutamento che, come detto, può determinare eccessiva onerosità della prestazione o il venir meno dello scopo del contratto)¹⁰.

Il bilanciamento dei due opposti principi, *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* (inteso qui, in generale, con riferimento al tema delle sopravvenienze), ha condotto a risultati diversi nei singoli ordinamenti caratterizzati da diverse tradizioni giuridiche e da un diverso contesto socioeconomico. Guardando alla tradizione giuridica occidentale, è possibile rilevare un approccio più rigido nel diritto inglese, incline a preservare la *sanctity of contract*, e più flessibile nei paesi dell’Europa continentale, che hanno nel tempo aperto non solo all’applicazione della clausola *rebus sic stantibus* (indebolendo il principio della immodificabilità del contratto), ma anche allo sviluppo di rimedi alternativi allo scioglimento del vincolo contrattuale (come, ad esempio, la rinegoziazione).

La clausola *rebus sic stantibus*, assente nel diritto romano, è stata introdotta nella tradizione di *civil law* principalmente grazie all’opera dei Canonisti (e in particolare di Baldo degli Ubaldi¹¹) che, in conformità ai precetti etici della teologia morale, valorizzavano l’elemento equitativo e la volontà dei soggetti. Nell’ambito nei paesi di diritto continentale è però opportuno segnalare una ulteriore distinzione tra area germanica e paesi latini.

In questi ultimi, le prime codificazioni aderiscono al principio *pacta sunt servanda*. Il *Code Napoléon* del 1804 non ha accolto la *théorie de l’imprévision* (estranea al diritto francese sino alla riforma del 2016) e ha codificato il principio

⁹ J. GORDLEY, A.T. VON MEHREN, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge, 2009, p. 503, 513.

¹⁰ Se ne trova traccia già nella glossa al *Decretum Magistri Gratiani* (1139-1142 ca.) Gratianus, *Decretum dicta Gratiani ante*, in *Corpus iuris canonici*, E. Friedberg ed., 1876, C. 22, q. 2, c. 14. Sul tema G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 13; G. OSTI, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1959, p. 353.

¹¹ Cfr. J. GORDLEY, A.T. VON MEHREN, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge, 2009, il quale cita, tra gli altri, Baldus De Ubaldis, *Commentaria Corpus Iuris Civilis*, Venice, 1577, to Dig, 12.4.8.

pacta sunt servanda all'art. 1134¹², prevedendo quale eccezione la sola fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta¹³. Allo stesso modo, il Codice Civile italiano del 1865, che ne ha subito l'influenza, ha sancito il principio secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti (art. 1123)¹⁴ e ha disciplinato

¹² Il *Code Napoléon* del 1804, riprendendo il pensiero di J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le droit public et legum delectus*, Paris, 1767, vol. I, n. 7, 22, rifiutava la *théorie de l'imprévision* (secondo la quale l'alterazione delle condizioni economiche del contratto a causa di eventi sopravvenuti e imprevedibili comportava per le parti l'obbligo di rinegoziare i termini contrattuali e la possibilità di ottenere l'adattamento del contratto da parte del giudice) ed accoglieva il principio *pacta sunt servanda* all'art. 1134 secondo il quale: «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.*». A seguito dalla riforma del diritto dei contratti, avvenuta con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, il contenuto dell'art. 1134 non è stato confermato nella sua versione originale, ma il contenuto della vecchia disposizione può essere rinvenuto negli articoli 1103 («*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.*»), 1193 («*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.*») e 1104 («*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*») del nuovo Codice Civile.

¹³ Per quanto attiene all'impossibilità sopravvenuta, il *Code Napoléon* la disciplinava, secondo concezioni oggettivistiche, agli artt. 1147 e 1148 prevedendo il rimedio della esecuzione in forma specifica o della *résolution* oltre al risarcimento dei danni (cfr. art. 1184). Secondo il primo, il debitore era tenuto al risarcimento del danno tutte le volte in cui non avesse dato prova che l'inadempimento proveniva da una causa esterna che non gli poteva essere imputata («*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part*»). L'art. 1148, poi, escludeva la responsabilità del debitore nel caso in cui la mancata esecuzione fosse dovuta a forza maggiore o caso fortuito («*Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit*»). La riforma del 2016 non ha apportato cambiamenti sostanziali. L'impossibilità sopravvenuta è ora regolata dall'art. 1231-1, secondo il quale il debitore è condannato al risarcimento dei danni per l'inadempimento dell'obbligazione (o per il ritardo nell'adempimento), se non prova che l'adempimento sia stato impedito da forza maggiore («*Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure*»). La forza maggiore viene a sua volta definita dall'art. 1218, che consacra a livello legislativo la definizione elaborata dalla giurisprudenza. In particolare, si ha forza maggiore in relazione ad un evento al di fuori del controllo del debitore, che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto e i cui effetti non possono essere evitati con misure appropriate («*Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.*»). I rimedi sono indicati invece dall'art. 1217, il quale prevede l'esecuzione forzata, la riduzione del prezzo o la risoluzione.

¹⁴ Nel Codice Civile italiano del 1865, era l'art. 1123 a sancire il principio secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti, principio ripreso dall'art. 1372 del Codice Civile del 1942.

l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1123)¹⁵. Successivamente, l'ordinamento italiano ha parzialmente accolto (a livello legislativo) la clausola *rebus sic stantibus* con l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 che ha normato, oltre alla fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta (1463 ss.), quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (art. 1467 ss.)¹⁶.

Con riferimento ai paesi dell'area germanica, invece, la codificazione del principio *rebus sic stantibus* risale ai codici Bavarese e Prussiano (il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756 e l'*Allegemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* – ALR – del 1794¹⁷), per poi approdare, nel 1811, all'interno del Codice civile austriaco, l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblände* (ABGB)¹⁸.

Il Codice civile tedesco, il *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) entrato in vigore nel 1900, ha seguito l'orientamento dei paesi latini. In aderenza alla Scuola Storica, il legislatore tedesco ha rigettato la teoria della presupposizione (*Lehre*

¹⁵ Il Codice Civile del 1865 disciplinava quali casi di impossibilità sopravvenuta la perdita della cosa dovuta, il perimento e la messa fuori commercio della cosa oggetto dell'obbligazione (art. 1298). Gli artt. 1225, 1226 disciplinavano, rispettivamente, l'esonero da responsabilità per danni da inadempimento (o ritardo nell'adempimento) in caso di "causa estranea non imputabile" e di caso fortuito e forza maggiore. Nel Codice Civile del 1942 l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, derivante da causa non imputabile al debitore, determina la liberazione del debitore dalle conseguenze dell'inadempimento (art. 1218 c.c.) e l'estinzione dell'obbligazione (art. 1256 c.c.), mentre nell'ambito della disciplina dei contratti rappresenta una causa di risoluzione (1463 c.c.). Sul tema G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore* (Commento all'art. 1256 c.c.), in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni* – Artt. 1218-1276, Torino, 2013, p. 672-700.

¹⁶ Secondo quanto espresso dal n. 665 della Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Grandi), presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del "Codice Civile", l'art. 1467 introduce nell'ordinamento italiano «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, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri».

¹⁷ L'ALR prevedeva, ai paragrafi §§ 377 ss., e in particolare al § 378 I 5, che se a causa di una variazione imprevista il fine ultimo di ambedue le parti, dichiarato espressamente o risultante dalla natura stessa del contratto, non potesse più essere raggiunto, ogni contraente aveva la possibilità di recedere. Cfr. K. ZWIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato* – Vol. 2: *Istituti*, Milano, 2011, p. 246.

¹⁸ L'ABGB contiene una specifica disposizione relativa al mutamento delle circostanze riferita al contratto preliminare. Il paragrafo § 936 prevede che il contratto preliminare si considera vincolante solo se le circostanze non siano nel frattempo mutate in modo da frustrare lo scopo contrattuale espressamente previsto o risultante dalle circostanze. K. ZWIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato* – Vol. 2: *Istituti*, cit., p. 246.

von der Voraussetzung) elaborata dal Windscheid¹⁹ e non ha recepito – sino alla riforma del 2002 – il principio insito nella clausola *rebus sic stantibus*, disciplinando la sola fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta (*Unmöglichkeit*), sviluppata dal diritto romano e rielaborata nel diciannovesimo secolo nell'ambito del diritto comune (*Gemeines Recht*)²⁰.

Guardando ai sistemi di *common law*, il tema delle sopravvenienze contrattuali ha avuto uno sviluppo peculiare nell'ambito della *doctrine of "frustration of contract"*, elaborata dalle corti a partire dalla metà del diciannovesimo secolo e applicata in modo restrittivo – in particolare nel diritto inglese rispetto al diritto statunitense – in ossequio al principio della *sanctity of contract* (o *absolute contract*) inteso, ancora oggi, quale principio fondante il diritto dei contratti.

3. Il caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* e la “*frustration of contract*” nell'ordinamento inglese. Al fine di ripercorrere i tratti salienti e l'evoluzione della *doctrine* della *frustration of contract* nel diritto inglese, pare opportuno prendere avvio da una recente decisione in materia della *High Court of Justice*, resa nel caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* del 20 febbraio 2019, che prende in esame la rilevanza giuridica dell'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea (*c.d.* Brexit) quale evento idoneo ad integrare una causa di *frustration* di un contratto di “*lease*”²¹.

¹⁹ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in 78 in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1892, p. 161.

²⁰ Il BGB ha ripreso la distinzione tra impossibilità originaria della prestazione (ovvero impossibilità che si presenta già al momento della conclusione del contratto) e impossibilità sopravvenuta (causata da eventi successivi alla conclusione del contratto). Nel primo caso, ex §§ 306 e 307 del BGB, si ha la nullità del contratto e l'eventuale risarcimento danni da parte del contraente che aveva notizia dell'impossibilità originaria. Quanto all'impossibilità sopravvenuta, le parti sono entrambe liberate nel caso in cui l'impossibilità non sia imputabile a nessuna delle due (ex §§ 275 e 323 BGB). Sul tema, K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 208 ss. Per una ricostruzione dell'impossibilità sopravvenuta nel diritto tedesco, A. DE MAURO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, Milano, 2011, p. 8-16.

²¹ Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, Milano, 1984, p. 932-933; BLACK'S LAW DICTIONARY, vol. 7a ed., St. Paul (Minn), 1999, p. 898-899.

3.1. *Canary Wharf v European Medicines Agency.* L'Agencia europea per i medicinali (*European Medicines Agency* – EMA), la cui sede era fissata nel Regno Unito sino alla Brexit, aveva stipulato nell'agosto 2011 (con efficacia dall'ottobre 2014) un contratto di locazione (*lease*) per i propri uffici situati a Londra, nel complesso immobiliare di proprietà della *Canary Wharf Limited* (CW). Il contratto, qualificabile come *long-lease*, prevedeva un termine di durata di 25 anni (fino al 2039).

Dopo il I referendum sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea del 23 giugno 2016, prendeva formalmente avvio con lo *European Union (Notification of Withdrawal) Act* del 2017 la procedura di cui all'articolo 50 del Trattato sull'Unione Europea (TUE), che prevede il meccanismo di recesso volontario e unilaterale di un paese dall'Unione. Conseguentemente, l'EMA informava il *lessor* del fatto che, nel caso in cui la Brexit si fosse verificata, l'Agencia non avrebbe più avuto bisogno di una sede nel Regno Unito e che, trattandosi di circostanze non prevedibili al momento della stipula del *lease*, tale evento sarebbe stato considerato idoneo a determinarne la *frustration* del contratto²².

La *Canary Wharf Limited* respingeva tale prospettazione e avviava un procedimento presso la *High Court* al fine di far accertare che lo scopo del *lease* non potesse considerarsi “*frustrated*” dall'evento Brexit e che l'EMA avrebbe continuato ad essere vincolata a tutti gli obblighi previsti dal contratto, tra cui quello del pagamento del canone di locazione per il resto della sua durata.

Gli argomenti addotti dall'EMA come basi della *frustration* del contratto di *lease* (e quindi ai fini dell'estinzione delle obbligazioni nascenti dal contratto stesso) possono essere ricondotti a due: la *c.d.* “*frustration for supervening illegality*” e la “*frustration of common purpose*”.

Con riferimento alla *frustration for supervening illegality*, l'EMA evidenziava che l'esecuzione del *lease* fosse divenuta “illegale” poiché, a seguito della Brexit, l'EMA non avrebbe più avuto la capacità giuridica necessaria per occupare gli

²² A seguito della decisione del Regno Unito, l'Unione Europea (UE) ha deciso di trasferire la sede dell'EMA ad Amsterdam con il Regolamento (EU) 2018/1718 del 14 novembre 2018.

uffici di Londra e continuare ad adempiere alle obbligazioni nascenti dal contratto (tali atti sarebbero divenuti atti *ultra vires*) considerato che, nel rispetto del diritto dell'UE, sarebbe stata obbligata a spostare la propria sede in altro paese membro dell'Unione.

Quanto alla *frustration of common purpose* (riferita allo scopo implicito di entrambe le parti al momento della conclusione del contratto), l'EMA ha sostenuto che in conformità al diritto comunitario non avrebbe potuto continuare ad utilizzare i locali presi in locazione come propria sede e che ciò determinava, secondo l'Agenzia, la *frustration* dello scopo comune del contratto di locazione, che era quello di fornire all'EMA una sede permanente fino al 2039.

3.2. La “*frustration of contract*” doctrine nell’ordinamento inglese. La recente decisione delle *High Court*, di cui si dirà in seguito, si inserisce perfettamente nel solco dell’orientamento restrittivo delle corti inglesi nell’applicazione della *doctrine of frustration*, le quali ancora oggi tendono a preservare il principio della *sanctity of contract* espresso nel *leading case* *Paradine v Jane* del 1647²³. Il caso riguardava il pagamento del canone di un *lease for years* che il *lessee* non aveva pagato poiché non aveva potuto usufruire delle terre a causa dell’occupazione nemica. Il *King’s Bench* ha cristallizzato nella sua decisione il principio dell’*absolute contract* affermando che l’obbligazione contrattualmente assunta deve essere adempiuta nonostante la sopravvenienza di “*accident by inevitable necessity*” (nello specifico, l’impossibilità di godere delle terre), salvo non siano inserite nel contratto apposite clausole di esclusione della responsabilità²⁴.

Il principio della *sanctity of contract*, nonostante le critiche di parte della dottrina che ne rilevava la rigidità rispetto a quanto previsto in altri ordinamenti²⁵, è rimasto inalterato sino alla metà del diciannovesimo secolo quando, con la

²³ *Paradine v Jane* [1647] EWHC KB J5, (1647) Aley 26.

²⁴ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 138; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, 3ª ed., Milano 2005, p.194-195.

²⁵ ANON, *Art III. Execution of a Contract Impossible*, in *10. Am. Jurist & L. Mag.* (1833), p. 251.

decisione presa in *Taylor v Caldwell*²⁶, si è registrata una prima apertura nei confronti di forme di “inadempimento giustificato”. Tale evoluzione viene da alcuni associata alla tendenza di quel periodo al progressivo avvicinamento tra *common law* ed *equity* (ribadito poco dopo con la fusione delle Corti realizzata dai *Judicature Acts* del 1873-1875) e all’influenza del diritto continentale su giuristi e giudici inglesi²⁷, tanto che nel caso in esame il giudice Blackburn fa esplicito riferimento al *Digesto* e al *Traité des Obligations* di Pothier²⁸.

È proprio con il caso *Taylor v Caldwell* del 1863 che viene elaborata per la prima volta la *doctrine of frustration*, in riferimento alla fattispecie dell’impossibilità sopravvenuta (assoluta e oggettiva) della prestazione di una delle parti di un *contract*. Il caso riguardava la distruzione di una sala concerti (di proprietà di Caldwell) a causa di un incendio accidentale che ne aveva impedito l’utilizzo da parte di Taylor, un organizzatore di concerti che l’aveva presa in locazione per quattro serate. Quest’ultimo, che aveva già sopportato i costi pubblicitari relativi agli eventi da lui organizzati nella sala, chiedeva al proprietario della *music hall* il risarcimento dei danni per inadempimento. La corte ha ritenuto che il contratto contenesse una “*implied condition*”²⁹ relativa all’esistenza della sala e, considerato il suo perimento, ha dichiarato la *termination* del contratto (riconoscendo la *frustration per impossibility*) e l’infondatezza della pretesa risarcitoria affermando che «*[t]he principle seems to us to be that, in contracts in which the performance depends on the continued existence of a given person or*

²⁶ *Taylor v Caldwell* [1863] EWHC QB J1, (1863) 3 B & S 826.

²⁷ G. CHUNG, *A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English ‘Hands-off Approach’ and German ‘Interventionist Mechanism’*, in *1 European Review of Private Law* (2017), p. 114.

²⁸ In particolare, il giudice Blackburn cita il *Digesto*, *Digest*, L. XLV., tit. I, 1. 33. e I. 23. e R.J. POTHIER, *Traite des Obligations*, partie 3, chap. 6, art. 3, § 668 ed afferma «*[a]lthough the Civil law is not of itself authority in an English Court, it affords great assistance in investigating the principles on which the law is grounded. And it seems to us that the common law authorities establish that in such a contract the same condition of the continued existence of the thing is implied by English law.*».

²⁹ Si usa qui il termine inglese “*condition*”, consapevoli che nel diritto inglese tale termine può assumere diversi significati. In particolare, può riferirsi alla condizione intesa come “*condicio facti*”, o alla clausola contrattuale essenziale, la cui violazione determina *breach of contract* e dunque la possibilità di risolvere il contratto. Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, cit., p. 514-515; BLACK’S LAW DICTIONARY, cit., p. 288-290.

*thing, a condition is implied that the impossibility of performance arising from the perishing of the person or thing shall excuse the performance.»*³⁰.

Da quel momento in avanti, la *doctrine of frustration*, si è sviluppata sino a ricomprendere diverse fattispecie³¹, nei confronti delle quali le corti inglesi hanno assunto atteggiamenti più o meno restrittivi: *i)* l'*impossibility* (impossibilità sopravvenuta), *ii)* l'*illegality* (illegalità sopravvenuta della prestazione); *iii)* la *frustration of common purpose* (impossibilità di realizzare lo scopo del contratto comune alle parti). Oltre a queste, è necessario richiamare la *c.d. impracticability* (ovvero l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione) che, secondo il diritto inglese, non costituisce di per sé una causa di *frustration*.

La sopravvenuta impossibilità (*impossibility*) della prestazione di una delle parti è stata riconosciuta dalle corti nei casi di distruzione della cosa specifica oggetto della prestazione (come in *Taylor v Caldwell*), di indisponibilità dell'oggetto del contratto per causa non imputabile al debitore e di morte, malattia o incapacità sopravvenuta del debitore nei contratti *intuitu personae*.

La sopravvenuta illegalità (*illegality*) della prestazione si verifica quando l'impedimento ad adempiere è diretta conseguenza di un provvedimento legislativo, amministrativo o giudiziario. Uno dei primi casi in tal senso è *Baily v De Crespigny*³² nel quale il *lessor* è stato esonerato da responsabilità poiché costretto a violare l'obbligo contrattualmente assunto di non costruire su un determinato terreno a seguito di un provvedimento legislativo che assegnava quel terreno ad una società ferroviaria affinché questa vi costruisse una stazione.

La *frustration of common purpose* (o *frustration of the common venture*) si verifica invece quando, nonostante la prestazione sia possibile, le mutate circostanze impediscono la realizzazione dello scopo economico originariamente previsto dalle parti. Questa ulteriore forma di *frustration* viene ricondotta ai *c.d. "coronation cases"*, ovvero a quei contenziosi nati a seguito dell'annullamento

³⁰ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 138; G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, 3ª ed., Milano 2005, p. 195.

³¹ Per un approfondimento sulle diverse fattispecie di *frustration* G.H. TREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, 5ª ed, Londra, 1995, p. 335.

³² *Baily v De Crespigny* (1869) LR 4 QB 180.

della processione e di altri eventi previsti per l'incoronazione di Edoardo VII. Le corti hanno riconosciuto la *frustration* nel caso di locazione (da parte di soggetti privati non commerciali) di alcune stanze con balconi sulla via nella quale era prevista la processione (*Krell v Henry*³³), poiché la possibilità di assistere al passaggio del corteo costituiva l'unico scopo del contratto.

L'applicazione di tale fattispecie è stata da sempre soggetta ad interpretazione restrittiva da parte delle corti³⁴. Non è stata ad esempio riconosciuta la *frustration of common purpose* di contratti commerciali, anch'essi connessi al rinvio della cerimonia di incoronazione e relativi al noleggio di una imbarcazione da parte di una società che avrebbe offerto ai passeggeri la possibilità di osservare la parata navale (parte delle celebrazioni, poi rinviate) oltre che una giornata di crociera, poiché scopo del contratto non era unicamente quello di osservare la parata (*Herne Bay Steam Boat Company v Hutton*³⁵). Analogamente, la *frustration of common purpose* non è stata riconosciuta nel caso di un contratto di compravendita di un immobile quando, prima della sua completa esecuzione, le autorità hanno imposto un vincolo architettonico che vietava interventi di ristrutturazione e ne diminuiva quindi il valore di mercato (*Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. v John Walker & Sons*³⁶).

Le basi giuridiche sulle quali le corti hanno eretto la teoria della *frustration* sono state diverse nel tempo³⁷. Tra queste rilevano in particolare la teoria della "*implied condition*" (o "*implied term*") sviluppata sin dal caso *Taylor v Caldwell* (teoria vicina a quella della presupposizione del Whindscheid³⁸), secondo la quale il contratto conterrebbe delle previsioni implicite relative all'esistenza di una specifica cosa o di uno specifico stato dei fatti e, dunque, l'estinzione dell'obbligazione nel caso in cui questi vengano meno a causa di eventi

³³ *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740.

³⁴ G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 197-198.

³⁵ *Herne Bay Steam Boat Company v Hutton* [1903] 2 KB 683.

³⁶ *Amalgamated Investment and Property Co. Ltd. v John Walker & Sons* [1977] 1 WLR 164.

³⁷ Per una ricostruzione delle diverse teorie elaborate dalle corti inglesi, come la *implied condition theory*, la *total failure of consideration theory*, la *frustration of the adventure theory*, la *construction of the contract theory* e la *radically different theory* cfr. *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 15-17.

³⁸ G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 198.

sopravvenuti. La teoria della *implied condition*, che garantisce ampia flessibilità alle corti nel rendere giustizia, è stata criticata poiché basata su una finzione, su una volontà artificiale delle parti, idonea ad arginare il principio cardine della libertà contrattuale delle parti stesse che, se avessero davvero voluto, avrebbero potuto includere specifiche previsioni all'interno del contratto³⁹.

Più di recente, l'*implied condition theory* è stata sostituita dal *c.d. "radical change test"* elaborato nel caso *Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council*⁴⁰. Attraverso l'utilizzo di tale test le corti hanno anche negato l'applicazione della *frustration* in quei casi riconducibili alla ulteriore fattispecie della *impracticability*. In particolare, in *Davis*, la *House of Lords* ha negato la *frustration* nel caso di un aggravio dei costi relativi alla costruzione di edifici causato dalla carenza di manodopera e materiali. Secondo Lord Radcliffe, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione non poteva essere invocata di per sé come causa di risoluzione. Secondo tale teoria, ciò che è necessario verificare è se il mutamento delle circostanze abbia determinato un significativo mutamento nella sostanza delle obbligazioni assunte dalle parti, tale che l'esecuzione di quella prestazione risulti radicalmente diversa da quella dedotta nel contratto. Il contratto, dunque, deve divenire radicalmente diverso da quanto concordato dalle parti, tanto da far venir meno il suo fondamento⁴¹.

Il tema dell'*impracticability*, preso in esame nel caso *Davis*, è stato affrontato anche nei *c.d. "Suez cases"*⁴², nei quali l'aumento considerevole dei costi di trasporto, derivante dalla necessità di circumnavigare l'Africa a causa della chiusura del canale di Suez, non è stato ritenuto idoneo a configurare una ipotesi di *frustration* dei contratti di vendita di merci nei quali il prezzo includeva

³⁹ L.E. TRAKMAN, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, in *46 Modern Law Review* (1983), p. 39.

⁴⁰ *Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696.

⁴¹ In *Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696, 729 si afferma che «*frustration occurs whenever the law recognises that without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract. Non haec in foedera veni. It was not this that I promised to do.*».

⁴² E.g., *Tsakiroglou & Co Ltd v Noble Thorl GmbH* [1962] AC 93. Cfr. R.L. BIRMINGHAM, *A Second Look at the Suez Canal Cases: Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of Economic Theory*, in *20 The Hastings Law Journal* (1969), p.1400 ss.

anche il costo del trasporto. Secondo le corti, in questi casi la prestazione da eseguire era possibile, anche se con modalità diverse e più onerose rispetto a quelle previste, e non poteva dunque essere considerata “*radically different*”. Nel diritto inglese, dunque, la *impracticability* non viene riconosciuta come causa di *frustration*.

Guardando in generale alla fattispecie della *frustration*, è necessario evidenziare un suo ulteriore requisito. Questa deve verificarsi in relazione ad eventi imprevedibili ed estranei alla sfera di controllo delle parti, non deve essere *self-induced*, ovvero non deve dipendere da un *fault* (o *default*) del debitore (cfr. il caso *The Super Servant Two*)⁴³.

Inoltre, guardando al contratto come strumento atto a distribuire il rischio dell'inadempimento tra le parti, è facile comprendere⁴⁴ come la *frustration* non sia riconosciuta dalle corti nel caso di espressa accettazione del rischio da parte di uno dei contraenti, nei contratti caratterizzati da finalità speculative e nei contratti di lunga durata (fattispecie nella quale sembra ricadere anche il caso *Canary Wharf*).

La *frustration* determina la risoluzione del contratto (*termination*), il cui effetto è quello di liberare (*discharge*) il debitore dalle obbligazioni assunte. Sulle conseguenze della *frustration* è intervenuto il *Law Reform Frustrated Contracts Act* del 1943 che prevede meccanismi di restituzione per i pagamenti in denaro già effettuati (*recovery of advance payments*)⁴⁵ e di attribuzione di un equo

⁴³ Tale principio è stato affermato nel caso *c.d. The Super Servant Two (J. Lauritzen A/S v Wijsmuller BV* [1990] 1 Lloyd's Rep 1). La controversia si riferisce ad un contratto di trasporto marittimo. Il vettore si era impegnato ad effettuare il trasporto con una delle sue navi a disposizione, la *Super Servant One* o *Super Servant Two*. Quest'ultima affondò prima dell'esecuzione del contratto, ma quando ormai l'altra nave era già stata impegnata dal vettore per trasportare altro carico. La *frustration* è stata negata (anche in Corte d'Appello) poiché la decisione circa l'utilizzo della *Super Servant One* per altro carico era nella sfera di controllo (*within the control*) del vettore.

⁴⁴ S.J. BURTON, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, trad it. S. Di Paola e R. Pardolesi, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, p. 13.

⁴⁵ *Law Reform Frustrated Contracts Act* 1943 § 1(2) «*All sums paid or payable to any party in pursuance of the contract before the time when the parties were so discharged (in this Act referred to as the time of discharge) shall, in the case of sums so paid, be recoverable from him as money received by him for the use of the party by whom the sums were paid, and, in the case of sums so payable, cease to be so payable:*

Provide that, if the party to whom the sums were so paid or payable incurred expenses before the time of discharge in, or for the purpose of, the performance of the contract, the court may, if

indennizzo (*recovery of valuable benefits other than a payment of money*) in relazione alle prestazioni già adempiute diverse dal denaro⁴⁶ (salva la possibilità di trattenere le spese sostenute per l'adempimento⁴⁷).

Da quanto sopra, emerge come l'ordinamento inglese, in particolare a seguito del caso *Davis* e dell'utilizzo del *radical change test*, mantenga un atteggiamento molto restrittivo circa l'applicazione della *doctrine of frustration*. Per tale ragione, nella prassi commerciale si ricorre spesso all'utilizzo di clausole contrattuali di *force majeure* e di *hardship*⁴⁸. La prima, volta ad escludere la responsabilità del debitore per eventi non imputabili alle parti (estranei alla loro volontà e alla sfera di controllo) che determinano l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni contrattuali. La seconda, volta a disciplinare l'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione consentendo, di solito, alle parti di rinegoziare i termini del contratto. Si tratta, in entrambe i casi, di concetti giuridici assenti nel diritto inglese, codificati o applicati, invece, dalle corti degli ordinamenti di *civil law* anche in assenza di una apposita disposizione contrattuale⁴⁹.

it con- siders it just to do so having regard to all the circumstances of the case, allow him to retain or, as the case may be, recover the whole or any part of the sums so paid or payable, not being an amount in excess of the expenses so incurred.».

⁴⁶ *Law Reform Frustrated Contracts Act 1943 § 1(3)* «Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court consider just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular, –

(a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and,

(b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise of the frustration of the contract.».

⁴⁷ La normativa non si applica ai contratti di trasporto marittimo, di assicurazione e di vendita di beni infungibili. G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p.199-200; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 170-173

⁴⁸ Si vedano ad esempio le clausole modello elaborate solo nel 2003, dalla Camera di Commercio Internazionale (ICC) per venire incontro alle esigenze delle imprese operanti a livello internazionale, consultabili su <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-clause-2003icc-hardship-clause-2003/>.

⁴⁹ D. THOMAS, *Frustration and Force Majeure: A Hard Line in English Law*, in *6 Construction Law International* (2011), p. 21.

3.3. Brevi cenni sulla “*frustration of contract*” nell’ordinamento statunitense. Prima di esaminare la decisione della *High Court* nel caso in esame, è necessario fare alcune brevi precisazioni sugli sviluppi della *doctrine of frustration* negli Stati Uniti.

Nel corso del ventesimo secolo, nell’ordinamento statunitense la *doctrine of frustration* ha avuto una propria evoluzione, che si discosta, in termini di flessibilità, dall’approccio inglese⁵⁰.

In particolare, pur partendo dall’affermazione del principio dell’*absolute contract* come principio generale della *contract law*, le corti e il legislatore statunitensi hanno ampliato l’ambito di applicazione della *frustration* sino a ricomprendere delle ipotesi di *impracticability* (o *commercial impracticability*) determinate dalla eccessiva onerosità della prestazione. Ciò, in ossequio ad una maggiore attenzione verso il mantenimento dell’equilibrio sinallagmatico del contratto, che ha indotto a dare rilievo a circostanze esterne che sconvolgono l’economia dell’affare.

Una prima testimonianza dell’accoglimento della *doctrine of impracticability* viene individuata nel caso *Mineral Park Land Co v Howard*⁵¹ del 1916, nel quale la Corte Suprema della California ha riconosciuto l’*impracticability* della prestazione, con la conseguente *termination* e *discharge* del debitore (Howard). Quest’ultimo era stato citato in giudizio per aver rimosso (e pagato) solo parte della ghiaia contrattualmente concordata dai terreni di proprietà della Mineral Park (nello specifico, tutta la ghiaia presente nel terreno e necessaria alla costruzione di un ponte), poiché i metri cubi restanti erano al di sotto del livello dell’acqua e potevano essere estratti solo con ulteriori spese e ritardi (i costi per il debitore sarebbero più che decuplicati). La corte ha affermato in proposito che «*[a] thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a*

⁵⁰ Sull’applicazione della *frustration* negli US, A.L. CORBIN, *Frustration of Contract in the United States of America*, in *29 Journal of Comparative Legislation and International Law* (1947), p. 1-8.

⁵¹ *Mineral Park Land Co v Howard*, 156 P. 485, 172 Cal. 289 (1916).

thing is impracticable when it can only be done at an excessive and unreasonable cost».

Tale enunciazione della *doctrine of impracticability* è stata incorporata all'interno del Primo *Restatement of Contract* del 1932⁵², che ha incluso la *impracticability* nella definizione di *impossibility*, affermando «...*impossibility means not only strict impossibility but impracticability because of extreme and unreasonable difficulty, expense, injury or loss involved*»⁵³.

Anche lo *Uniform Commercial Code* (UCC), in materia di contratti commerciali di vendita, ha riconosciuto l'*impracticability* nel caso di mancata o ritardata consegna dovuta ad un evento (*contingency*) il cui mancato verificarsi costituiva un fondamento del contratto (*basic assumption*)⁵⁴. Tale evento non può consistere nel solo aumento dei costi, ma deve sostanzialmente consistere in un evento imprevisto (e.g., la guerra o l'embargo) che altera la natura essenziale della prestazione⁵⁵.

Nel *Restatement (Second) of Contract* tale criterio del mutamento delle *basic assumption* viene esteso in generale a tutti i contratti (non solo ai contratti di vendita)⁵⁶. Il commento alla *section 261* specifica che la prestazione può

⁵² L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 142.

⁵³ Cfr § 454 *Restatement of Contract*, 1932.

⁵⁴ Cfr. UCC § 2-615 – *Excuse by Failure of Presupposed Conditions*: «*Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:*

(a) *Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.*

(b) *Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.*

(c) *The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.».*

⁵⁵ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 142.

⁵⁶ *Restatement (Second) of Contract* (1981), § 261 – *Discharge by Supervening Impracticability*: «*Where, after a contract is made, a party's performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.».*

divenire *impracticable* a causa di «*extreme and unreasonable difficulty, expense, injury, or loss to one of the parties*» e ne circoscrive il campo d'applicazione affermando che non è il mero cambiamento del grado di difficoltà o di spesa a determinare l'*impracticability*⁵⁷, ma serve una alterazione notevole dei costi, che vada ben al di là della norma, menzionando a titolo di esempio casi di grave carenza di materie prime o di forniture causata dalla chiusura imprevista di importanti mercati e fonti di approvvigionamento⁵⁸. Inoltre, si richiede al debitore di mettere in atto ogni ragionevole sforzo (*reasonable efforts*) per superare l'ostacolo all'adempimento e la prestazione deve essere considerata *impracticable* solo se lo è nonostante tali sforzi⁵⁹.

Sebbene l'ordinamento statunitense presenti una maggiore apertura e flessibilità rispetto al diritto inglese, è d'obbligo rilevare come anche negli Stati Uniti la *frustration* (inclusa quella per *impracticability*) sia raramente riconosciuta dalle corti e secondo alcuni è riconosciuta solo in casi estremi, tali da rasentare quasi l'impossibilità della prestazione⁶⁰.

3.4. Doctrine of frustration e contratto di lease. Il contratto di *lease* immobiliare, in questa sede di particolare interesse poiché oggetto del caso *Canary Wharf*, non trova un suo esatto corrispondente negli ordinamenti di *civil law*, nei quali può essere genericamente ricondotto al contratto di locazione o affitto.

In termini generali, il *lease* si riferisce a quel rapporto in base al quale il *lessor*, titolare di un *estate*⁶¹ (di un diritto di proprietà) su di un bene immobile,

⁵⁷ *Restatement (Second) of Contract* (1981), §261, Comment d: «[a] mere change in the degree of difficulty or expense due to such causes as increased wages, prices of raw materials, or costs of construction, unless well beyond the normal range, does not amount to impracticability since it is this sort of risk that a fixed-price contract is intended to cover.».

⁵⁸ *Restatement (Second) of Contract* (1981), §261, Comment d: «[a] severe shortage of raw materials or of supplies due to... unforeseen shutdown of major sources of supply, or the like, which either causes a marked increase in cost or prevents performance altogether may bring the case within the rule stated in this Section.».

⁵⁹ *Restatement (Second) of Contract* (1981), §261, Comment d.

⁶⁰ Così L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 142.

⁶¹ Il termine "*estate*" è privo di un esatto corrispondente nella *civil law*. Tra i diversi significati, quello che in questa sede rileva è quello riferito allo *status* in cui una persona si trova rispetto ad un bene immobile (*real property*). Il concetto di *estate* si fonda sulla diversa configurazione

trasmette il godimento dell'immobile al *lessee*. Quest'ultimo acquista a sua volta un *estate* (un *proprietary right*) sul quel bene, per una durata determinata e in cambio di una *consideration* (generalmente definita *rent*). Spesso si distingue tra *short lease* e *long lease*, a seconda che il rapporto abbia una durata inferiore o maggiore a 21 anni.

Le corti hanno sempre mantenuto un atteggiamento molto restrittivo nell'applicazione della *doctrine of frustration* al *lease*, riaffermando in diverse occasioni il principio dell'*absolute contract*⁶². Si veda, a titolo di esempio, la decisione presa in *London Northern Estates Co. v Schlesinger*⁶³, nel quale un cittadino austriaco è stato ritenuto responsabile del pagamento del canone di locazione relativo ad un immobile situato in Inghilterra, in una zona poi dichiarata non più abitabile per gli stranieri. In quel caso, i giudici hanno affermato che l'effettiva residenza nell'immobile locato non era da considerarsi come "*foundation of the contract*"⁶⁴.

Le motivazioni che hanno condotto le corti ad una interpretazione restrittiva sono diverse. Sino agli anni Ottanta, la possibilità di riconoscere la *frustration* di un *lease* era totalmente esclusa dalla giurisprudenza⁶⁵. Tale esclusione si fondava innanzitutto sullo sviluppo storico della *doctrine*, poiché in *Taylor v Caldwell* la corte non aveva fatto *overruling* del principio dell'*absolute contract* espresso in *Paradine v Jane* (che pure riguardava un *lease*) e in numerosi casi di *lease* che, nei due secoli successivi, avevano continuato ad applicarlo⁶⁶.

dell'istituto della proprietà che caratterizza la *common law*, nella quale è assente il concetto di *dominium* e di proprietà assoluta e il diritto di proprietà è frazionabile con la creazione di più *estate* contemporanei sullo stesso bene, che differiscono ad esempio per estensione o durata. Dunque, il titolare di un *lease* in *common law* non è titolare solo di un diritto di credito nei confronti del *lessor* (come il locatario nella *civil law*), ma è titolare di un *estate*, ossia di un diritto di natura reale sul bene immobile: *lessor* e *lessee* sono entrambi titolari di un *estate* sul bene. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, cit., p. 703-705.

⁶² L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 139. Sul tema, L. CARP GELBER, *Landlord and Tenant: Frustration of Intended Use of Leased Premises Due to Wartime Restrictions*, in *31 California Law Review* (1943), p. 445-449.

⁶³ *London Northern Estates Co. v Schlesinger* [1916] 1 KB 20.

⁶⁴ G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, cit., p. 197.

⁶⁵ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, 2014, p. 427 ss.

⁶⁶ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 428.

Oltre alle ragioni legate allo sviluppo storico, ulteriori argomenti a sostegno dell'impossibilità di applicare la *frustration* al *lease* sono riconducibili i) alla configurazione del *lease* non solo come *contract* ma anche come *conveyance* (atto di trasferimento di un *interest in real property*)⁶⁷ e ii) al passaggio dei rischi da *lessor* a *lessee*. Quanto al primo, è necessario rilevare come, soprattutto con riferimento al *long lease*, il *lessee* acquista un vero e proprio *proprietary right* (un *legal estate*) sul bene oggetto del contratto. Tale *legal estate*, si riteneva non fosse influenzato da eventi sopravvenuti, anche se questi avessero impedito l'utilizzo del bene oggetto del *lease*⁶⁸. Quanto invece al tema del passaggio del rischio, proprio in considerazione del fatto che il *lessee* diviene titolare di un *proprietary right* sul bene, si riteneva che, sin dal momento dell'esecuzione del *lease*, vi fosse un'ampia allocazione dei rischi a suo carico, simile a quella riconosciuta nella vendita⁶⁹.

L'atteggiamento delle corti nei confronti del *lease* ha subito una (parziale) apertura a seguito del caso *National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd.*⁷⁰ nel quale la *House of Lords*, pur confermando nel caso in esame l'applicazione restrittiva del rimedio della *discharge by frustration* nel *lease*, ha ammesso che in linea di principio – in casi eccezionali – la *frustration* può essere applicata anche al *lease*.

La corte non ha riconosciuto l'esistenza dei presupposti idonei a determinare la *frustration* nel caso in esame, obbligando i conduttori del *lease* di

⁶⁷ Il termine "*conveyance*", privo di equivalenza nella *civil law*, ha diversi significati nel diritto inglese ed in generale nella *common law*. Questo viene soprattutto utilizzato con riferimento al trasferimento di un diritto di proprietà o di un *interest in real property*. Cfr. F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico. 1. Inglese – Italiano*, cit., p. 565; BLACK'S LAW DICTIONARY, cit., p. 234.

⁶⁸ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 429.

⁶⁹ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2011, p. 139; G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 429-430.

⁷⁰ *National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] 1 AC 675. In particolare, a p. 700, Lord Simon afferma: «[f]rustration of a contract takes place where there supervenes an event (without default of either party and for which the contract makes no sufficient provision) which so significantly changes the nature (not merely the expense or onerousness) of the outstanding contractual rights and/or obligations from what the parties could reasonably have contemplated at the time of its execution that it would be unjust to hold them to the literal sense of its stipulations in the new circumstances: in such case, the law declares both parties to be discharged from further performance.».

un magazzino, della durata di 10 anni, a pagare il canone anche per il periodo (18 mesi) durante il quale la strada d'accesso era stata chiusa a causa di un edificio pericolante. Ciò che rileva, però, è l'affermazione dell'applicabilità della *frustration* a tutti i contratti in generale e la contestazione dell'argomento secondo il quale, trattandosi di rapporto non meramente contrattuale, ma volto ad attribuire *proprietary right*, non può essere influenzato da eventuali sopravvenienze, poiché in tal modo si ignora la realtà economica-commerciale della transazione nella quale, spesso, oggetto dell'accordo non è l'attribuzione del *legal estate*, ma l'utilizzo del bene⁷¹. Anche l'argomento relativo al passaggio del rischio viene contestato rilevandone l'inapplicabilità poiché nel *lease* (al contrario che nella vendita) le parti hanno obblighi reciproci per l'intera durata del contratto⁷².

Nonostante le aperture della *House of Lords*, l'applicazione della *frustration* al *lease* resta ancora oggi soggetta ad interpretazione restrittiva. Ciò è dovuto, da un lato, al fatto che la corte in *National Carriers* ha ribadito l'impossibilità di applicare il rimedio in esame nel caso in cui era ragionevole che le parti inserissero specifiche previsioni nel contratto relative ad un dato evento sopravvenuto (richiamando argomentazioni presenti in *Paradine v Jane*)⁷³. Dall'altro, al fatto che nel *lease* (soprattutto nel *long lease*) è poco probabile che eventi sopravvenuti siano tali da determinarne la *frustration per impossibility* (assoluta ed oggettiva), mentre spesso ciò che viene invocata è la *frustration of common purpose*, la cui applicazione è soggetta a test molto restrittivi (*i.e.*, il *radical change test*).

Infine, a supporto dell'applicazione restrittiva della *frustration* al *lease*, vi è la considerazione insita nella natura stessa del *lease*, e in particolare del *long lease* di terreni o di immobili (la cui durata può essere superiore anche a quella usuale di altre *c.d.*, *long-term transaction*), secondo la quale si presume che le parti, in un rapporto di durata, abbiano accettato di assumersi il rischio di un cambiamento sopravvenuto delle circostanze (salvo non abbiano inserito

⁷¹ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 429.

⁷² *National Carriers Ltd. v Panalpina (Northern) Ltd.* [1981] 1 AC 675 at 705.

⁷³ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 432.

specifiche previsioni nel contratto). Inoltre, il lungo termine di durata di tali contratti incrementa la possibilità che eventuali sopravvenienze abbiano solo un'incidenza temporanea sull'esecuzione o sullo scopo del contratto, rendendo così difficile l'integrazione dei presupposti necessari per il riconoscimento della *frustration*⁷⁴.

3.5. La decisione della *High Court*. Tornado sull'evoluzione del diritto inglese, come anticipato, la decisione resa dalla *High Court of Justice* nel caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* si inserisce perfettamente nel solco dell'applicazione restrittiva della *doctrine of frustration* da parte delle corti. Infatti, gli specifici motivi di *frustration* adottati dall'EMA sono stati entrambe rigettati.

Il primo, quello della *frustration for supervening illegality*, è stato respinto poiché la *High Court*, nonostante abbia ammesso che alcune tutele di cui l'EMA godeva in base al diritto comunitario sarebbero diminuite a seguito dell'uscita del Regno Unito dall'UE, ha comunque riconosciuto la capacità giuridica dell'EMA di operare in un paese extraeuropeo anche in caso di Brexit. Non essendo stati rilevati limiti giuridici alla capacità/potere dell'EMA di adempiere agli obblighi previsti dal *lease* secondo il diritto inglese, tali attività non possono essere considerate illecite (o *ultra vires*). L'EMA avrebbe, dunque, secondo il diritto inglese, la piena capacità giuridica (anche in un paese terzo, cioè al di fuori dell'UE) per adempiere ai propri obblighi e dunque pagare il canone di locazione e continuare ad usufruire degli uffici a *Canary Wharf*⁷⁵.

La corte ha inoltre affermato che, anche nel caso in cui fosse stata riconosciuta la *frustration* per *illegality* (in particolare, per mancanza di capacità d'agire dell'EMA in ambito extracomunitario in base al diritto dell'UE), si sarebbe trattato di una forma di *self-induced frustration* poiché l'UE, attraverso il

⁷⁴ G.H. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, cit., p. 434.

⁷⁵ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 66 ss. La corte ha specificato che il diritto applicabile in relazione alla valutazione dell'adempimento delle prestazioni contrattuali assunte dalle parti è quello inglese della *frustration*, mentre sono irrilevanti le normative straniere. La mancanza di capacità giuridica ai sensi del diritto comunitario sarebbe dunque rilevante per determinare l'esistenza dei requisiti richiesti dalla fattispecie della *frustration*.

Regolamento (EU) 2018/1718 con il quale ha deciso di trasferire la sede dell'EMA ad Amsterdam⁷⁶, avrebbe potuto dettare specifiche disposizioni atte a disciplinare lo spostamento della sede dell'EMA da Londra ad altra città collocata in uno Stato Membro⁷⁷.

Quanto al secondo motivo, quello della *frustration of common purpose*, la corte ha innanzitutto affermato di voler utilizzare, ai fini della propria decisione, l'approccio espresso del "*radical change test*"⁷⁸. Per verificare l'esistenza di tale "cambiamento radicale", la corte ha deciso di ricorrere al "*multifactorial approach*" espresso nel caso *The Sea Angel*⁷⁹. Secondo tale approccio il giudice deve considerare diversi fattori quali *i*) il contenuto del contratto (*terms of the contract*), *ii*) il *c.d. matrix of facts* (tutte le conoscenze ragionevolmente a disposizione delle parti al momento della conclusione del contratto che possano avere influito sulla formulazione delle clausole, secondo il parametro del *reasonable man*) e *iii*) le competenze, aspettative, supposizioni e considerazioni delle parti, in particolare per quanto riguarda il rischio e la natura dell'evento che poi si è verificato (con i relativi calcoli circa la possibilità di adempiere le proprie prestazioni nelle eventuali nuove circostanze).

⁷⁶ Regolamento (EU) 2018/1718 del 14 novembre 2018.

⁷⁷ Cfr. *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), pp. 77-78 nelle quali si afferma che «... the 2018 Regulation could have gone further in making arrangements for the EMA's departure from London but that it did not do so» e ancora «... this is a case where the legal effects on the EMA of the United Kingdom's withdrawal from the European Union could have been, but were not, ameliorated by the European Union. This failure to do so is relevant to the question of frustration and, in my judgment, renders the frustration of the Lease self-induced».

⁷⁸ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 17. La corte afferma che «[w]hether a contract is frustrated depends upon a consideration of the nature of the bargain of the parties when considered in the light of the supervening event said to frustrate that bargain. Only if the supervening event renders the performance of the bargain radically different, when compared to the considerations in play at the conclusion of the contract, will the contract be frustrated.».

⁷⁹ *Edwinton Commercial Corporation & Anor v Tsavlis Russ (Worldwide Salvage & Towage) Ltd (The Sea Angel)* [2007] EWCA Civ 547, p. 111, nella quale la corte precisa che «... the application of the doctrine of frustration requires a multi-factorial approach. Among the factors which have to be considered are the terms of the contract itself, its matrix or context, the parties' knowledge, expectations, assumptions and contemplations, in particular as to risk, as at the time of the contract, at any rate so far as these can be ascribed mutually and objectively, and then the nature of the supervening event, and the parties' reasonable and objectively ascertainable calculations as to the possibilities of future performance in the new circumstances.».

Dunque, il “*common purpose*”, secondo la corte, non deve necessariamente risultare da una clausola del contratto (espressa o implicita), ma deve esserne oggettivamente valutata la sua esistenza al momento della stipula del contratto, con riferimento alle reciproche intenzioni delle parti⁸⁰.

La *High Court*, pur ammettendo che la Brexit non era ragionevolmente prevedibile al momento della stipula del contratto di locazione (data individuata nel 2011), non ha riconosciuto l'esistenza della *frustration of common purpose* poiché non vi era stata una reciproca intesa sul fatto che lo scopo (*common purpose*) del contratto di locazione fosse quello di fornire all'EMA una sede per 25 anni e che tale scopo sarebbe venuto meno se ciò non fosse stato possibile. Il contratto di locazione, anzi, prevedeva la possibilità che l'EMA potesse abbandonare la sede attraverso specifiche clausole che, in circostanze strettamente limitate, permettevano all'Agenzia di condividere, cedere o subaffittare (“*share, assign or sub-let*”) i locali.

La corte ha inoltre affermato che l'occupazione dei locali da parte dell'EMA non sarebbe stata resa impossibile dalla Brexit, in quanto non vi era alcun obbligo giuridico che imponesse all'EMA di lasciare gli uffici di Londra, si trattava – al contrario – di una (legittima) decisione politica. L'evento Brexit, dunque, ha determinato sì lo spostamento involontario dell'EMA dal Regno Unito e quindi dai locali a *Canary Wharf*, ma ciò configurava una ipotesi espressamente prevista dal contratto di locazione e non vi era alcun ulteriore scopo comune alle parti, al di fuori dello scopo tipico del contratto di *lease*.

A seguito del rigetto della sua domanda, l'EMA ha ottenuto dalla stessa *High Court* l'autorizzazione a presentare ricorso in appello, ma ha in seguito deciso di non dare ulteriore impulso al procedimento poiché è stato raggiunto un accordo con il quale l'Agenzia è riuscita a subaffittare i locali di *Canary Wharf* sino alla scadenza contrattuale del 2039. La *Court of Appeal* inglese non avrà dunque la possibilità di riesaminare il caso e di pronunciarsi sull'applicazione

⁸⁰ *Canary Wharf (BP4) T1 Ltd & Ors v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335 (Ch), p. 23.

della *doctrine of frustration*, in particolare in relazione all'evento Brexit, rafforzando così l'attuale validità del principio della *sanctity of contract*.

Come evidenziato dall'analisi precedente, i limiti all'applicazione della *doctrine of frustration* sono ancora stretti e non permettono ad un contraente di "sfuggire" da quello che viene definito un "*bad bargain*". Dunque, anche se la *contract liability* nel diritto inglese non può più essere definita come *absolute liability* (visti gli sviluppi storici delle *doctrine of frustration*), ciò non toglie che la stessa resti ancora oggi una forma di *strict liability*⁸¹. E ciò vale in particolare in relazione al contratto di *lease*, la cui *frustration* è stata riconosciuta dalle corti solo in rarissime circostanze⁸².

4. Il problema delle sopravvenienze contrattuali negli ordinamenti di *civil law*. Negli ordinamenti di *civil law*, il tema delle sopravvenienze contrattuali, come rilevato in avvio di tale scritto, è stato tradizionalmente regolato in aderenza al principio *pacta sunt servanda*, codificato da tutti i maggiori codici europei. L'unica ipotesi nella quale i mutamenti delle circostanze sono stati in qualche modo regolati sin dalle prime codificazioni è stata quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Lasciando da parte quest'ultima fattispecie, di seguito si tenterà di ricostruire brevemente quali siano state le risposte di alcuni ordinamenti di *civil law* rispetto ad ulteriori due fattispecie connesse al problema delle sopravvenienze perturbative del contratto, ovvero: *i*) l'eccessiva onerosità, nella quale il mutamento delle circostanze non previsto dalle parti non rende l'adempimento impossibile, ma più oneroso dal punto di vista economico, tanto da determinare un'alterazione dell'equilibrio economico sinallagmatico; e *ii*) la "frustrazione dello scopo" del contratto, ovvero il venir meno del presupposto negoziale quando, in seguito ad un sopravvenuto mutamento delle circostanze, l'adempimento sia ancora possibile ma abbia perso per una delle parti ogni

⁸¹ L. CABELLA PISU, *La responsabilità contrattuale in common law*, cit., p. 138.

⁸² Cfr. il già citato *Krell v Henry* [1903] 2 K.B. 740 tra i *coronation cases*.

giustificazione e sia inidoneo al soddisfacimento dell'interesse in vista del quale il contratto era stato concluso⁸³.

Negli ordinamenti francese, tedesco e italiano, che verranno di seguito brevemente esaminati al fine di tracciarne le maggiori linee evolutive, le due fattispecie appena ricordate hanno avuto uno sviluppo ed un trattamento normativo e giurisprudenziale diverso, che nel tempo sembra però assumere una traiettoria convergente e coerente con gli strumenti internazionali di *soft law* come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR.

4.1. L'ordinamento francese. Come già ricordato, in conformità al principio *pacta sunt servanda*⁸⁴, l'unica ipotesi nella quale il *Code Civil* regolava le circostanze perturbative del regolamento contrattuale era quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, per la quale si prevedeva (e prevede ancora oggi, non avendo subito modifiche sostanziali a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti del 2016) la liberazione del debitore solo per il verificarsi di un evento imprevedibile, non imputabile alla responsabilità del debitore e tale da rendere la prestazione oggettivamente impossibile (con ricorso al concetto di *force majeure*)⁸⁵.

Tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo, nonostante lo sviluppo della *théorie de l'imprévision*⁸⁶ (secondo la quale l'alterazione delle condizioni economiche del contratto a causa di eventi sopravvenuti e imprevedibili comportava per le parti l'obbligo di rinegoziare i termini contrattuali e la possibilità di ottenerne l'adattamento da parte del giudice) e i tentativi della giurisprudenza

⁸³ Si individua tale distinzione in K. ZWIEGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 245.

⁸⁴ *Code Napoléon* art. 1134, oggi cfr. artt. 1103, 1104 e 1193 *Code Civil*.

⁸⁵ *Code Napoléon* artt. 1147 e 1148, oggi si veda il combinato disposto degli artt. 1231-1 e 1218 del *Code Civil*.

⁸⁶ Sul tema e.g., J.P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, 1960, p. 189 ss.; C. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil*, in *Dr. et patr.*, 1998, p. 46 ss.

di merito e del *Conseil d'État*⁸⁷ di dare rilevanza giuridica alle circostanze sopravvenute, la *Cour de Cassation*⁸⁸ e il legislatore francese⁸⁹ hanno per lungo tempo aderito ad una interpretazione restrittiva della normativa vigente, concedendo il solo rimedio della risoluzione (negando la possibilità della revisione del contratto) ai casi di impossibilità sopravvenuta.

L'ordinamento francese, dunque, ha operato sulla stessa linea – se non più rigida – dell'ordinamento inglese, non riconoscendo né l'eccessiva onerosità sopravvenuta né ipotesi di frustrazione del presupposto negoziale (entrambi in contrasto con l'art. 1134) e prevedendo un unico rimedio di tipo caducatorio.

⁸⁷ E.g., *Gaz de Bordeaux, Conseil d'État*, 30 marzo 1916, n. 59928, che, in relazione a contratti per lavori pubblici, ha ammesso la modifica del contratto a causa del mutamento delle circostanze al fine di tutelare l'interesse pubblico alla conservazione di tali contratti a rilevanza pubblica.

⁸⁸ Il *leading case* in materia è *Canal de Craponne (De Galiffet c. Commune de Pélissane (Canal de Craponne))*, Cass., Civ. 6 marzo 1876). Con un contratto del 1567, Adam de Craponne si era obbligato a costruire un canale idoneo a condurre l'acqua nella zona del comune di Pélissane a fronte del pagamento di una somma periodica fissa. Con il trascorrere del tempo, a causa della svalutazione monetaria, la somma pagata era diventata irrisoria per il servizio ricevuto (non copriva più neanche i costi di manutenzione del canale). Così, nel diciannovesimo secolo, gli eredi del proprietario (Gaston de Galliffet) del canale avviavano un'azione davanti al *Tribunal civil d'Aix* al fine di chiedere la revisione del contratto ed il suo adeguamento tramite innalzamento della tassa. La vicenda si è conclusa con una decisione della *Cour de Cassation* che ha cassato la sentenza della Corte d'Appello di Aix (la quale, nel 1875, aveva accolto le istanze degli eredi Craponne) rigettando la *théorie de l'imprévision* e riaffermando la "*force obligatoire du contrat*" e la sua immodificabilità ex art. 1134 del Code Civil. Nella sua decisione, la Corte di Cassazione francese ha affermato «... *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*», sul tema FR. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, vol. 2, 12e ed., Paris, 2008, p. 183. Il principio espresso nel caso *Canal de Craponne* è stato riaffermato da numerose sentenze della *Cour de Cassation*, come Cass. Civ. 15 novembre 1933, secondo la quale «*La règle que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites est générale et absolue: en aucun cas, il n'appartient aux tribunaux de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et ils ne pourront davantage, sous prétexte d'une interprétation que le contrat ne rend pas nécessaire, introduire dans l'exercice du droit constitué par les contractants, des conditions nouvelles, quand bien même le régime ainsi institué paraîtrait plus équitable à raison des circonstances économiques*».

⁸⁹ Di segno contrario, alcune leggi speciali emanate in Francia a seguito dei conflitti bellici, come la c.d. Legge Faillot del 21 gennaio 1918, e la Legge del 22 aprile 1949 che consentivano ai giudici di risolvere i contratti ad esecuzione continuata conclusi prima della guerra, nel caso in cui le parti non avessero rinegoziato autonomamente i termini degli accordi sottoscritti. Sul tema K. ZWIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 254-257; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 5-6.

La rottura netta con tale orientamento si è avuta con la riforma del *Code Civil* del 2016 volta a modernizzare il diritto delle obbligazioni e dei contratti⁹⁰. Tra le maggiori novità, troviamo proprio l'accoglimento della teoria dell'*imprévision*⁹¹ nell'attuale formulazione dell'art. 1195 concernente la fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta in un'ottica di promozione della *c.d. "justice contractuelle"*.

L'attuale articolo 1195 del *Code Civil* prevede che, nel caso in cui si verifichi un cambiamento delle circostanze, imprevedibile al momento della conclusione del contratto e tale da rendere l'adempimento eccessivamente oneroso per una parte (la quale non ha accettato il rischio di tale cambiamento), questa possa chiedere all'altra parte di rinegoziare il contratto. Se la richiesta di rinegoziazione viene rifiutata dalla controparte, o fallisce, le parti possono convenire di risolvere il contratto alla data e alle condizioni da esse stabilite o chiedere al tribunale di modificarlo. Se le parti non giungono ad un accordo entro un termine ragionevole, il tribunale può, su richiesta di una parte, rivedere il contratto, adattandolo alle mutate circostanze, o risolverlo alla data e alle condizioni da esso stabilite⁹².

⁹⁰ La riforma è stata attuata con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016. Questa è stata preceduta da un acceso dibattito sorto a seguito della presentazione di diversi progetti di riforma, tra i quali l'"*Avant-projet Catala*" (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, P. Catala, 2005); il "*Projet Terré*" (*Pour une réforme du droit des contrats*, F. Terré, 2009 ; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, F. Terré, 2011 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, F. Terré, 2013); e il *c.d. "Projet de la Chancellerie"*, sulla base del quale è stata poi elaborata la versione finale della riforma. In dottrina, D. MAZEAUD, *La réforme du droit français des contrats: trois projets en concurrence*, in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Paris, 2009, 329 ss. Per un'analisi della riforma francese, tra gli altri, S. GRUNDMANN, M.S. SCHÄFER, *The French and the German reforms of contract law*, in *European Review of Contract Law* (2017), p. 459 ss.; S. ROWAN, *The New French Law of Contract*, in *International & Comparative Law Quarterly* (2017), p. 805 ss.; P. SIRENA, *The New Design of the French Law of Contract and Obligations: An Italian View*, in *The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law After the 2016 Reforms*, London, 2017, p. 339 ss.; P. ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvivenza contrattuale*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 4 ss.; E. GABRIELLI, *Il Codice Napoleone, il contratto e l'"operazione economica"*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2018, p. 1 ss.

⁹¹ Per una ricostruzione dell'applicazione della *théorie de l'imprévision* ai contratti di durata, cfr. H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, in *Revue internationale de droit économique*, 2001, p. 339 ss.

⁹² Cfr. art. 1195, *Code Civil*: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au*

La norma francese, dunque, prevede un rimedio manutentivo (la “*révision pour imprévision*”) ulteriore rispetto allo scioglimento del vincolo contrattuale, conferendo al giudice ampi poteri di adeguamento del contratto nel caso circostanze impreviste lo rendano eccessivamente oneroso⁹³. L’ordinamento francese, in tal senso, sembra ispirarsi a strumenti internazionali come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR, nonché alla evoluzione in materia già attuata dall’ordinamento tedesco.

4.2. L’ordinamento tedesco. In Germania, la clausola *rebus sic stantibus* non trovava accoglimento all’interno della originaria formulazione del BGB, nel quale la sola fattispecie nella quale veniva riconosciuta rilevanza al mutamento delle circostanze era quella dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione (con conseguente estinzione dell’obbligazione), disciplinata al § 275 del BGB⁹⁴.

La “teoria della presupposizione” (*Lehre von der Voraussetzung*), elaborata nella seconda metà del diciannovesimo secolo da Bernhard Windscheid, esponente della Scuola Pandettistica, non è infatti confluita all’interno del codice. Secondo l’autore, il venir meno del “presupposto” del negozio per effetto di circostanze sopravvenute, non previste al momento della conclusione del contratto, rappresentava una “condizione inespressa” che dava luogo alla pretesa dello scioglimento del contratto da parte del contraente interessato⁹⁵. La teoria del Windscheid è sin da subito stata soggetta a diverse critiche⁹⁶ e rigettata dalla Commissione per l’elaborazione del BGB, poiché necessitava di indagini psicologiche e contrastava con il principio dell’irrelevanza dei motivi, mettendo a rischio la certezza dei traffici economici⁹⁷.

juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.».

⁹³ J.F. FÉDOU, *Le juge et la révision du contrat*, in *Rev. de contr.*, 2016, p. 382 ss.; T. REVET, *Le juge et la révision du contrat*, in *Rev. de contr.*, 2016, p. 373 ss.

⁹⁴ K. ZWEIFERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 211-212.

⁹⁵ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in 78 in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1892, p. 161.

⁹⁶ Cfr. O. LENEL, *Die Lehre der Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1889, p. 213 ss.

⁹⁷ K. ZWEIFERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 247; C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, pag.

A seguito dell'inflazione e degli sconvolgimenti prodotti dai due conflitti mondiali e in assenza di specifiche disposizioni legislative, dottrina e giurisprudenza tedesche sono state costrette a individuare risposte alternative al problema del mutamento sopravvenuto delle circostanze. Dapprima con la teoria della "impossibilità economica" (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) e poi con la teoria della "perdita del fondamento negoziale" (*Störung der Geschäftsgrundlage*) di Oertmann⁹⁸.

Secondo la prima, era necessario estendere l'applicazione del § 275 BGB (con la conseguente liberazione del debitore per impossibilità sopravvenuta) ai casi in cui la prestazione, anche se possibile, comportava difficoltà che avevano riflesso sull'aspetto economico, tali che questa non potesse essere ragionevolmente pretesa dal debitore secondo il parametro della buona fede. La teoria dell'impossibilità economica, che riconosceva in sostanza una forma di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, è stata nel tempo inglobata all'interno della teoria della perdita del fondamento negoziale di Oertmann.

Secondo quest'ultimo, che rielaborava in chiave meno soggettivistica la teoria di Windscheid, nel caso in cui eventi sopravvenuti siano in grado di frustrare le aspettative comuni delle parti esistenti al momento della conclusione dell'accordo (determinando così, il venir meno del fondamento negoziale), le corti sono legittimate a sciogliere il vincolo contrattuale o a modificarne i termini. La teoria del fondamento negoziale (nell'ambito della quale venivano risolte fattispecie riconducibili sia all'eccessiva onerosità che alla frustrazione dello scopo del contratto), insieme con il dovere di buona fede sancito dal § 242 del BGB, è stata ampiamente utilizzata dalle corti tedesche nel dopoguerra con il fine non di sciogliere il contratto ma anche di adattarne il contenuto contrattuale alle mutate circostanze⁹⁹.

235 ss.; A. CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 789 ss.

⁹⁸ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipziger, 1921.

⁹⁹ Cfr. il caso *Vigogne-Spinnerei* (*Reichsgericht* 3 febbraio 1922, in *103 Reichsgericht Zivilsachen*, p. 329 ss.). A maggio 1919 era stato concluso un accordo per la vendita di una filanda, il cui trasferimento della proprietà era differito a gennaio 1920, mentre il pagamento del prezzo era previsto in due tranches tra il 1920 e il 1921. La forte inflazione verificatasi tra il 1919 e il 1920 aveva però determinato una notevole sproporzione tra le prestazioni, tanto che la corte,

La legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001 (*Schuldrechts-Modernisierungsgesetz*)¹⁰⁰ ha recepito le acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza in tema di sopravvenienze disciplinando sia la *c.d.* “impossibilità materiale” che le turbative del “fondamento negoziale”.

In particolare, il secondo comma del § 275 BGB disciplina oggi l’“impossibilità materiale”, fattispecie che, secondo alcuni, richiama la teoria dell’impossibilità economica elaborata alla fine del primo conflitto mondiale. Ai sensi del § 275, comma 2, del BGB, il debitore può rifiutare la prestazione quando questa non è esigibile (per causa a lui non imputabile) poiché, tenuto conto del contenuto dell’obbligazione e del principio di buona fede, il suo adempimento richiede spese eccessivamente sproporzionate rispetto all’interesse alla prestazione del creditore¹⁰¹.

Dall’altro lato, il nuovo § 313 del BGB ha recepito la teoria della “perdita del fondamento negoziale” di Oertmann. La norma prevede che, qualora dopo la conclusione di un contratto vi sia una modificazione rilevante delle circostanze oggettive e soggettive (ovvero le rappresentazioni rilevanti dei contraenti a fondamento del contratto si rivelino errate) che ne costituivano il fondamento e se le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso a condizioni diverse se avessero previsto tali modificazioni, può essere avanzata domanda giudiziale di adeguamento del contratto. Ciò è possibile nella misura in cui, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della

utilizzando la teoria dell’Oertmann, ha deciso di autorizzare la revisione del contratto. Nel secondo dopoguerra, emblematico è il caso *Bohrhammerfall* (*Bundesgerichtshof* 16 gennaio 1953, *Monatsschrift für Deutsches Recht* 1953, p. 282). Un venditore della Germania Occidentale aveva ordinato 600 trivelle destinate alle miniere nella Germania dell’Est, ma a causa del blocco del 1948 le autorità della Germania dell’Est non permisero la consegna. Il venditore quindi si rifiutò di pagare il produttore, ma il *Bundesgerichtshof* intervenendo sul contenuto del contratto, lo ha condannato al pagamento dell’ammontare corrispondente ad un quarto del totale dell’ordine.

¹⁰⁰ L. 26 novembre 2001, in *Bundesgesetzblatt* I, p. 3138 ss., in vigore dal 1 gennaio del 2002. Sul tema A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europ. dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.

¹⁰¹ D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. Galgano, Bologna, 2011, p. 126; K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato – Vol. 2: Istituti*, cit., p. 248-249 e 252-253.

distribuzione contrattuale o legale del rischio, non si possa ragionevolmente imporre ad una parte di mantenere il contratto senza modifiche. Solo nel caso in cui l'adattamento del contratto non sia possibile o non ci si possa ragionevolmente aspettare che una delle parti lo accetti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto.

Il rimedio primario individuato dall'ordinamento tedesco è dunque quello manutentivo dell'adeguamento del contratto (*Anpassung*), mentre il rimedio caducatorio dello scioglimento del vincolo contrattuale è secondario.

La formulazione generica del § 313 del BGB è stata da alcuni criticata, ma non ha determinato, nella sostanza, il ridimensionamento del principio *pacta sunt servanda* poiché le corti si sono sino ad ora orientate verso un'interpretazione restrittiva della norma¹⁰².

La codificazione dell'"alterazione del fondamento negoziale" è stata interpretata come una codificazione del principio dell'*hardship* diffuso nell'ambito dei contratti del commercio internazionale¹⁰³ e si pone in linea di continuità con strumenti internazionali di armonizzazione del diritto dei contratti.

4.3. L'ordinamento italiano. Il Codice Civile italiano del 1865, sul modello francese, affermava il principio dell'immodificabilità del vincolo contrattuale e regolava esclusivamente le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione¹⁰⁴. Un primo cambiamento di rotta si è registrato con l'adozione del nuovo Codice civile del 1942 nell'ambito del quale, oltre alla fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta¹⁰⁵, è stata disciplinata quella della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467), in parziale accoglimento del principio *rebus sic stantibus*¹⁰⁶.

¹⁰² G. CHUNG, *A Comparative Analysis of the Frustration Rule: Possibility of Reconciliation Between Hong Kong-English 'Hands-off Approach' and German 'Interventionist Mechanism'*, cit., p. 133.

¹⁰³ D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco*, cit., p. 135.

¹⁰⁴ Rispettivamente, art. 1123, e artt. 1298, 1225, 1226 del Codice civile del 1865.

¹⁰⁵ Codice civile, art. 1463 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Relazione al Re del Ministro Guardasigilli (Grandi), presentata all'udienza del 16 marzo 1942-XX, n. 665. In dottrina, M. BESSONE, *Adempimento e rischio*, Milano, 1975, p. 48.

Ai sensi dell'art. 1467, nei contratti la cui esecuzione si protrae nel tempo (ad esecuzione differita, continuata o periodica), il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili che rende la prestazione di una delle parti eccessivamente onerosa (secondo il parametro dell'alea normale del contratto)¹⁰⁷ legittima la parte che deve tale prestazione a domandare la risoluzione del contratto. Il rimedio primario previsto dal legislatore è quello estintivo, da attivare attraverso domanda giudiziale. La controparte può evitare lo scioglimento del contratto offrendo di modificarne equamente le condizioni. La riduzione ad equità è però caratterizzata dalla legge come diritto potestativo della controparte, non può essere chiesta dalla parte gravata dall'eccessiva onerosità e non può essere decisa d'ufficio dal giudice¹⁰⁸.

La disciplina codicistica dell'eccessiva onerosità offre, dunque, una tutela limitata alle sole variazioni quantitative e prevede un rimedio primario di tipo caducatorio, anche quando potrebbe essere più adeguato mantenere in vita il contratto con l'utilizzo di rimedi manutentivi¹⁰⁹. Così, al fine di fornire soluzioni ulteriori al problema delle sopravvenienze, il formante giurisprudenziale e dottrinario hanno cercato di ampliare gli strumenti di tutela a disposizione delle parti attraverso *i)* la teoria della presupposizione, che offre un rimedio estintivo nei casi di frustrazione dello scopo del contratto, e *ii)* la teoria dell'obbligo legale di rinegoziazione, che offre un rimedio manutentivo nei casi di alterazione dell'equilibrio economico sinallagmatico del contratto.

Riprendendo l'elaborazione della pandettistica tedesca, sono stati delineati i contorni della fattispecie della presupposizione. Questa, definita come «il complesso delle circostanze, la cui supposizione, pur non dedotta nella manifestazione negoziale, sia stata determinante nella decisione di concludere

¹⁰⁷ L'eccessiva onerosità deve sopravvenire prima che la prestazione risulti esaurita e deve colpire la prestazione nella sua oggettività. L'onerosità può essere intesa come onerosità diretta (che tocca direttamente la prestazione dovuta) e indiretta (determinata dallo svilimento della prestazione attesa), cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 948-950,

¹⁰⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 958.

¹⁰⁹ C. BRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, cit., p. 235-236.

l'affare»¹¹⁰, è stata riconosciuta in giurisprudenza sin dal 1932¹¹¹ e tipizzata nei suoi diversi aspetti¹¹².

In dottrina, la presupposizione è stata oggetto di interpretazioni contrastanti¹¹³. Le prime tesi di stampo volontaristico (che richiamavano la visione soggettivistica del Windscheid) la descrivevano come condizione implicita (una implicita clausola *rebus sic stantibus*)¹¹⁴ o errore sul motivo determinante e manifesto (riconoscibile o comune alle parti)¹¹⁵. Queste, ricadendo nell'area della emblematica distinzione tra causa (come funzione economico-sociale del contratto) e motivi (ragioni soggettive, diverse per i due contraenti, che li inducono alla conclusione del contratto), venivano criticate in ragione del principio della generale irrilevanza di questi ultimi (salvo casi previsti da legge, e.g., motivo illecito comune alle parti)¹¹⁶.

Le ricostruzioni più recenti si fondano, invece, su un piano oggettivo. Tra queste, troviamo ricostruzioni fondate sulla causa "in concreto" del contratto¹¹⁷ e

¹¹⁰ M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, p. 326.

¹¹¹ Cass. 15.2.1932, n. 531, in *Rep. Foro it.*, 1932, voce «Obbligazioni e contratti», n. 57.

¹¹² Quanto ai caratteri della presupposizione, cfr. in particolare la ricostruzione di Cass. 5 gennaio 1991, n. 191, secondo la quale la presupposizione si riferisce ad una situazione di fatto o di diritto, passata, presente o futura, considerata certa nella rappresentazione dalle parti, che pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, possa ritenersi tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso, come presupposto comune avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale. In dottrina cfr. E. PEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, p. 735 ss.

¹¹³ Contrari alla teoria della presupposizione F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1970, 194; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, 3a ed., Milano, 1980, p. 144. Si veda anche A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Trattato di diritto privato diretto da Bessone*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. IV, Torino, 2003, p. 1 e 24, il quale individua nell'equità (art. 1374 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.) gli strumenti di intervento nella distribuzione del rischio derivante da circostanze perturbative non regolate; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano 1975, pp. 29-33, 51 ss., 99 ss., 248 ss.; M. BESSONE, *Causa del contratto, funzione del tipo negoziale ed economia dello scambio*, in *Giur. merito*, 1978, p. 1327 sullo scioglimento del contratto in virtù del principio di buona fede nella corretta allocazione dei rischi derivanti da circostanze sopravvenute.

¹¹⁴ Cfr. P. COGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, vol. I, Torino, 1917, p. 417 ss.; G. OSTI, *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, cit., p. 1 ss.; ID., voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, in *Nss. D.I.*, vol. III, Torino, 1959, p. 353 ss.

¹¹⁵ F. MARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, p. 100 ss.; V. PIETROBON, voce *Presupposizione*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 4 ss.

¹¹⁶ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, t. II, Torino, 1960, p. 437.

¹¹⁷ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 232-248, 262 ss.

quelle oggi maggiormente accolte sull'applicazione delle clausole generali di buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto¹¹⁸. Quanto ai rimedi applicabili nei casi di presupposizione, la giurisprudenza sembra da ultimo essersi assestata sulla risoluzione, con richiamo analogico all'art. 1467 c.c.¹¹⁹.

I rimedi previsti dal codice o impiegati dalla giurisprudenza, sia nel caso dell'eccessiva onerosità che della presupposizione, sono essenzialmente rimedi estintivi, volti alla cancellazione degli effetti del contratto. Ma, in alcune situazioni, gli interessi in gioco potrebbero essere meglio tutelati da rimedi manutentivi volti all'adeguamento del contratto alle mutate circostanze.

Il Codice Civile italiano non conosce, in termini generali, l'istituto della rinegoziazione, ma prevede specifiche ipotesi legali di adattamento del contratto¹²⁰ e permette alle parti, nell'ambito della propria autonomia privata, di inserire nel contratto apposite clausole, quali ad esempio le clausole di indicizzazione, le clausole di *hardship* e le clausole di rinegoziazione.

Al di fuori delle ipotesi tipiche (previste dal codice o da leggi speciali) e in assenza di clausole convenzionali di adeguamento, la dottrina e la giurisprudenza tradizionali¹²¹, sulla scia del principio *pacta sunt servanda*, privilegiano il rimedio della risoluzione, negando l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione¹²².

¹¹⁸ Vedi rispettivamente E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 451-454, 526-530; e C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, pp. 256-310 e 381-382.

¹¹⁹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 966; sull'oscillazione dei rimedi applicati dalle corti in caso di presupposizione G.F. AIELLO, *L'applicabilità del rimedio risolutorio al difetto sopravvenuto della presupposizione in un recente revirement della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 305 ss.

¹²⁰ E.g., l'art. 1623 c.c. in tema di contratto di affitto che disciplina le modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale; o l'art. 1664 c.c. in tema di appalto, che prevede il possibile adeguamento del prezzo in caso di onerosità o difficoltà dell'esecuzione.

¹²¹ E.g., Cass., Sez. un., 27 gennaio 1959, n. 224, in *Foro it.*, 1960, I, c. 453; Cass., 14 gennaio 2002, n. 337, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, 24, 81; Trib. Pescara 24 gennaio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613; Trib. Milano 9 gennaio 1997, in *Riv. arb.*, 1999, p. 67.

¹²² A. GENTILI, *L'equilibrio del contratto nei principi del diritto contrattuale europeo*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo*, Milano, 2002, 199 ss.; ID., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impresa*, 2003, p. 667 ss.; F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 2006, 1 ss.; ID., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. impr.*, 2002, 774 ss.; ID., *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2006, 937 ss.

Altra parte della dottrina, sulla scorta del principio della buona fede integrativa (ex artt. 1374 e 1375 c.c.)¹²³, sembra oggi invece propensa a riconoscere l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione nei contratti di lunga durata¹²⁴, con possibile intervento giudiziale di adeguamento del contratto nel caso i contraenti da soli non siano in grado di trovare un accordo¹²⁵. Tale orientamento è stato accolto da parte minoritaria della giurisprudenza di merito e aperture in tal senso provengono dalla giurisprudenza arbitrale¹²⁶.

I temi della rinegoziazione e dell'intervento giudiziale sul contratto alimentano tutt'ora il dibattito giuridico. L'introduzione, anche nell'ordinamento

¹²³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969, p. 118; ALPA, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, cit., p. 358 ss.; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 972-973; R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze, Il contratto*, a cura di in R. Sacco, G. De Nova, Torino, 4ª ed., 2016, p. 1708 ss.

¹²⁴ Il riferimento è a rapporti contrattuali destinati a prolungarsi nel corso del tempo, non ai contratti istantanei e, tra questi, ai contratti ad esecuzione differita. Sul tema F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 13. Per una ricostruzione in prospettiva microeconomica dei contratti a lungo termine cfr. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 33 ss.

¹²⁵ Il tema dei rimedi manutentivi e dell'obbligo di rinegoziazione, ad esempio, assume particolare rilevanza in relazione alla finanza di progetto, caratterizzata dalla presenza di una pluralità di contratti, unitariamente volti alla realizzazione, tramite finanziamento, di un'opera o un servizio. Il *project financing*, quale contratto a lungo termine è infatti soggetto, nell'arco della sua esecuzione, al verificarsi di sopravvenienze che possono comprometterne la realizzazione. Per una ricostruzione circa l'esistenza di obbligo di rinegoziazione (sulla base del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto) nel contratto di *project financing* (sia che venga accettata la ricostruzione dell'istituto quale contratto plurilaterale con comunione di scopo, quanto il suo inquadramento in termini di collegamento negoziale) e circa la rilevanza del ricorso a rimedi di carattere manutentivo volti a tutelare l'interesse della PA e della collettività alla esecuzione del contratto anche in caso di sopravvenienze cfr. V. MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Torino 2018. In tema di lavori pubblici, si era espressa sulla stessa linea la giurisprudenza francese del *Conseil d'État* (cfr. *Gaz de Bordeaux, Conseil d'État*, 30 marzo 1916, n. 59928) che, in relazione a contratti per lavori pubblici ammetteva, secondo la *théorie de l'imprévision*, la modifica del contratto al fine di tener conto del mutamento sopravvenuto delle circostanze.

¹²⁶ Trib. Bari, 14 giugno 2011 (ord.), in *Contratti*, 2012, p. 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziazione, tutela in forma specifica e penale giudiziale*; Trib. Bari, 31 luglio 2012 (ord.), in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2013, 117 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziazione e collegamento negoziale*; Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Dir. marittimo*, 2013, 641 ss., con nota di T. CAPURRO, *La rinegoziazione secondo buona fede del contratto di noleggio di nave*. Per la giurisprudenza arbitrale, cfr. lodo emesso dal collegio formato da G. Alpa (presidente), L. NANNI, G. SBISÀ (arbitri), del 15 luglio 2004, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 539 ss., con commento di G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*.

italiano, di un rimedio manutentivo idoneo a ripristinare l'equilibrio tra le prestazioni sembrerebbe porsi in linea di continuità con i più recenti mutamenti intervenuti in altri ordinamenti di *civil law* (come Francia e Germania), oltre che in linea con alcune codificazioni di *soft law* come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR, generalmente considerati un rilevante punto di riferimenti per i legislatori nazionali.

5. Conclusioni. Da quanto sopra, emerge una forte divergenza tra gli ordinamenti giuridici di *civil law* dell'Europa continentale e la *common law* inglese nel bilanciamento degli opposti principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus*.

Nei paesi di *civil law* è possibile riscontrare una marcata tendenza verso un affievolimento del principio dell'immodificabilità del contratto, a favore di una maggiore apertura verso l'espansione dei confini entro i quali il mutamento sopravvenuto delle circostanze ha rilevanza giuridica e giustifica l'inadempimento. Nell'ambito delle sopravvenienze contrattuali, infatti, si registra una convergenza nella regolazione di fattispecie ulteriori rispetto a quella dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione accolta sin dall'inizio all'interno dei codici civili europei.

In Francia e Germania, tra diciannovesimo e ventesimo secolo, ciò è avvenuto dapprima nell'ambito dei formanti giurisprudenziale e dottrinario che hanno contribuito alla elaborazione della teoria dell'*imprévision* nell'uno, e delle teorie della "presupposizione" (*Lehre von der Voraussetzung*), dell'"impossibilità economica" (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) e della "perdita del fondamento negoziale" (*Störung der Geschäftsgrundlage*) nell'altro.

Nel formante legislativo, il processo di espansione della rilevanza giuridica delle sopravvenienze contrattuali ha avuto una più lenta e graduale evoluzione.

Il primo codice a muoversi in tale direzione è stato il Codice Civile italiano del 1942, con l'introduzione, all'art. 1467, della fattispecie della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, accompagnata dallo sviluppo (anche qui solo giurisprudenziale e dottrinario) della teoria italiana della presupposizione, volta a regolare i casi di frustrazione dello scopo del contratto

e caratterizzata da un ambito di applicazione più ampio rispetto alla norma codicistica¹²⁷.

Dagli anni Novanta in avanti, il tema delle sopravvenienze è stato oggetto di attenzione a livello sovranazionale, nell'ambito dei diversi progetti di armonizzazione e unificazione del diritto. Strumenti di *soft law* come i Principi UNIDROIT, i PECL e il DCFR hanno tutti disciplinato la fattispecie dell'“*hardship*” o “*change of circumstances*” (con riferimento in generale ad eventi sopravvenuti successivi alla conclusione del contratto, estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata, che non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione al momento della sua conclusione e il cui rischio non era stato assunto o non è ragionevolmente sopportabile dalla parte svantaggiata), non solo attribuendo rilievo giuridico al sopravvenuto squilibrio economico del sinallagma contrattuale (per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione), ma anche introducendo rimedi ulteriori rispetto al classico rimedio estintivo della risoluzione. Infatti, la previsione di rimedi manutentivi come la rinegoziazione ed il potere di adeguamento del giudice caratterizza tutti i sopramenzionati strumenti di *soft law* (anche se con alcune differenze: obbligo di rinegoziazione a carico delle parti nei PECL, diritto di chiedere la rinegoziazione nei Principi UNIDROIT e rinegoziazione come presupposto dell'azione giudiziale nel DCFR)¹²⁸.

La codificazione di ulteriori fattispecie di sopravvenienze contrattuali e l'espansione dei rimedi esperibili è riscontrabile anche nelle recenti riforme del diritto delle obbligazioni e dei contratti compiute in Germania e Francia.

Come si è visto, la *Schuldrechts-Modernisierungs-Gesetz* in vigore dal 2002, oltre a disciplinare espressamente l'estinzione dell'obbligazione in caso di “impossibilità materiale” (§ 275, comma 2, del BGB), ha codificato la teoria della

¹²⁷ N. BERTOTTO, *Alcune riflessioni sulla presupposizione a margine di una recente pronuncia della Cassazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 317. Sulla relazione tra eccessiva onerosità e presupposizione A. CATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, cit., p. 789 ss.

¹²⁸ Sul tema E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 299-316; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., p. 97 ss.

“perdita del fondamento negoziale” (§ 313 del BGB), individuando come rimedio primario quello manutentivo dell’adeguamento del contratto azionabile attraverso specifica domanda giudiziale. Il rimedio caducatorio dello scioglimento del vincolo contrattuale (attraverso il recesso) interviene solo qualora l’adattamento del contratto non sia possibile o sia inesigibile da una delle parti¹²⁹.

Dall’altro lato, l’ordinamento francese, sino al 2016 caratterizzato da una forte rigidità nella applicazione del principio *pacta sunt servanda*, con la *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* ha invertito la propria tendenza ed ha recepito la teoria dell’*imprévision* all’art. 1195 de *Code Civil*. Anche in questo caso, la norma prevede la possibilità per la parte svantaggiata di chiedere la rinegoziazione dell’accordo originario. In caso di rifiuto della controparte o di fallimento delle trattative, si prevede che le parti possono accordarsi per la risoluzione del contratto o al fine di definire le condizioni dello scioglimento o dell’adeguamento giudiziale del contratto. Solo nel caso in cui le parti non raggiungano un accordo sarà possibile per il giudice, su domanda di ciascuna parte, procedere all’adeguamento o allo scioglimento del contratto.

Entrambe gli ordinamenti francese e tedesco, sulla scorta di quanto previsto nell’ambito degli strumenti di *soft law* sovranazionali, hanno legislativamente previsto a favore della parte onerata il rimedio manutentivo della rinegoziazione (non introducendo però un vero e proprio obbligo) ed in caso di fallimento delle trattative hanno attribuito rilevanti poteri di intervento al giudice. L’ordinamento italiano, invece, nonostante le proposte avanzate dalla dottrina circa l’esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione, prevede il solo rimedio estintivo della risoluzione, sia nel caso dell’eccessiva onerosità sopravvenuta che della presupposizione (slavo l’eccezione prevista ex art 1467, comma 3, c.c.). Sembrerebbe dunque necessaria l’introduzione legislativa di rimedi manutentivi idonei ad offrire un più ampio ventaglio di tutele alle parti e ad allineare l’ordinamento italiano alle più recenti tendenze emerse a livello europeo.

¹²⁹ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p. 320-324.

L'orientamento fondato sulla promozione di rimedi manutentivi come alternativa allo scioglimento del rapporto contrattuale rappresenta oggi la soluzione più diffusa nei maggiori sistemi giuridici di *civil law* oltre che nell'ambito del commercio internazionale e dei progetti di diritto privato europeo¹³⁰, ma non trova riscontro nell'ordinamento inglese.

Come mostrato dall'analisi sull'evoluzione della *doctrine of frustration* e ribadito dal recente caso *Canary Wharf v European Medicines Agency* deciso nel 2019 dalla *High Court of Justice*, nelle corti inglesi (in misura minore quelle statunitensi) prevale tutt'oggi il principio dell'*absolute contract* e, al fine di privilegiare la certezza del diritto, si predilige un'interpretazione restrittiva della fattispecie della *frustration*. Inoltre, il solo rimedio previsto dall'ordinamento inglese è il rimedio estintivo della *termination*.

L'assenza di rimedi di tipo manutentivo e la difficoltà con la quale le parti riescono ad ottenere la *discharge* a seguito di *frustration* determinano la necessità (e la prassi) di inserire all'interno dei contratti regolati dal diritto inglese specifiche clausole di *force majeure* o *hardship*, le quali possono anche prevedere obblighi di rinegoziazione a carico delle parti.

Nella pratica negoziale, dunque, le marcate divergenze tra *common law* e *civil law* in tema di rilevanza giuridica delle sopravvenienze e dei rimedi esperibili sembrano sbiadire alla luce della generale tendenza dei *common lawyer* ad una redazione dettagliata dei termini contrattuali attraverso la quale le parti tutelano i propri interessi economici.

¹³⁰ P. SIRENA, Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359 ss.; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, p. 134 ss.