

Introduzione

La responsabilità civile è un termine generico comprensivo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, la prima è disciplinata dal codice civile italiano all'articolo 1218, mentre la seconda, in base all'articolo 2043 del codice civile italiano, ha origine dalla commissione di un atto illecito. Questa distinzione appare sempre meno netta, con il trascorrere del tempo l'obbligazione contrattuale è diventata una struttura complessa e pertanto essa comprende anche obblighi accessori; nel frattempo la responsabilità civile tende a comprendere anche fenomeni contrattuali.

Una prospettiva del tutto diversa, invece, rinviene nella *comon law* dove la distinzione tra gli effetti del *tort* ed effetti del *contract*, ovvero tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, non si è mai consolidato¹.

Il Trattato sull'Unione Europea, così modificato attraverso i Trattati successivi, di Maastricht, Amsterdam, Nizza e, successivamente, Lisbona, riferisce a se stesso, e non ai singoli amministrati, la nota distinzione di *civil law* tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Ciò ha luogo all'art. 340 dove è scritto che, mentre << la responsabilità contrattuale della comunità è regolata dalla legge applicabile al contratto >> per quella extracontrattuale si fa riferimento << ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri >>. La responsabilità extracontrattuale è, in tal caso,

¹ Alpa G., *La responsabilità civile*, Utet, 2018, pag.30

quella in cui possono incorrere le istituzioni della Comunità e i suoi agenti per i danni cagionati dalle loro azioni.

In ambito contrattuale, la responsabilità è, dunque, quella da inadempimento dell'obbligazione. Secondo la dottrina prevalente l'obbligo del risarcimento non costituisce una nuova obbligazione ma la diversa forma che assume l'obbligazione contrattuale primaria quando l'adempimento di essa non appaia più possibile o esigibile².

Nella *common law* inglese nelle ipotesi di inadempimento contrattuale vige il principio di responsabilità oggettiva, *strict liability*, ovvero responsabilità senza colpa.

Nel diritto italiano la regola sulla responsabilità da inadempimento è richiamata all'art. 1218 c.c., dove, accanto alla clausola generale sull'inadempimento, definito come inesatta esecuzione della prestazione dovuta, figura una norma sulla prova che manda esente il debitore da responsabilità quando egli dimostri che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

La disciplina della responsabilità contrattuale nel codice civile italiano è dispersa nella parte generale delle obbligazioni e dei contratti e in alcune disposizioni relative a singoli contratti. Questa frammentazione costringe l'interprete a coordinare i principi generali con le disposizioni speciali.

Allo stesso modo, anche nella *common law*, dove tutto il sistema è imperniato nella distinzione tra *law of contract* e *law of tort*, il regime della responsabilità contrattuale non è esaurito in poche norme generali, ma è

² Di Majo A., *Profili della responsabilità civile*, Giappichelli, 2010, pagg. 10, 12

ripreso in norme specifiche contenute nella disciplina speciale dei singoli contratti.

L'analisi economica del rischio contrattuale rappresentato dall'inadempimento, che da tempo va svolgendosi nel sistema anglo-americano, e che da qualche tempo va affacciandosi anche presso la letteratura civilistica italiana, ha dimostrato che la scelta tra adempimento e inadempimento è spesso suggerita da ragioni di mercato³.

Si insegna che la responsabilità comincia là dove ha inizio l'area del giuridicamente dovuto, ossia quella dell'obbligazione. Ciò che prima era oggetto di libertà, ossia di libera contrattazione secondo le proprie scelte e convenienza, successivamente diventa oggetto di comportamenti giuridicamente dovuti⁴.

L'inadempimento di una parte all'obbligazione assunta al momento di costituzione del vincolo contrattuale produce numerosi effetti e conseguenze che vanno al di là del mero inadempimento, poiché si manifestano sui molteplici piani attraverso i quali il rapporto obbligatorio può essere valutato.

L'inadempimento, infatti, può trovare la propria fonte in una pluralità fatti, che il sistema del diritto delle obbligazioni codifica dal punto di vista delle ragioni che possono avervi dato luogo e del rispettivo fondamento: inadempimento grave, impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità.

³ Visintini G., *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, Edizioni scientifiche italiane, 2014, pagg. 147, 150, 174

⁴ Di Majo A., *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, 2007, pag. 6

L'inadempimento, ovvero il rifiuto di adempiere o la sospensione del proprio adempimento, può essere però l'effetto di una reazione del contraente all'altrui inadempimento, totale o parziale, ovvero all'altrui ritardo nell'adempimento, come nel caso dell'eccezione di inadempimento.

Si parla allora di fattispecie di autotutela privata, di eccezioni dilatorie, ovvero di rimedi negoziali⁵.

Una volta verificata l'esistenza della difformità tra il dovuto e il prestatto si apre la questione relativa alla responsabilità del debitore per l'inadempimento. In altri termini, la questione relativa alla responsabilità del debitore può proporsi solo dopo che sia stato compiuto l'accertamento della mancata o parziale esecuzione dell'obbligazione.

Ridotta nei suoi termini essenziali, la questione fondamentale della responsabilità per inadempimento si presenta racchiusa nell'individuazione di cosa il debitore inadempiente deve provare per sottrarsi all'obbligo del risarcimento del danno che dovrebbe conseguire alla mancata esecuzione della prestazione⁶.

La responsabilità per ritardo di adempimento, nei sistemi di *civil law*, è trattata diversamente da quella derivante da mancata o inesatta esecuzione della prestazione. Essa ha propri presupposti e anche rimedi differenziati. Comune è solo l'obbligo al risarcimento, e differenziandosi poi la tipologia dei danni risarcibili. Una distinzione così marcata non trova invece eguale riconoscimento nella *common law*.

⁵ Gabrieli E., *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Jus civile*, 2014, n.1, pag. 18

⁶ Cendon P., *Inadempimento contrattuale e risarcimento del danno*, Utet, 2005, pag. 9

I sistemi di *civil law* non ritengono sufficiente, per la responsabilità del contraente, la prova del ritardo colpevole ma esigono che il contraente venga messo in mora.

Tale messa in mora può sostanzialmente definirsi la notizia che si dà al contraente che egli è tenuto ad adempiere e che, in difetto, sarà responsabile di inadempimento.

Nei sistemi di *common law* la messa in mora non è invece necessaria perché la prestazione va eseguita anche senza formale richiesta. Quando il contratto non contiene un termine, la prestazione va eseguita entro un termine ragionevole. E' questa la soluzione accolta anche dal diritto uniforme sulla vendita internazionale⁷.

Il Codice civile italiano dedica al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale sette disposizioni. Inizia con il principio generale per il quale il danno si compone di due fattori, la perdita subita dal creditore e il mancato guadagno (art.1223) ; il danno risarcibile deve essere diretto ed immediato; per le obbligazioni pecuniarie si prevede la corresponsione degli interessi legali dal giorno della mora e si riconosce il danno maggiore se il creditore ne dà prova (art.1224); il danno inoltre deve essere prevedibile al momento della conclusione del contratto (art.1225); nell' ipotesi che esso non si possa provare nel suo preciso ammontare, si autorizza il giudice a liquidarlo con valutazione equitativa (art.1226); si riduce il risarcimento per concorso colposo del creditore e del danno evitabile dal creditore usando l'ordinaria diligenza (art.1227); il

⁷ Di Majo A., *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, 2007, pag. 79

debitore risponde anche del fatto doloso o colposo dei suoi ausiliari (art.1228); le clausole di esonero da responsabilità per dolo o colpa grave sono nulle (art.1229).

La regola fondamentale in materia di *damages* nel *common law* inglese è che il danno deve essere inteso come misura del risarcimento e quindi ha funzioni meramente soddisfattive, per meglio dire *damages are compensatory*.

Non sono riconosciuti, pertanto, i *punitive damages*, che tendono, invece, a punire il danneggiante: il danno da considerare è la perdita subita dall'attore, non il lucro del convenuto⁸.

La funzione compensativa del danno o, per meglio dire, la funzione sostitutiva del risarcimento esclude che nel calcolo del danno possa tenersi conto del guadagno che l'inadempiente abbia ottenuto dal proprio inadempimento.

Il danno risarcibile comprende qualunque diminuzione patrimoniale arrecata dall'inadempimento alla persona o ai beni del creditore, inclusa la perdita di guadagno per attività economiche non condotte a buon fine; solo eccezionalmente sono riconosciuti i *damages for non pecuniary*.

E' l'obbligazione risarcitoria a postulare che il risarcimento non possa sostanziarsi che nella compensazione della perdita subita e del mancato guadagno, da qualificarsi come criteri limitativi del danno risarcibili. In altri termini, il risarcimento del danno non può andare oltre la funzione che si è definita propria dell'obbligazione contrattuale, e cioè porre il contraente nella medesima condizione economica in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato adempiuto.

⁸ Alpa G., *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Giuffrè, 2014, pagg. 194, 199

Lo studio di un diritto straniero, in particolare della *common law* inglese, non deve dare per scontato che esista una reale coincidenza, nella struttura e nei contenuti, tra figure che nei diversi diritti sono indicate con termini in apparenza del tutto analoghi.

Eventuali coincidenze o divergenze possono essere individuate solo a conclusione di un'indagine che ponga in luce, comparandole, le regole operative presenti nei diversi ordinamenti o, in altre parole, verifichi le analogie o le difformità nell'impostare o risolvere in concreto casi analoghi.

Con riferimento al tema della responsabilità contrattuale, termine che in *civil law* delimita un campo non perfettamente coincidente con l'area della *contract liability* dei sistemi di *common law*. Quest'ultima, infatti, nasce da un *breach of contract*, ovvero da un inadempimento di un contratto; in particolare, dall'inadempimento di una promessa contrattuale espressa.

Nel nostro ordinamento, invece, la responsabilità contrattuale è sinonimo di responsabilità per inadempimento di un'obbligazione. Una qualsiasi obbligazione, sia essa sorta in virtù di contratto, di atto unilaterale o di legge.

Il sistema dei rimedi all'inadempimento del contratto può essere descritto come l'insieme degli strumenti giuridici che un determinato ordinamento mette a disposizione della parte pregiudicata dall'inadempimento per reagire contro tale situazione ed imporre alla parte inadempiente di attivarsi per sanare le conseguenze negative prodotte dal mancato rispetto dei termini contrattuali.

Uno degli aspetti fondamentali da considerare nello studio dell'inadempimento del contratto e delle sue conseguenze attiene alle modalità di determinazione della correttezza dell'adempimento reso dal

debitore. La questione può essere posta sia in termini positivi, e quindi richiedere la considerazione delle modalità di esatto adempimento da parte del debitore, sia in termini negativi, quando l'attenzione è prestata principalmente alla gravità dell'inadempimento ed alle sue conseguenze.

Al sistema dei rimedi contrattuali, dunque, viene attribuito il compito di bilanciare esigenze e finalità diverse; più in generale, ad esso viene attribuito il compito non soltanto di fornire strumenti di reazione in ipotesi patologiche, quali l'inadempimento, ma anche di incentivare un efficiente e fisiologico adempimento del contratto⁹.

In questo lavoro è stata compiuta un'analisi e una comparazione tra due sistemi giuridici opposti per origine e struttura, quello italiano e quello inglese.

La contrapposizione tra famiglia di *civil law* e famiglia di *common law*, un tempo ritenuta assai netta e decisa, merita di essere rivisitata e in qualche modo attenuata.

Negli ultimi due secoli i diritti continentali, a differenza di quelli di *common law*, sono stati codificati; la fonte del diritto di gran lunga prevalente era ritenuta sul continente la legge scritta e, invece, nei paesi di *common law* la giurisprudenza. Questo modo di analizzare le fonti, oggi, non è più attuale. Nei sistemi di *civil law* sia il codice, sia, più in generale, la componente legale hanno cessato di essere visti come l'unica fonte del diritto e grande importanza è riconosciuta ormai alla componente giurisprudenziale. In modo uguale e contrario, nei paesi di *common law* una parte crescente del sistema delle fonti è delegata alla legislazione.

⁹ Galgano F., *Atlante di diritto privato comparato*, Zanichelli, 2011, pagg. 136, 144, 145

La scelta dell'ordinamento straniero da analizzare e comparare è ricaduta sulla *common law inglese*, a causa dell'importante ruolo che, l'ordinamento straniero, ha assunto nel campo del diritto, nel campo economico e nel campo politico.

Infine, l'ulteriore comparazione con i *Principles European Contract Law*, il *Draft Common Frame of Reference* e i Principi *Unidroit* ha lo scopo di individuare quali istituti di *civil law* e quali di *common law* si possono riscontrare nei Principi europei e internazionali.

Per diritto comparato si intende quella parte della scienza giuridica che si propone di sottoporre a confronto critico e ragionato più sistemi o gruppi di sistemi giuridici nazionali, o più istituti¹⁰.

Secondo Konrad Zweigert e Hein Kotz << si tratta di un processo intellettuale che ha il diritto come oggetto e la comparazione come strumento >>

Per Gino Gorla << comparare nel campo del diritto, come in ogni altro campo, significa, di per sé, un'attività o processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici per vedere che cosa essi abbiano di diverso e cosa in comune ... E' un processo quasi circolare di conoscenza che va dall'uno all'altro termine, e dall'altro ritorna all'uno e così via ... >>

A sua volta Rodolfo Sacco precisa che << la comparazione, scienza giuridica, porta la sua attenzione sulle regole appartenenti ai vari sistemi giuridici per stabilire in quale misura esse coincidano e in quale misura esse differiscano. Questa analisi finirà poi per consentire una migliore conoscenza dei modelli studiati comparativamente. ... >>

¹⁰ Barsotti V., Varano V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Giappichelli, 2018, pag. 6

Sulla comparazione intesa come esplorazione delle somiglianze e differenze tra diversi sistemi giuridici concordano anche Richard Hyland, David Kennedy e Micheal Joachin Bonell; quest'ultimo aggiunge che la comparazione << crea le premesse per un linguaggio e un sistema di comunicazione autenticamente transnazionali tra i giuristi di tutto il mondo >>¹¹.

¹¹ Guarneri A., *Lineamenti di diritto comparato*, Cedam, 2018, pagg. 9, 10, 11

Capitolo I

RISARCIMENTO DEL DANNO CONTRATTUALE NELLA COMMON LAW INGLESE

SOMMARIO: 1.1 Introduzione: brevi cenni sul *contract* nella *common law* inglese – 1.2 *Breach of contract* – 1.3 *Anticipatory breach*
- 1.4 Risarcimento del danno contrattuale - 1.5 Il danno non patrimoniale
- 1.6 *L'equity* nel *breach of contract*, un rimedio diverso dal risarcimento
- 1.7 *Frustration*, il danno non imputabile al debitore.

1.1 Introduzione: brevi cenni sul *contract* nella *common law* inglese

Il diritto inglese è, in linea di massima, di formazione giurisprudenziale. Il termine *contract* non presenta una definizione legale, al contrario di come avviene per l'ordinamento italiano, che definisce il contratto all'art. 1321 del codice civile, e per la maggior parte degli ordinamenti continentali. Pertanto, nel corso del tempo sono state attribuite numerose definizioni, a volte anche in contrasto tra loro, sia da parte della dottrina che dalla giurisprudenza.

Nella dottrina inglese si distingue: il *contract* dalla *convention*, che è un termine più ampio, dove una delle parti è la pubblica amministrazione; il *contract* dalla *promise*, termine che indica la dichiarazione di assumere un obbligo; il *contract dall'obligation*, che indica il singolo obbligo creato dal contratto; il *contract dall' agreement*, indica l'incontro delle volontà dei contraenti.

Il termine *contract* assume significati diversi in base all'idea che gli studiosi intendono esprimere. Secondo Treitel il *contract* è un accordo che dà luogo a obblighi riconosciuti dalla legge, secondo Atiyah il *contract* è l'operazione economica, lo scambio, la negoziazione, secondo Burke è *contract* solo l'accordo che crea un vincolo giuridico in capo alle parti, Pollok, invece, considera il contratto come uno scambio di promesse avente forza vincolante¹².

La *common law* inglese definisce il *contract* come un accordo fondato sulla *consideration*, in altre parole, una promessa per dare luogo a un vincolo giuridico deve essere oggetto di scambio.

Al termine *Consideration* sono state attribuite diverse definizioni.

Nella sentenza *Currie v. Misa*¹³ del 1875, nello specifico, la società *Lizardi & Co.* ha venduto al sig. *Misa* quattro cambiali prelevate da una società bancaria di proprietà del sig. *Currie*. Tuttavia, la società *Lizardi e Co.* dopo alcuni giorni fallì. A causa del grande debito che la società aveva nei

¹² Alpa G., Bonell M.J., Corapi D., Moccia L., Zeno-Zencovich V., Zoppini., *Diritto privato comparato, istituti e problemi*, Laterza, 2012, pagg. 187, 188, 189, 190, 191, 192

¹³ Sentenza *Currie v. Misa*¹³ (1875) L.R. 10 EXCH 153

confronti della banca, il sig. *Currie* fece interrompere il pagamento verso il Sig. *Misa*. La Corte sostenne che il sig. *Currie* non aveva il diritto di recuperare il suo credito dall'ammontare destinato al sig. *Misa*. Il giudice Lush in questa sentenza ha definito la *consideration* come << a valuable consideration in the sense of the law may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility, given, suffered, or undertaken by the other >>; in altre parole la *consideration* consiste in un diritto, interesse, vantaggio o beneficio ricevuto da una parte, o in una tolleranza, in un sacrificio o in una perdita sofferta dall'altra parte¹⁴.

Secondo Wilson la *consideration* è << it may involve the performance of some act in return for the promise or, on the other hand, it may merely consist of a counter-promise >>; ovvero l'oggetto della *consideration* può consistere non solo nella prestazione immediata, ma anche nella promessa di adempimento dell'obbligazione.

Nella causa *Thomas v. Thomas*¹⁵ del 1842, nello specifico, Thomas, prima di morire, ha espresso oralmente il desiderio di lasciare a sua moglie la casa in cui vivevano. Dopo la sua morte, i successori, in considerazione di tale promessa, concordarono con la signora Thomas che avrebbe pagato un affitto di \$ 1 all'anno in cambio della possibilità di vivere in casa.

Qualche anno dopo l'accordo, i fratelli del defunto hanno agito in giudizio per avere la casa.

¹⁴ Si veda anche Geoffrey S., *Law of obligations*, Elgar, 2010, pag. 110

¹⁵ Sentenza *Thomas v. Thomas*¹⁵ (1842) 2 Q.B. 851

La Corte sostiene che nel contratto d'affitto è presente la *consideration*, e per tale ragione è valido e vincolante.

Il giudice Petterson in questa sentenza ha definito << *consideration* means something which is of some value in the eye of the law moving from the plaintiff: it may be some benefit to the plaintiff, or some detriment to the defendant >>. La *consideration* consiste in qualcosa economicamente valutabile dall'ordinamento e può portare un beneficio per il querelante e un sacrificio per il convenuto. Secondo quest'ultima definizione gli elementi essenziali per l'esistenza della *consideration* sono: il vantaggio ricevuto da una parte, e il sacrificio subito dalla controparte.

Diversamente, nella sentenza *Bolton v. Madden*¹⁶ del 1873, la *consideration* consiste nel vantaggio ricevuto da una delle parti. Nel caso specifico entrambe le parti erano soci di un'associazione no profit. Per realizzare al meglio lo scopo perseguito dall'associazione stipularono un patto: se *Bolton* avesse votato quanto voluto da *Madden* nella prima delibera, quest'ultimo avrebbe votato quanto voluto da *Bolton* nella delibera successiva. Citato in giudizio *Madden* per il suo inadempimento, obiettava sostenendo che l'accordo non poteva considerarsi giuridicamente vincolante per mancanza della *consideration*.

La Corte ritenne vincolante il contratto, i giudici individuarono l'esistenza della *consideration* nel vantaggio che la parte trae dall'obbligazione.

Atiyah vede nel rispetto delle promesse¹⁷ la *consideration*.

¹⁶Sentenza *Bolton v. Madden*¹⁶ 1873 L.R. 9 Q. B 55

¹⁷ Wheeler S. Shaw J., *Contract law cases, materials and commentary*, Oxford, 2001, pag. 317

Per Pollock la *consideration* è << the price for which the promise is bought¹⁸ >>, in altre parole può essere definita come il prezzo che un contraente versa alla controparte in cambio della prestazione.

Per Chesire e Fifood la *consideration* è il “requirement of mutuality” cioè l’elemento della corrispettività del contratto.

In sintesi, analizzando i dati precedentemente riportati, la *consideration* può essere definita come condizione di scambio, come una promessa economicamente valutabile, che a sua volta costituisce la contropartita di altra promessa economicamente valutabile.

L’ordinamento inglese colloca il *contract*¹⁹ all’interno del sistema dell’obbligazioni. La conclusione del contratto crea un vincolo in capo alle parti contraenti, il fine principale che porta le parti a concludere il contratto è quello di ottenere vantaggi reciproci dalla sua esecuzione²⁰.

E’ opportuno distinguere due tipologie di contratto: *contract under seal* e *simple contract*.

La prima tipologia il “*contract under seal*”, o meglio definito come contratto sotto sigillo, è dotato di una particolare forma che risulta essere essenziale per la sua validità. E’ considerato un contratto bilaterale, ma la peculiarità rinviene nella mancanza dell’obbligo della *consideration*.

¹⁸ Treitel G., *The law of contract*, Thomson, 2003, pagg. 69, 70

¹⁹ Atiyah P. S. Smith S., *Atiyah’s introduction to the law of contract*, Clarendon press, Oxford, 2005, pag. 1

²⁰ Coote B., *Contract Damages, Ruxley, and the performance interest*, in *Cambridge law journal*, november 1997, pag. 441

E' questo l'elemento che lo caratterizza e, allo stesso tempo, lo differenzia dai contratti ordinari.

La seconda tipologia è il "*simple contract* ", definito come contratto di scambio (*bargain*).

L'elemento essenziale, ai fini della sua esistenza e validità, è la *consideration*; questa consiste nella contropartita di un corrispettivo economico, per una prestazione presente o futura. La *consideration*, per esistere, deve essere *real*, o per meglio dire, reale e effettiva.

La libertà di forma è il punto di contatto tra l'ordinamento italiano e quello inglese; le parti possono scegliere la forma che più preferiscono per la stipula del contratto. La legge obbliga l'uso di una specifica forma, solo per alcuni tipi di contratti.

La conclusione del contratto avviene con l'incontro tra proposta e accettazione, la proposta deve contenere, sia gli obblighi a cui la parte intende vincolarsi, sia gli obblighi richiesti alla controparte.

La mancata conclusione del contratto può avvenire per varie ragioni: per la morte di uno dei contraenti prima dell'accettazione; quando l'accettazione della proposta non perviene entro un determinato lasso di tempo; nel caso in cui la proposta è revocata prima di essere accettata dalla controparte; per il rifiuto della proposta.

L'accettazione deve avvenire in modo espresso, la parte deve manifestare la volontà di obbligarsi contrattualmente senza opporre riserve. Al destinatario della proposta, possono essere imposte particolari modalità da rispettare al momento dell'accettazione²¹, il mancato rispetto di queste

²¹ Parrini P., *Manuale pratico dei contratti in lingua inglese*, Cedam, 2001, pag. 10

provoca il fallimento del contratto. Non è considerata valida l'accezione tacita.

L'ordinamento inglese individua quattro cause di invalidità del contratto:²²

- *illegal contract*, comprende i contratti considerati illeciti; ad esempio: i contratti in frode al fisco, i contratti diretti a corrompere la pubblica amministrazione, infine, i contratti aventi un elemento essenziale illegale;

- *void contract*, caratterizzati da un'antigiuridicità debole, sono considerati nulli; a titolo di esempio si fa riferimento ai contratti diretti a limitare il libero commercio;

- *voidable contract*, sono annullabili i contratti conclusi con incapaci di intendere e di volere, infermi, invalidi e minori;

- *unenforceable contract*, comprende tutti quei contratti che, pur non essendo nulli o annullabili, sono comunque oggetto di tutela giuridica.

Analizzando il contenuto del contratto bisogna fare una prima distinzione tra *terms* e *representation*.

La *representation* indica le dichiarazioni avvenute nella fase precontrattuale, a scopo di indurre l'altra parte a concludere il contratto; risponde di responsabilità precontrattuale la parte che, attraverso falsa dichiarazione induce la controparte a stipulare il contratto.

Il termine *terms* si riferisce alle clausole contrattuali, a differenza della *representation*, in caso di falsità sorge una violazione contrattuale.

I *terms* si possono suddividere in clausole principali e accessorie; sono definite clausole principali quelle che rappresentano l'essenza del

²² Parrini P., *Manuale pratico dei contratti in lingua inglese*, Cedam, 2001, pagg. 24, 25

contratto, sono definite accessorie le clausole subordinate allo scopo del contratto.

Nel caso di violazione di una clausola principale, la parte adempiente può chiedere, oltre al risarcimento del danno, la risoluzione del contratto e può considerarsi libera da ogni obbligo. Diversamente, in caso di violazione di una clausola accessoria, la parte adempiente può chiedere solo il risarcimento del danno.

La parte danneggiata dall'inadempimento, quando non mostra più interesse verso l'obbligo contrattuale, ha il diritto di chiedere la risoluzione del contratto. Tale azione, deve essere esercitata entro un tempo ragionevole, ha lo scopo di tutelare la parte da ulteriori danni.

L'inadempimento è considerato una delle cause di estinzione del contratto, la dottrina conosce cinque ipotesi di *discharge*²³:

- a) *unilateral discharge*: una sola parte vuole sciogliersi dal vincolo contrattuale, come avviene, ad esempio, nei contratti di durata;
- b) *discharge by agreement*: la cessazione del contratto avviene per mutuo consenso o per opera di una clausola risolutiva;
- c) *discharge by performance*: il contratto si estingue a causa del completo ed esatto adempimento;
- d) *discharge by breach*: la parte danneggiata dall'inadempimento intende liberarsi del contratto;
- e) *discharge by frustration*: la cessazione del contratto avviene per sopravvenuta impossibilità di portare a esecuzione il contratto.

²³ Alpa G., *Il contratto nel common law inglese*, Cedam, 2005, pagg. 176, 177, 178

Nei casi di *discharge* l'operato della corte non ha carattere costitutivo, si limita a prendere atto dell'intenzione che ha la parte di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

1.2 Breach of contract

Il *contract* crea un vincolo in capo alle parti contraenti, quando una delle parti non rispetta l'impegno assunto, provocherà un *breach of contract*, in altre parole, una violazione, una frattura del contratto causato da un totale o parziale inadempimento.

Holmes sostiene << if a contract is broken the measure of damages generally is the same, whatever the cause of breach >>. In altre parole, se il contratto si rompe, la misura dei danni è la stessa qualunque sia la causa della sua rottura.²⁴

L'ordinamento inglese non punisce la violazione contrattuale, né richiede inevitabilmente la prestazione del contraente, mira a risarcire la vittima. La violazione è percepita come un errore che richiede un risarcimento per essere sanato²⁵.

²⁴ Wheeler S. Shaw J., *Contract law cases, materials and commentary*, Oxford, 2001 pag. 792

²⁵ Sergio Mittlaender, *Morality, Compensation, and the Contractual Obligation*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, marzo 2019, pag. 119

L'ordinamento non impone alle parti di adempiere oltre ogni limite²⁶, come avviene per l'ordinamento italiano, ma pone la parte davanti ad un bivio: può adempiere, o scegliere di non adempiere l'impegno preso. Nel caso in cui la parte sceglie di non adempiere sorge l'obbligo di risarcire il danno arrecato alla controparte adempiente.

Secondo Holmes << the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else >>, in altre parole, il dovere di adempiere al contratto implica il risarcimento del danno nel caso di inadempimento. La promessa legalmente vincolante obbliga il promittente a pagare i danni se l'evento promesso non si verifica.

Quando una persona stipula un contratto in cui promette l'esecuzione di una prestazione, allora questa persona ha la possibilità di eseguire o di risarcire i danni.

Una visione più ampia è rappresentata dalla *Holmesian Theory*, secondo questa teoria chi adempie agli obblighi contrattuali non è solo la parte che esegue perfettamente il contratto, ma anche la parte inadempiente che ha risarcito la controparte dei danni procurati. In entrambi i casi, secondo Holmes, nessuna colpa può essere attribuita all'inadempiente. La violazione dell'obbligo contrattuale si verifica solo quando l'inadempiente non risarcisce il danno procurato alla controparte²⁷.

²⁶ Alpa G., *Il contratto nel common law inglese*, Cedam, 2005, pag. 172.

²⁷ Sergio Mittlaender, *Morality, Compensation, and the Contractual Obligation*, in *Journal of Empirical Legal Studies*, marzo 2019, pagg. 124, 125

Nel disciplinare la materia contrattuale, gli ordinamenti di *civil law* e di *common law* mettono a disposizione della parte danneggiata dall'inadempimento alcuni rimedi.

I rimedi possono essere definiti come azioni giuridiche, che obbligano la controparte a risarcire il danno procurato; non hanno il fine di punire l'inadempiente ma di tutelare la parte danneggiata.

I rimedi contrattuali sono stati progettati per perseguire uno e più dei principi elencati²⁸: garantire che il contratto comporti un trasferimento di risorse; obbligare la parte inadempiente a risarcire il danno arrecato; fornire incentivi per agire nel modo più vicino a quello concordato; liberare la parte lesa dal vincolo contrattuale; compensare la parte lesa per la perdita subita; allocazione dei guadagni e delle perdite subite in base al contratto.

La parte danneggiata dall'inadempimento contrattuale ha diritto alla risoluzione del contratto; questo diritto può derivare dalla legge o da una clausola contrattuale.

Al verificarsi di alcune circostanze, il debitore non risponde del mancato adempimento all'obbligo contrattuale; l'inadempimento non imputabile al debitore si verifica in due circostanze, quando la prestazione è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile²⁹, oppure quando nel contratto è presente una clausola che elimina la responsabilità.

Nell'ambito del *breach of contract* si distingue l'*anticipatory breach* dall'*actual breach*; per *anticipatory breach* si intende l'inadempimento anticipato rispetto al termine fissato nel contratto; l'*actual breach*, indica

²⁸ Wheeler S. Shaw J., *Contract law cases, materials and commentary*, Oxford, 2001, pag. 793

²⁹ Si fa riferimento all'istituto della *frustration* trattato nei successivi paragrafi

l'inadempimento realizzato alla fine del contratto, si suddivide in inadempimento assoluto e relativo.

Quando l'*actual breach* è assoluto si parla di *fundamental breach*, in questo caso l'inadempimento è talmente grave da alterare l'equilibrio del contratto.

La parte danneggiata può esercitare solo l'azione di risarcimento, scegliendo di mantenere ferma l'obbligazione, oppure può proporre, insieme all'azione di risarcimento anche la *termination*, in altri termini, esercitare l'azione di risoluzione del contratto.

La risoluzione del contratto è un rimedio estremo e non si applica mai in modo automatico; l'azione di risoluzione sarà promossa dalla parte, attraverso un'esplicita richiesta, nel momento in cui non sarà più interessata alla prestazione contrattuale.

L'*actual breach*, relativo o lieve, ricorre quando l'adempimento è eseguito in modo parziale e inesatto, non conforme alle direttive contrattuali. In questa circostanza il contratto resterà fermo e sarà possibile per la controparte chiedere solo il risarcimento del danno. Non è possibile per la parte danneggiata avere la risoluzione del contratto a causa del danno lieve e non rilevante.

La responsabilità per inadempimento contrattuale nel *common law* inglese può essere definita *strict liability*, l'inadempiente è responsabile per l'adempimento, su di lui incombe una responsabilità oggettiva³⁰; la parte risponde, indipendentemente da colpa, dei danni provocati durante l'esecuzione del contratto. Non è rilevante se i danni sono stati procurati in concorso o solo da terzi in sostituzione.

³⁰ Treitel G., *The law of contract*, Thomson, 2003, pag. 838

La colpa diviene essenziale solo in casi specifici³¹: quando l'oggetto del contratto è un'obbligazione di mezzi e non di risultato; nel caso in cui l'impossibilità della prestazione è causata da una parte, nello specifico quella che deve adempiere; quando la parte per colpa non ha provocato il verificarsi della condizione a cui il contratto è stato sottoposto.

Particolare importanza, in termini di effetti, assume la distinzione tra due concetti *termination* e *rescission*³².

La *rescission*, si realizza quando si verifica un vizio durante la formazione del contratto.

La parte può chiedere di essere messa nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se il contratto non fosse stato concluso; a causa dell'effetto retroattivo, è preclusa la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento del danno da inadempimento.

La *termination*, si realizza dopo la conclusione del contratto nel momento in cui non sono stati portati a termine gli impegni presi; in tal caso la parte può esercitare sia l'azione di risarcimento del danno per inadempimento che l'azione di risoluzione del contratto.

L'ordinamento inglese, permette alla parte danneggiata di chiedere la *termination per breach of contract* in diverse circostanze, ad esempio: al verificarsi dell'inadempimento, quando la controparte ha manifestato la volontà di non volere adempiere e, infine, a causa del mancato adempimento di una promessa contrattuale.

³¹ Alpa G., *Il contratto nel common law inglese*, Cedam , 2005, pagg. 178,179.

³² Alpa G., *Il contratto nel common law inglese*, Cedam 2005 pagg. 180, 181,182.

1.3 *Anticipatory breach*

La parte danneggiata, può proporre azione di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno solo quando la violazione è effettivamente avvenuta. Questa regola, di carattere generale, accomuna sia gli ordinamenti di *civil law* che gli ordinamenti di *common law*.

La rigida applicazione di questo principio obbliga la parte ad attendere il termine del contratto per proporre azione di risarcimento, anche nel caso in cui, prima del termine stabilito, la controparte ha espresso la volontà di non volere assolvere l'impegno assunto³³.

L'ordinamento inglese, in merito al *breach of contract*, si discosta dagli altri ordinamenti dando particolare importanza all'istituto dell'*anticipatory breach*, che consiste in un anticipo dell'inadempimento rispetto al termine previsto nel contratto. La violazione anticipata ed effettiva fa sorgere, in capo alla parte danneggiata, il diritto di chiedere immediatamente la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno³⁴. Il fattore tempo assume un ruolo essenziale per entrambe le parti, consente alla parte che non intende adempiere l'impegno preso di non attendere il termine contrattuale per manifestare la sua intenzione; allo stesso tempo la parte danneggiata dall'inadempimento ha la possibilità di agire in giudizio

³³ Smit J., *Contract law: a comparative introduction*, Elgar, 2017, pagg. 236, 237

³⁴ Treitel G., *The law of contract*, Thomson, 2003 pag. 859

immediatamente, senza attendere il termine contrattuale³⁵.

Secondo la dottrina³⁶ dell'*anticipatory breach* quando la violazione dell'obbligo è talmente grave da privare la parte innocente dell'intero beneficio del contratto, questa può scegliere di risolvere immediatamente il contratto e citare in giudizio la controparte al fine di ottenere il risarcimento dei danni, nonostante il termine contrattuale non sia ancora scaduto; in alternativa, la parte innocente può scegliere di non accettare l'inadempimento, mantenendo il contratto in funzione.

Questa visione ha subito diverse critiche³⁷ da parte degli avvocati, secondo l'opposizione una promessa non può essere infranta finché non arriva il momento per la sua esecuzione.

Atiyah allude a due condizioni per giustificare la teoria dell'*anticipatory breach*: la prima si verifica quando la parte che ha pagato la prestazione futura ha interesse a recuperare al più presto il suo pagamento per stipulare un contratto sostitutivo con una terza parte; la seconda si realizza quando il danno subito dalla parte sarà maggiore se, al verificarsi dell'inadempimento anticipato, non può agire in giudizio fino alla scadenza del termine.

³⁵ A titolo di esempio: se A conclude un contratto di restauro di un vecchio mobile con B, e dopo qualche settimana dalla conclusione del contratto prima dell'inizio dei lavori quest'ultima manifesta la volontà di non poter assolvere l'impegno preso. In questo caso Paolo avrà la possibilità di chiedere sia la risoluzione del contratto che il risarcimento dei danni per mancato adempimento senza attendere il termine fissato.

³⁶ Atiyah P. S. Smith S., *Atiyah's introduction to the law of contract*, Clarendon press, Oxford, 2005 pag. 201

³⁷ Wheeler S. Shaw J., *Contract law cases, materials and commentary*, Oxford, 2001, pagg. 774, 775, 778, 779.