

ROCCO FAVALE*

*Le sopravvenienze alteranti nel contratto di opzione***

1. La monografia di Klemens, giovane studioso formatosi all'Università di Amburgo, affronta una delle questioni più controverse in dottrina, ossia la sorte del contratto di opzione quando, nel periodo intercorrente tra la sua conclusione e la sua esecuzione, intervengano alterazioni rilevanti del rapporto di valore tra prestazione e controprestazione¹. Si pensi al semplice esempio di un'opzione di acquisto concessa dal proprietario di un immobile a favore di un soggetto interessato, il quale, dietro il pagamento di una somma di danaro, il c.d. premio, acquista il diritto (potestativo) di concludere autonomamente il contratto definitivo di compravendita attraverso la relativa dichiarazione di accettazione.

Ci si interroga allora se sia possibile un adeguamento successivo o addirittura lo scioglimento del contratto di opzione squilibrato. Prima di affrontare la questione centrale appena richiamata, sono opportune alcune notazioni di carattere preliminare.

Innanzitutto, il contributo prende le mosse da un caso della prassi emerso presso uno studio legale specializzato in diritto commerciale (p. 24), relativo a diritti di opzione aventi a oggetto l'acquisto o la vendita di partecipazioni sociali, il cui valore era sensibilmente mutato per effetto della pandemia. Da qui la questione se potesse trovare applicazione la figura della *Geschäftsgrundlage*, così come regolata dal § 313 BGB nella versione introdotta dalla *Schuldrechtsreform* del 2002.

Il punto di forza della monografia sta nella proficua applicazione del metodo comparativo. In altri termini, l'indagine è di diritto civile, ma si giova del metodo del diritto comparato, al fine di pervenire a soluzioni innovative funzionali a uno degli scopi

* Professore ordinario di Diritto privato comparato, Università di Camerino.

** Leggendo PELLE KLEMENS, *Die gestörte Option. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur nachträglichen Äquivalenzstörung des Optionsvertrages* (Studien zum vergleichenden Privatrecht, Band 31), Duncker & Humblot, Berlin, 2026, pp. 300.

¹ Va ricordato che il problema dell'opzione in Italia è esploso con la decisione *Bocconi c. La Rinascente* di Cass. Regno, 28 luglio 1928, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, p. 1009 ss., nella quale, dopo aver esercitato l'opzione il beneficiario, il concedente metteva in evidenza l'aumento di valore degli immobili. Sulla vicenda, cfr. R. FAVALE, *Opzione*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato e già diretto da P. Schlesinger continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2009, p. 21 ss.

più importanti della dogmatica², ossia lo sviluppo del diritto (*Rechtsfortbildung*)³. Nel lavoro monografico l'A. individua nel rimedio della *laesio enormis* (§ 934 ABGB) il termine giuridico straniero, idoneo a costituire la base argomentativa per la trattazione della questione di diritto civile domestico⁴.

Klemens dichiara esplicitamente che il problema dei contratti di opzione affetti da sopravvenuta alterazione dell'equilibrio sinallagmatico è affrontato in prospettiva comparativa. Anzi siamo convinti che fra i contributi di diritto civile più significativi possano annoverarsi quelli che fanno applicazione degli argomenti comparativi, soprattutto di comparazione bilaterale⁵.

Ciò accade nel presente lavoro secondo una prospettiva peculiare: il termine di confronto prescelto non appartiene a un sistema distante, come vorrebbe un'indicazione ricorrente della comparatistica, ma a un ordinamento assai prossimo a quello tedesco. La scelta dell'esperienza austriaca presenta, infatti, un duplice profilo: da un lato consente di misurare soluzioni maturate entro una forte affinità dogmatica; dall'altro beneficia di una prossimità linguistica che, come accade talvolta nelle comparazioni interne al modello di *common law*, imprime allo studio un andamento peculiare⁶. La preferenza del modello giuridico austriaco non è di comodo – per lingua e vicinanza culturale – ma ispirata dalla esistenza di una soluzione che potrebbe rivelarsi alternativa e più adeguata al rimedio disposto dalla figura giuridica della *Geschäftsgrundlage* (§ 313 BGB).

Quanto al metodo comparativo adoperato (p. 27 s.), la scelta cade sulla prospettiva funzionale consolidata (*funktionaler Rechtsvergleich*) – adottata soprattutto dalla dottrina comparatistica tedesca – secondo il principio fondamentale che la comparabilità è

² In proposito, K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1979, p. 169, avverte che la dogmatica è fondamentalmente rivolta a un determinato ordinamento giuridico, tuttavia, indirettamente, si occupa di questioni giuridiche che non sono limitate all'ordinamento domestico. Perciò «Darauf, daß die Lösungen einer positiven Rechtsordnung häufig Antworten auf allgemeine Rechtsprobleme sind, die sich in gleicher oder vergleichbarer Weise allen oder den meisten Rechtsordnungen stellen, beruht die Möglichkeit und die Fruchtbarkeit rechtsvergleichender Untersuchungen».

³ In generale, per tutti sia sufficiente richiamare L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 299 ss.; R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, p. 11 ss.; da ultimo, K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, München, 2025, p. 30 ss.

⁴ Sulle difficoltà per la corretta individuazione dei termini stranieri da porre in confronto, cfr. le osservazioni di L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 52 ss.

⁵ M. RHEINSTEIN, *Comparative law its functions, methods and usages*, in *Arkansas L. Rev.*, 22, 1968, p. 415 ss.

⁶ La scelta da parte dell'A. del termine straniero da comparare va un po' controcorrente, in quanto la dottrina di diritto comparato ha di solito ritenuto che i risultati delle investigazioni scientifiche siano tanto più interessanti quanto più i termini da comparare siano distanti appartenendo a sistemi giuridici differenti (L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 52 ss.).

assicurata quando i termini giuridici da comparare perseguono la medesima funzione⁷. A *tertium comparationis*⁸ viene eletto il problema giuridico trasversale agli ordinamenti richiamati – ossia il trattamento del contratto di opzione successivamente alterato nell'equilibrio sinallagmatico – entro la trama di una micro-comparazione (*Mikrovergleich*)⁹.

La profonda parentela dei due ordinamenti giuridici giustifica – come avvertito dall'A. – un procedimento comparativo abbreviato che affronti immediatamente in guisa critica le relative discipline tedesca e austriaca, quale presupposto imprescindibile per proseguire nell'analisi della natura giuridica del contratto di opzione e della sua gestione nel caso di turbativa dell'equilibrio fra le prestazioni.

2. La monografia segue un andamento a piramide rovesciata – muovendo cioè dall'analisi più ampia e fondamentale per discendere verso le applicazioni specifiche – e prende avvio, nel secondo capitolo, dall'esame della natura giuridica dell'opzione nei due ordinamenti tedesco e austriaco (pp. 30-111).

Prima di procedere all'analisi del problema appena delineato, va richiamata la distinzione, accolta dalla dottrina moderna e ripresa da Klemens, tra opzioni non autonome e opzioni autonome. Ai fini di tale distinzione, le espressioni *Optionsvertrag* e *Optionsgeschäft* non assumono un valore tecnico contrapposto, ma vengono impiegate in senso sostanzialmente sinonimico. Il criterio decisivo è piuttosto funzionale. Sono non autonomi gli *unselbständige Optionsverträge*, nei quali il diritto di opzione si esaurisce nella funzione preparatoria o strumentale rispetto alla futura conclusione del contratto principale. Sono invece autonomi gli *selbständige* o *verselbständigte Optionsverträge*, nei quali la conclusione del contratto principale passa in secondo piano e l'opzione stessa diviene il bene economico oggetto dello scambio. In questa seconda categoria rientrano, in particolare, i diritti di opzione cartolarizzati e i negozi di opzione derivati, per i quali Klemens utilizza anche l'espressione *selbständige Optionsgeschäfte*.

La questione della natura giuridica del contratto di opzione¹⁰ occupa un posto di rilievo nell'ambito dell'economia del lavoro monografico, confermando la sua importanza

⁷ Per tutti: K. ZWIEGERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, ed. it. a cura di A. di Majo e A. Gambaro, trad. it. di B. Pozzo, Milano, 1991, p. 35 ss.

⁸ Sul problema del *tertium comparationis* nell'ambito dell'indagine di diritto comparato cfr. G. RADBRUCH, *Sul metodo comparativo*, trad. it. di R. Favale, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 477 ss. Una panoramica è offerta da L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 20 ss., ove sottolinea alcune criticità.

⁹ Sulla consueta differenziazione comparatistica fra micro e macrocomparazione, offre di recente un quadro interessante K.A.P. VON SACHSEN GESSAPHE, *Rechtsvergleichung*, cit., p. 10 ss.

¹⁰ In dottrina, per tutti, D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag: eine dogmatisch-systematische Untersuchung der vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluß*, Tübingen 1965; H. VON EINEM, *Die Rechtsnatur der Option*, Berlin 1974; M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, Tübingen 2005.

al fine di impostare in maniera coerente le problematiche collegate, *in primis* quella delle sopravvenienze che alterano i valori delle prestazioni.

L'analisi dell'A. si concentra in prima battuta sui diritti di opzione "non autonomi" (*unselbständige Optionsrechte*), legati alla futura conclusione di un contratto principale, come, ad esempio, una compravendita. Il dibattito dottrinale si sviluppa sostanzialmente intorno alla relazione che corre fra contratto d'opzione e contratto principale e alla conseguente conformazione del diritto di opzione, all'interno del quale ruotano la teoria dell'unità e la teoria della separazione.

Secondo la prima (*Einheitstheorie*), sostenuta prevalentemente dalla giurisprudenza, il diritto di opzione non nasce da un contratto separato, ma dal fatto che il contratto principale viene concluso immediatamente sotto condizione sospensiva e l'esercizio dell'opzione non è altro che l'avveramento della condizione (§ 158, comma 1, BGB)¹¹. La principale criticità della tesi verte sulla natura della condizione, la quale si caratterizza come condizione meramente potestativa (*Wollensbedingung*), che solleva dubbi sulla validità dell'operazione negoziale. Il problema è ben approfondito sotto il profilo storico – dal diritto romano al diritto comune fino al varo del BGB – al fine di difendere la tesi della validità della *Wollensbedingung*¹².

L'A. ritiene compatibile la condizione meramente potestativa con la struttura del § 158, comma 1, BGB, in quanto esiste una distinzione tra la volontà di vincolarsi (espressa al momento della conclusione del contratto) e la volontà di attivare gli effetti del contratto (manifestata con l'esercizio dell'opzione). La produzione degli effetti contrattuali subordinata alla discrezione di una parte trova giustificazione nell'interesse a tener conto dei mutamenti economici e degli sviluppi successivi. Inoltre la disposizione del § 454 BGB sulla vendita a prova comprova come il legislatore reputi compatibile la condizione meramente potestativa con la volontà di vincolarsi da parte dell'acquirente.

La teoria della separazione (*Trennungstheorie*), dominante in dottrina, postula l'esistenza di due contratti distinti: un contratto di opzione autonomo e un successivo contratto principale. Al suo interno vivono due orientamenti che costruiscono diversamente la natura del diritto di opzione. Da una parte, la teoria del diritto potestativo – sviluppata soprattutto da Larenz – secondo la quale attraverso il contratto di

¹¹ Per alcune decisioni: BGH, 21 aprile 1967, in NJW, 1967, p. 1605 ss.; BGH, 28 giugno 1996, in NJW-RR, 1996, p. 1167 ss.; BGH, 12 ottobre 2016, in NJW, 2017, p. 254 ss.

¹² Va ricordato che una parte della dottrina (Dernburg, Leonhard, Muskat, Walsmann) non riteneva invalida la condizione meramente potestativa, mentre altri mettevano in dubbio il carattere vincolante di una dichiarazione di volontà rimessa al volere dello stesso dichiarante. L. RAAPE, *Die Wollensbedingung. Zugleich ein Beitrag zum Stempelsteuerrecht*, 2. Aufl., Halle an der Saale, 1912, p. 16 s., replica che la vincolatività di una dichiarazione implica, di regola, la soggezione del dichiarante all'effetto giuridico anche contro la sua volontà successiva; ma ciò non vale quando il volere dell'effetto giuridico costituisce esso stesso l'oggetto della condizione, come accade nella condizione meramente potestativa. Altrimenti si cadrebbe nel paradosso: «Wer nur in den Kerker kommt, wann er will, ist frei».

opzione nasce un diritto potestativo a favore del beneficiario destinato a determinare la conclusione del contratto principale con una sola dichiarazione unilaterale (dichiarazione di accettazione)¹³. Dall'altra, v'è la teoria sostenuta da Henrich del contratto-offerta (*Angebotsvertrag*)¹⁴, secondo cui mediante il contratto di opzione viene messa a disposizione dell'opzionario una proposta, poi accettata a seguito dell'esercizio dell'opzione. In sostanza, l'opzione è costruita come una proposta contrattuale avente il *vestimentum* del contratto, che la rende irrevocabile per un certo tempo. L'A. ritiene queste costruzioni inutilmente complesse rispetto alla teoria dell'unità, valutata molto più lineare.

A questo punto Klemens testa entrambe le teorie su diversi aspetti pratici di ordine civilistico, a fronte dell'opinione di una parte della dottrina secondo la quale, pur essendo teoricamente possibile concludere un contratto di opzione come contratto definitivo sottoposto a condizione meramente potestativa, nella realtà le parti intendono piuttosto produrre un vincolo unilaterale. In questo percorso, quanto al premio di opzione, vengono ridimensionati i vantaggi della teoria della separazione: le parti possono subordinare a condizione singoli obblighi del contratto, mentre altri, come l'obbligo di pagare il premio, producono effetti immediatamente con la conclusione dell'operazione negoziale.

Così nelle ipotesi di turbative della prestazione, come l'impossibilità sopravvenuta dell'oggetto, la teoria dell'unità consente l'applicazione della relativa normativa (§ 283 BGB), senza gli espedienti cui è costretta la teoria della separazione. Un'efficace tutela del beneficiario è garantita dalla teoria dell'unità anche nell'ipotesi di turbative della prestazione prima dell'esercizio del diritto di opzione. Pure sotto il profilo dei requisiti di forma, la teoria dell'unità offre una soluzione più lineare: nei contratti soggetti a forma notarile, come il trasferimento immobiliare (§ 311b BGB) o la cessione di quote di società a responsabilità limitata tedesca (*GmbH*, § 15 *GmbHG*), la forma è rispettata con la stipulazione iniziale del contratto condizionato; nella teoria della separazione, invece, la dichiarazione di esercizio dell'opzione rischia di dover rivestire a sua volta la forma prescritta per il contratto principale, con inutile duplicazione di atti e costi. Quanto poi al trasferimento del diritto di opzione, l'A. ritiene necessario il consenso del concedente, poiché il subentro di un terzo inciderebbe sulla libertà di scelta del contraente. Il richiamo al § 399 BGB non opera però in via diretta: trattandosi di un diritto potestativo, la regola sull'inceditività del credito in caso di mutamento del contenuto della prestazione viene applicata in via analogica attraverso il § 413 BGB.

¹³ K. LARENZ, *Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen*, in *DB*, 1955, p. 211; in scia, M. CASPER, *Der Optionsvertrag*, cit., pp. 46 ss., 58 ss.

¹⁴ D. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, cit., p. 241 ss.

In definitiva, l'A. propende per la teoria unitaria, come più coerente e funzionale per un'adeguata conformazione del contratto di opzione non autonomo. Essa permette di inquadrare la figura preparatoria come un unico e complesso rapporto obbligatorio, in cui convivono regole immediatamente efficaci (premio, obblighi di protezione) e obblighi principali sospesi fino alla decisione dell'opzionario.

Nei negozi di opzione autonomi la conclusione non è però la stessa per l'una e per l'altra categoria. I diritti di opzione cartolarizzati comprendono le ipotesi di prestiti obbligazionari con diritto di opzione di acquisto di azioni che circola in maniera separata come titolo di credito al portatore. Questa configurazione risulta difficilmente compatibile con la teoria dell'unità, poiché la preventiva conclusione del contratto principale sotto condizione sospensiva mal si concilia con la struttura del titolo e con le sue esigenze di circolazione. Più adeguata è pertanto la teoria della separazione, secondo cui il diritto di sottoscrizione opera come offerta contrattuale incorporata nelle condizioni del prestito e accettata dal possessore del titolo al momento dell'esercizio dell'opzione.

Nei negozi di opzione derivati, invece, il contratto principale perde quasi del tutto rilievo, perché le parti normalmente non mirano allo scambio fisico del bene sottostante, ma a un regolamento per differenza (*cash settlement*). Qui la teoria dell'unità spiega meglio il meccanismo giuridico, poiché il negozio derivato costituisce un unico rapporto obbligatorio, nel quale l'obbligo di pagare il differenziale è subordinato all'esercizio dell'opzione.

3. Passando al diritto austriaco, Klemens svolge sulla natura giuridica un'indagine assai essenziale, che tratta in poche pagine quanto basta a una buona analisi comparativa. In questo senso nell'ABGB – come nel BGB – risulta assente una disciplina dell'opzione, la quale, di contro, è stata oggetto di una profonda elaborazione in seno ai formanti dottrinale e giurisprudenziale. Alla figura dell'opzione viene estesa analogicamente la norma del § 936 ABGB dedicata al contratto preliminare.

La giurisprudenza recente della S. Corte austriaca (OGH) distingue generalmente il contratto di opzione dal contratto principale che sorge con l'esercizio del diritto, pur riconoscendo tra i due negozi uno stretto legame¹⁵. La conclusione del contratto tramite opzione è spesso descritta come un "processo a due fasi", nel quale il contratto principale nasce solo con l'esercizio del diritto di opzione¹⁶. La decisione del 2023, tuttavia, mostra anche il tentativo dell'OGH di attenuare la contrapposizione tra le due costruzioni, precisando che la teoria del "diritto potestativo" e quella della "condizione" non si

¹⁵ OGH, 28 novembre 2019 (9 Ob 69/19s), in *JBl*, 2020, p. 256 ss.; OGH, 28 marzo 2023 (4 Ob 217/21x), in *NZ*, 2023, p. 313 ss.

¹⁶ OGH, 12 settembre 2001 (4 Ob 159/01p), in *JBl*, 2002, p. 243 s.; OGH, 25 marzo 2003 (1 Ob 67/03i); OGH, 2 ottobre 2014 (2 Ob 210/13s).

escludono necessariamente, poiché una condizione dipendente dalla mera volontà di una parte (*Potestativbedingung*) può integrare un diritto potestativo¹⁷.

In dottrina domina la teoria della separazione, in base alla quale contratto d'opzione e contratto principale costituiscono rapporti obbligatori separati¹⁸. Di contro v'è una minoranza di studiosi che vede l'opzione come un unico rapporto obbligatorio in cui l'esercizio funge semplicemente da avveramento di una condizione sospensiva¹⁹. In questa prospettiva, l'esercizio dell'opzione rappresenta un "atto di esecuzione" (*Vollzugsakt*) di un accordo già completo²⁰. Altri studiosi suggeriscono di verificare, in via d'interpretazione del contratto, se le parti abbiano inteso costituire un unico negozio o due negozi separati, preferendo la tesi della separazione nelle ipotesi di opzioni gratuite²¹.

Il dibattito austriaco è meno approfondito di quello tedesco. L'A. rileva nondimeno che, malgrado la prevalenza della teoria della separazione in dottrina e giurisprudenza, la teoria unitaria conserva un suo spazio operativo.

4. La doppia indagine sulla natura giuridica dell'opzione nei diritti tedesco e austriaco costituisce per Klemens l'ingrediente principale per sviluppare una serie di considerazioni comparative. L'analisi è tanto più apprezzabile in quanto il forte apparentamento fra i due ordinamenti esige conoscenza sicura e precisione nei dettagli. Nel modello tedesco l'opzione ha carattere polivalente, potendo richiamare le diverse figure dell'offerta ferma, del contratto preliminare o del contratto definitivo condizionato. In quello austriaco, la terminologia appare più stabile e l'opzione, come contratto autonomo, conferisce un diritto potestativo.

Il raffronto fra i due modelli è misurato alla luce delle due teorie della separazione e dell'unità. Va dato merito all'A. di aver dimostrato che anche il modello austriaco può trarre giovamento dalla teoria unitaria, stanti la disciplina delle condizioni, risultante dal combinato disposto dei §§ 696 e 897 ABGB, e quella della vendita con riserva di gradimento (§ 1080 ABGB), che offre una figura codificata di condizione sospensiva

¹⁷ OGH, 28 marzo 2023 (4 Ob 217/21x), cit., p. 313 ss.

¹⁸ F. BYDLINSKI, *Optionsvertrag und Äquivalenzverschiebung*, in *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*, München, 2006, p. 62 ss.; W. DORALT, *Laesio enormis und Optionsverträge. Anmerkungen zu OGH 4 Ob 217/21x*, in *JBl*, 2023, p. 692 ss.; P. BYDLINSKI, *Optionsrecht und laesio enormis*, in *JBl*, 2023, p. 685 ss.; H. SCHNEEWEISS, *Zum Zeitpunkt des Vorliegens der Voraussetzungen für laesio enormis bei Option (verstärkter Senat)*, in *GesRZ*, 2023, p. 264 ss.

¹⁹ R. WELSER, *Der Zeitpunkt des Wertvergleichs bei Anfechtung einer Optionsvereinbarung wegen laesio enormis*, in *NZ*, 2019, p. 281 ss., ove esplicitamente sostiene che «die Ausübung der Option ist der Eintritt der aufschiebenden Bedingung» (p. 285).

²⁰ H. KREJCI, *Optionsausübung und laesio enormis – insbesondere bei gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten*, in *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, Wien, 2010, p. 216 ss.

²¹ Cfr., in proposito, il contributo di M. KELLNER e F. LIEBEL, *Verstärkter Senat zur Anfechtung von Optionsverträgen wegen laesio enormis*, in *ÖBA*, 2023, p. 810 ss.

meramente potestativa. L'efficacia della teoria dell'unità è stata dimostrata analizzando i problemi del premio di opzione, della tutela contrattuale e del risarcimento nonché della circolazione del diritto di opzione. Allo stesso tempo viene censurata la posizione assunta di recente dall'OGH nella pronuncia del 2023, orientata a conciliare le due teorie affermando che esse non si escludono a vicenda, poiché una condizione meramente potestativa può essere definita come un diritto potestativo²²; soluzione che l'A. ritiene poco logica, atteso che o esiste un unico contratto (condizionato) o ne esistono due distinti (opzione e contratto principale), mentre la sovrapposizione concettuale rischia di creare confusione dogmatica.

L'obiezione, per la verità, prova troppo. L'OGH non afferma che le due costruzioni coincidano, ma che non si escludono «vollends», e la cautela dell'avverbio non è casuale: il potere di provocare l'avveramento di una condizione meramente potestativa è, sul piano degli effetti, un potere formativo, quale che sia il numero dei contratti. La Corte si muove dunque sul terreno funzionale, non su quello classificatorio. Ed è terreno che l'A. stesso sceglie poche righe più avanti, quando riconosce le due teorie funzionalmente equivalenti e affida la scelta alle esigenze pratiche anziché a presunti teoremi dogmatici: se il criterio è questo, la conciliazione tentata dall'OGH è probabilmente meno illogica di quanto l'A. non ritenga.

In sintesi, l'indagine comparativa compiuta sulla natura giuridica della figura dell'opzione nei modelli giuridici tedesco e austriaco sconfessa l'idea di una superiorità della teoria della separazione sulla teoria unitaria in relazione alle fattispecie di opzioni “non autonome”. Entrambe le costruzioni sono ammissibili ed equivalenti sotto il profilo funzionale in entrambi gli ordinamenti messi a confronto. La scelta tra le due teorie dovrebbe dipendere non tanto da presunti schemi dogmatici, quanto dalle ripercussioni positive sotto il profilo delle esigenze pratiche.

5. L'indagine sulla natura giuridica del contratto di opzione nei due modelli giuridici selezionati per il confronto costituisce il presupposto essenziale per procedere all'analisi del problema del rischio di alterazione di valore delle prestazioni nel tempo fra concessione e successivo esercizio del diritto d'opzione. In proposito basta un semplice esempio: un soggetto proprietario conclude un contratto di opzione per l'acquisto di un terreno a favore della controparte al prezzo di 100.000 euro entro i successivi dieci anni. Nel corso del tempo raddoppia il valore del fondo e per questo il beneficiario esercita il diritto di opzione, mentre il proprietario-concedente si oppone al trasferimento

²² OGH, 28 marzo 2023 (4 Ob 217/21x), cit., Rn. 23: «In der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs wurde der Optionsvertrag auch als durch die Abgabe der Optionserklärung bedingter Vertrag angesehen. Die Lehre von den Gestaltungsrechten und die Bedingungskonstruktion schließen sich dabei nicht vollends aus».

chiedendo un adeguamento del prezzo o, in subordine, lo scioglimento del contratto di compravendita. Il problema è se il concedente, a fronte del rilevante aumento di valore del bene, risulti ancora vincolato alle condizioni convenute al momento della conclusione del contratto d'opzione.

Il richiamo ai rimedi di cui ai §§ 138 e 275, comma 2, BGB non si rivela congruente. Il primo concerne la fattispecie di squilibrio iniziale delle prestazioni sanzionata con la nullità dell'operazione negoziale, mentre l'altro non può giustificare la qualificazione dello squilibrio dell'equivalenza come sforzo sproporzionatamente gravoso per il debitore concedente.

Il rimedio adeguato è quello concernente la *Geschäftsgrundlage*, così come disciplinata nel corpo del § 313 BGB riformato. Il problema è complesso e ciò lo dimostrano le indagini della dottrina e gli arresti della giurisprudenza.

Klemens affronta in via preliminare la questione dell'equivalenza contrattuale, chiedendosi se le prestazioni dedotte in contratto debbano rispondere a un eguale valore. Il percorso storico che ricostruisce mostra quanto il problema della giustizia contrattuale abbia tormentato per secoli gli interpreti.

Diversamente dalla maggior parte degli ordinamenti civili europei, l'ABGB al § 934 contiene la disciplina della *laesio enormis*, la quale riconosce alla parte che abbia ricevuto un valore inferiore alla metà di quanto prestato il diritto di chiedere la rescissione del contratto e il ripristino dello *status quo ante* (mediante restituzione reciproca delle prestazioni), salva la facoltà dell'altra parte di mantenere il contratto offrendo di corrispondere la differenza fino a concorrenza del valore comune, determinato al momento della conclusione del negozio²³. Tale scelta si spiega anche perché il codice, nella sua formulazione originaria, non prevedeva una disciplina dell'usura, introdotta soltanto con la terza novella parziale del 1916²⁴. In ambito commerciale, l'impugnazione era inizialmente esclusa per i negozi commerciali e, in seguito, per i commercianti ai sensi del previgente § 351a HGB; l'attuale § 351 UGB consente invece agli imprenditori, nei contratti relativi all'esercizio dell'impresa, di escludere convenzionalmente l'applicazione del § 934 ABGB. Quanto alla sopravvenienza delle circostanze, l'ABGB non disciplina espressamente la *clausula rebus sic stantibus* né la teoria della base negoziale, che la dottrina dominante ricava attraverso la tecnica dell'analogia (*Gesamtanalogie*).

Con riferimento al diritto tedesco, il BGB non ha recepito la figura della *laesio enormis*, intesa come incompatibile con le esigenze di certezza del diritto e di sicurezza dei

²³ T. MAYER-MALY, *Zur Renaissance der laesio enormis beim Kaufvertrag*, in *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, München, 1983, p. 395 ss.

²⁴ Cfr. L. KLEVER, *Irrtum über den wahren Wert als Tatbestandsmerkmal der laesio enormis?*, in *JBf*, 2019, p. 65 ss.

traffici, oltre a non rispondere a un'effettiva esigenza pratica²⁵. Le ipotesi di grave squilibrio contrattuale sono state ricondotte esclusivamente al § 138, comma 2, BGB, che richiede, oltre alla manifesta sproporzione tra le prestazioni, anche l'approfittamento di una particolare situazione di debolezza della controparte. Analogamente, il legislatore ha rifiutato la teoria della presupposizione (*Voraussetzungslehre*) di Windscheid; e soltanto dopo circa un secolo la teoria della base negoziale (*Geschäftsgrundlage*) è stata inserita nel § 313 BGB riformato.

Comunque, anche se la questione del giusto prezzo non è più considerata centrale, tuttavia il concetto di equivalenza – nelle diverse prospettive soggettiva e oggettiva – mantiene un suo ruolo nella dogmatica civilistica. Secondo Larenz, i contratti a prestazioni corrispettive poggiano sull'idea di un equilibrio, anche approssimativo, fra prestazione e controprestazione²⁶.

L'equilibrio fra le prestazioni contrattuali così determinate dalle parti può essere successivamente alterato tanto da far venir meno la base negoziale. La fattispecie è oggi codificata dal § 313 BGB, all'indomani della riforma del diritto delle obbligazioni del 2002. La norma richiamata non è nuova, bensì rispecchia gli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi nel corso di oltre mezzo secolo.

Perché venga meno la base negoziale, occorre che si sia verificato un grave mutamento delle circostanze successivo alla conclusione del contratto, tale che, secondo la volontà ipotetica delle parti, queste non avrebbero stipulato o avrebbero stipulato con diverso contenuto, e che la permanenza del vincolo non sia più esigibile per la parte svantaggiata, tenendo conto della ripartizione del rischio risultante dal contratto e dalla legge.

Per affrontare il problema delle alterazioni della base negoziale nel contratto di opzione, l'A. si sofferma sulla figura della *Geschäftsgrundlage*²⁷, di cui al § 313 BGB, riconducibile alla dottrina della clausola *rebus sic stantibus*. Quanto al primo requisito, Klemens sottolinea che la codificazione del § 313 BGB non ha eliminato il carattere indeterminato del grave mutamento delle circostanze, limitandosi sostanzialmente a recepire i criteri già elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Lo sviluppo storico non può che partire dalla teoria della presupposizione di Windscheid²⁸, fondata sull'idea di una "condizione non sviluppata", la quale però non riuscì ad affermarsi a seguito delle aspre critiche di Lenel. La successiva teoria di Oertmann, sposta il baricentro dalla singola

²⁵ B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, II, Berlin, 1899, p. 178; W. SCHULZE, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*, Münster, 1973, p. 110 ss.

²⁶ K. LARENZ, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, München, 1979, p. 65 s.

²⁷ Alla figura la dottrina ha prestato grande attenzione: A. CHIOTELLIS, *Rechtsfolgenbestimmung bei Grundlagenstörungen in Schuldverträgen*, München, 1981, conta più di cinquanta teorie.

²⁸ In proposito, molto utile il contributo di G. VARANESE, *Windscheid e il legislatore nella dottrina della presupposizione*, in *Contr. impr./Eur.*, 2016, p. 573 ss.

dichiarazione di volontà al negozio nel suo complesso, introducendo il concetto di *Geschäftsgrundlage*. Pur rappresentando un decisivo progresso sistematico, anche tale impostazione ha sofferto difficoltà nella delimitazione rispetto ai motivi soggettivi irrilevanti. L'analisi prosegue con le concezioni oggettive della *clausula rebus sic stantibus*, elaborate in particolare da Erich Kaufmann, Paul Krückmann ed Eugen Locher, secondo le quali la rilevanza delle sopravvenienze dipende non dalle rappresentazioni soggettive delle parti, bensì dal venir meno dello scopo oggettivo del contratto.

Di particolare rilievo è il richiamo della teoria di Larenz, che distingue una *subjektive Geschäftsgrundlage*, fondata sulle rappresentazioni comuni delle parti, e una *objektive Geschäftsgrundlage*, legata alla possibilità che il contratto continui a svolgere una funzione economicamente e giuridicamente utile. In tale prospettiva rientrano soprattutto le gravi alterazioni dell'equilibrio sinallagmatico e la frustrazione dello scopo contrattuale. Viene inoltre ricordata la distinzione proposta da Kegel tra "grande" e "piccola" base negoziale, riferita rispettivamente a eventi straordinari (come guerre o catastrofi) e alle sopravvenienze ordinarie.

In ordine al formante giurisprudenziale, l'A. mette in rilievo come il *Reichsgericht*, dopo le oscillazioni determinate dalle catastrofiche ripercussioni della Prima guerra mondiale²⁹, abbia progressivamente accolto la teoria di Oertmann³⁰, integrandola con il principio di buona fede di cui al § 242 BGB, sino ad ammettere l'adeguamento del contratto nei casi di alterazione dell'equilibrio economico. Il *Bundesgerichtshof* ha successivamente consolidato questo orientamento³¹, valorizzando il principio di buona fede. Da ultimo, nel periodo della pandemia, il BGH ha richiamato la nozione di *große Geschäftsgrundlage*, con riferimento all'aspettativa delle parti che il quadro politico, economico e sociale fondamentale di un contratto non mutino a causa di rivoluzione, guerra, sfollamento, iperinflazione o catastrofe (naturale), e che l'esistenza sociale non venga scossa³². L'A. sostiene che la distinzione tra base negoziale oggettiva e soggettiva non sia convincente, poiché la determinazione della *Geschäftsgrundlage* richiede sempre una combinazione di elementi oggettivi e soggettivi, strettamente collegati alla ripartizione del rischio.

²⁹ Così, RG, 4 maggio 1915, in RGZ, 86, 1915, p. 397 ss., ove il diritto di disdetta da un contratto a causa di mutate circostanze non è generalmente ammesso dal BGB, salvo diversa volontà delle parti. Le disposizioni dei §§ 133 e 157 BGB non possono giustificare il recesso del contraente. La buona fede e la prassi comune non consentono alla parte contrattuale di trasferire alla controparte la perdita che la guerra le ha causato.

³⁰ Sul punto la nota decisione di RG, 3 febbraio 1922, in RGZ, 103, 1922, p. 328 ss.

³¹ Con questa decisione, BGH, 15 giugno 1951, in NJW, 1951, p. 836 s., accoglie la moderna teoria del venir meno della base negoziale (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), secondo cui non necessariamente consegue la completa estinzione dei rapporti contrattuali, ma occorre valutare se sia sufficiente un adeguamento (*Anpassung*) del contratto alle mutate circostanze.

³² BGH, 12 gennaio 2022 (XII ZR 8/21), Rn. 45.

Il mutamento deve essere oggettivamente imprevedibile, poiché i rischi prevedibili sono normalmente già assunti dalle parti attraverso il contratto. Esso deve inoltre raggiungere una soglia di gravità significativa, senza seguire criteri percentuali rigidi, così come proposti dalla giurisprudenza e dalla dottrina. L'intensità della gravità può essere valutata soltanto alla luce della funzione del contratto e, soprattutto, della concreta ripartizione del rischio.

Con riferimento alla volontà ipotetica delle parti, non è sufficiente verificare se la sola parte svantaggiata avrebbe rifiutato il contratto, ma occorre piuttosto ricostruire, secondo criteri oggettivi e di correttezza, quale sarebbe stata la volontà comune delle parti in presenza delle sopravvenienze.

Il nucleo centrale della disciplina è però individuato nella ripartizione del rischio. Il requisito dell'inesigibilità non svolge una funzione realmente autonoma rispetto all'accertamento dell'allocazione del rischio. Solo quando il rischio concretizzatosi non sia stato assunto da alcuna delle parti e il contratto presenti una lacuna rispetto a tale evento, diviene possibile l'adeguamento o lo scioglimento del contratto ai sensi del § 313 BGB³³.

Per quanto riguarda le conseguenze giuridiche, il rimedio principale consiste nell'adeguamento (*Anpassung*) del contratto, mentre recesso e disdetta assumono ruolo sussidiario. Il diritto all'adeguamento spetterebbe, secondo la tesi preferibile, soltanto alla parte svantaggiata e il suo contenuto deve essere determinato caso per caso sulla base della volontà ipotetica delle parti, intervenendo sul contratto soltanto nella misura strettamente necessaria a riequilibrare il rapporto alterato. Solo quando l'adeguamento risulti impossibile o inesigibile è ammesso il recesso o la disdetta³⁴.

In conclusione, l'A. ribadisce che l'applicazione del § 313 BGB non può essere risolta mediante formule astratte: il criterio decisivo è rappresentato dalla ripartizione del rischio, condizionante tutti gli altri presupposti della fattispecie.

6. Inquadrate le coordinate generali del § 313 BGB, resta da chiedersi se il contratto di opzione possieda una propria *Geschäftsgrundlage*, o se il rimedio operi soltanto rispetto al contratto principale. È il problema, finora poco approfondito, cui Klemens rivolge ora la sua attenzione. L'opinione prevalente, che dà rilievo al contratto principale,

³³ W. FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages*, München 1971, p. 31, avverte che ogni contratto si allontana volontariamente dalla realtà: «Diese Entfernung von der Wirklichkeit ist gleichbedeutend mit dem Vertragsrisiko einer Partei». V., altresì, H. KÖTZ, *Risikoverteilung im Vertragsrecht*, in *JuS*, 2018, p. 1 ss.

³⁴ V. la recente sentenza del BGH, 11 gennaio 2023, in *MDR*, 2023, p. 349 ss., in tema di locazione di un locale per una cerimonia nuziale durante il periodo pandemico, ove precisa che «Nur wenn eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar ist, kann nach § 313 Abs. 3 BGB der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten oder bei Dauerschuldverhältnissen den Vertrag kündigen. Dafür genügt es nicht, dass ein weiteres Festhalten am Vereinbarten nur für eine Partei unzumutbar erscheint; vielmehr muss das Abgehen vom Vereinbarten der anderen Partei auch zumutbar sein».

non pare tener conto del meccanismo dell'intera operazione negoziale³⁵, e soprattutto della ripartizione del rischio propria del contratto di opzione. In questa prospettiva, l'A. individua nella struttura asimmetrica del rischio la caratteristica essenziale del contratto di opzione.

A differenza del contratto di compravendita, nel quale il rischio delle oscillazioni di valore grava su entrambe le parti, il contratto di opzione attribuisce all'opzionario la facoltà di decidere se esercitare o meno il diritto, limitando il suo rischio essenzialmente alla perdita del premio dell'opzione, mentre il concedente rimane esposto a un rischio potenzialmente illimitato di variazione del valore del bene. Tale diversa struttura impone, secondo l'A., una valutazione autonoma della ripartizione del rischio ai fini del § 313 BGB.

L'A. esamina poi la funzione economica del contratto di opzione, che è anzitutto di copertura e di minimizzazione del rischio: esso consente di pianificare operazioni future, fissando sin dall'inizio i termini del futuro contratto e proteggendo il beneficiario dalle oscillazioni del mercato. Ciò emerge soprattutto nelle operazioni immobiliari e societarie, dove le opzioni permettono di gestire l'incertezza circa l'evoluzione futura del valore dei beni o delle partecipazioni. In questo senso, un'applicazione troppo ampia del § 313 BGB rischierebbe di compromettere proprio questa funzione, fondata sulla certezza della pianificazione (*Planungssicherheit*). Sono respinte sia la tesi secondo cui il contratto di opzione costituirebbe un semplice *minus* rispetto al contratto principale, sia quella che lo vorrebbe sottoposto a una generale riserva di immutabilità delle circostanze (*rebus sic stantibus*), poiché entrambe le ricostruzioni svuoterebbero di significato la funzione di copertura perseguita dall'opzione. Di qui una particolare cautela nell'ammettere il venir meno della base negoziale.

Con riguardo alla funzione speculativa assolta dal contratto di opzione, essa costituisce lo sfondo per connotare l'opzione come contratto aleatorio, dove l'elemento di incertezza è rappresentato dall'evoluzione del valore dell'oggetto dell'opzione tra la concessione e il suo esercizio. Proprio perché tale rischio costituisce l'oggetto del regolamento contrattuale, esso non può fondare un'applicazione del § 313 BGB.

Con riguardo ai contratti di opzione autonomi, in particolare alle opzioni finanziarie derivate e alle obbligazioni con opzione, Klemens esclude l'applicazione del §

³⁵ Nel senso della rilevanza dell'intera operazione già, seppur in un contesto risalente e storicamente condizionato, RG, 20 febbraio 1924, III 595/23, in JW, 1924, p. 1138 s., con note di [P.] OERTMANN, favorevole a valorizzare il mutamento delle circostanze salvo che nei negozi speculativi, e H. FRIEDLÄNDER, critico sull'estensione del recesso ai diritti di acquisto di lunga durata non ancora esercitati. In questa sentenza il *Reichsgericht* ha riconosciuto che il concedente di un *Ankaufsrecht*, figura assimilabile all'opzione di acquisto, può sciogliersi dal contratto, quando, per effetto di un radicale mutamento delle condizioni economiche, il rapporto tra prestazione e controprestazione sia divenuto gravemente squilibrato, e l'avente diritto persista nel rifiutare un adeguamento ragionevole del prezzo.

313 BGB anche in presenza di eventi eccezionali o catastrofici. In tali ipotesi, infatti, il rischio di perdita e l'opportunità di profitto costituiscono la vera base negoziale, sicché un successivo adeguamento giudiziale altererebbe l'equilibrio economico voluto dalle parti.

Più articolata è invece la soluzione proposta per le opzioni non autonome. L'A. distingue la posizione dell'opzionario da quella del concedente. Se il beneficiario conclude il contratto confidando in un futuro incremento o decremento del valore del bene, egli assume consapevolmente il relativo rischio e non può successivamente invocare il § 313 BGB. Quanto al concedente, un proprio intento speculativo ricorre normalmente soltanto nei contratti onerosi, caratterizzati dal pagamento di un premio. Anche quando tale intento manchi, tuttavia, l'applicazione del § 313 BGB è esclusa se il concedente conosceva o avrebbe dovuto conoscere la finalità speculativa perseguita dall'opzionario, poiché la conclusione del contratto nonostante tale rischio implica comunque una sua consapevole assunzione.

Un elemento decisivo del problema della ripartizione del rischio è individuato nell'onerosità del contratto di opzione. L'A. ricostruisce la natura giuridica del premio di opzione (*Optionsprämie* o *Stillhalteprämie*), respingendone l'assimilazione a una caparra o a una penale e qualificandolo invece come vera e propria controprestazione nell'ambito del sinallagma contrattuale. Il premio costituisce il corrispettivo del rischio assunto dal concedente e remunera la sua posizione di vincolo durante il periodo di opzione. Sulla base di tale ricostruzione si trae la conclusione sistematica, secondo la quale il premio mostra come le parti non soltanto hanno preso in considerazione il rischio dell'evoluzione del valore, ma hanno addirittura attribuito un corrispettivo economico per la sua assunzione. Quindi mancherebbe qualsiasi lacuna di regolamento suscettibile di essere colmata mediante il § 313 BGB, poiché un successivo adeguamento del contratto eliminerebbe proprio quel rischio per il quale una delle parti è stata preventivamente remunerata, attribuendole un vantaggio ingiustificato.

7. Al diritto austriaco è dedicato ampio spazio, in quanto, diversamente dall'esperienza tedesca, la questione delle sopravvenute alterazioni dell'equilibrio economico nel contratto di opzione è oggetto di un vivace dibattito. In particolare, il problema si concentra sull'applicabilità ai contratti di opzione dell'impugnazione per lesione oltre la metà (§ 934 ABGB) nonché della teoria della *Geschäftsgrundlage*.

Con riguardo al § 934 ABGB, l'impugnazione per lesione presuppone un negozio oneroso e una sproporzione oggettiva tra prestazione e controprestazione tale che una parte riceva meno della metà del valore della propria prestazione³⁶. Il valore delle

³⁶ OGH, 24 settembre 1969 (6 Ob 174/69), stabilisce che il contratto preliminare o d'opzione possono essere sottoposti al rimedio di cui al § 934 ABGB se sono diretti alla realizzazione di un contratto oneroso.

prestazioni deve essere accertato con riferimento ai criteri del mercato e la sproporzione deve sussistere già al momento della conclusione del contratto, mentre le variazioni di valore successive, in linea di principio, restano irrilevanti. Il § 1268 ABGB esclude l'impugnazione per i contratti aleatori (*Glücksverträge*). L'impugnazione costituisce un diritto potestativo esercitabile mediante azione o eccezione e la controparte può evitare l'impugnazione eliminando la sproporzione attraverso un pagamento integrativo.

La parte centrale del capitolo è dedicata alla controversa questione se il § 934 ABGB possa essere invocato quando l'alterazione dell'equilibrio economico derivi da variazioni di valore intervenute durante il periodo di opzione. Dottrina e giurisprudenza si dividono tra chi ritiene necessaria tale tutela, in considerazione della particolare ripartizione del rischio nel contratto di opzione, e chi invece teme che essa comprometta la certezza del diritto e la funzione economica dell'istituto³⁷. Il nodo fondamentale riguarda il momento in cui deve essere accertata la sproporzione di valore.

Il formante giurisprudenziale ha assunto sul punto una posizione oscillante. In un primo momento, l'OGH ha ritenuto determinante, ai fini dell'accertamento della lesione, il momento della concessione dell'opzione, qualificando il successivo contratto principale come mera esecuzione del contratto di opzione³⁸. Successivamente, con due decisioni del 2001 e del 2003, la Corte ha mutato orientamento, individuando nel momento dell'esercizio dell'opzione il parametro rilevante per la verifica della sproporzione tra le prestazioni e assimilando, sotto tale profilo, la posizione del beneficiario a quella del destinatario di una proposta irrevocabile³⁹. Un primo ripensamento è emerso nella pronuncia del 2019, nella quale l'OGH, pur senza modificare espressamente l'indirizzo precedente, ha valorizzato il carattere aleatorio del contratto di opzione e la particolare

³⁷ Cfr., in materia, F. BYDLINSKI, *Optionsvertrag und Äquivalenzverschiebung*, cit., p. 68 s.; M. KAROLLUS, *Anfechtung wegen laesio enormis, wenn im konkreten Fall kein inhaltlich ungerechter Vertrag und kein ungerechter Preis vorliegt?*, in *JB*, 2022, p. 689 ss.

³⁸ OGH, 13 febbraio 1997 (2 Ob 17/97g).

³⁹ Secondo OGH, 12 settembre 2001, cit., la conclusione di un contratto basato su un'opzione è un processo in due fasi (contratto di opzione ed esercizio del diritto di opzione), che assomiglia più a una proposta seguita da un'accettazione che a un contratto preliminare bilaterale. Pertanto, per valutare la sproporzione tra le prestazioni reciproche dovuta a una riduzione di oltre la metà del valore reale, il fattore determinante è il momento in cui il diritto di opzione viene esercitato e non – in analogia con un contratto preliminare – quando è stato concesso. Nella stessa scia, OGH, 25 marzo 2003 (1 Ob 67/03i), in un caso di opzione per l'acquisto di una partecipazione societaria, precisa che «greift es im Fall der Einräumung einer Option zu kurz, in der Frage des Bewertungszeitpunkts der beiderseitigen Leistungen (§ 934 ABGB) allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Optionsvertrags abzustellen und der Optionserklärung in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zuzumessen. Diese Auffassung lässt nämlich unberücksichtigt, dass sich das Hauptvertragsverhältnis sowohl auf die Optionsrechtsausübung als auch auf den Optionsvertrag gründet. Entstehungsgrund des endgültigen Vertrags ist nämlich der Optionsvertrag zusammen mit der einseitigen rechtsgestaltenden Erklärung der Optionsausübung, welche die durch den Optionsvertrag geschaffene *lex contractus* erst in Geltung setzt. Beide Akte sind zwar zwei selbständige Rechtsgeschäfte, gehören jedoch insofern zusammen, als sie zusammen Tatbestandsmerkmale des Hauptvertrags sind».

ripartizione del rischio, prospettando così la possibilità di un ritorno alla soluzione originaria⁴⁰. Tale evoluzione si è poi consolidata nel 2023, quando l'OGH, pronunciandosi in composizione allargata (*verstärkter Senat*), ha nuovamente affermato la rilevanza del momento della conclusione del contratto (ovvero della concessione dell'opzione), ritenendo che il § 934 ABGB sia diretto a correggere gli squilibri originari del contratto e non quelli derivanti da successive variazioni di mercato⁴¹.

Anche la dottrina è divisa. Una parte continua a sostenere la rilevanza del momento dell'esercizio del diritto di opzione, valorizzando la particolare struttura del contratto preparatorio, nel quale soltanto l'opzionario ha il potere di decidere se far sorgere il contratto principale⁴². Altri studiosi ritengono, invece, decisivo il momento della concessione dell'opzione, poiché il contenuto del futuro contratto e il rapporto di valore vengono definitivamente fissati già con la conclusione del contratto di opzione; consentire l'impugnazione in relazione al contratto principale significherebbe, infatti, correggere proprio quei rischi futuri che le parti hanno consapevolmente allocato⁴³.

Klemens ritiene quest'ultima impostazione corretta, respingendo anzitutto il parallelismo tra opzione e proposta irrevocabile e osservando che il contratto di opzione, diversamente dall'offerta, costituisce un autonomo rapporto contrattuale che disciplina definitivamente il contenuto del futuro contratto principale. Decisivo è lo scopo di tutela della norma, che mira esclusivamente a correggere una sproporzione originaria fondata su un errore circa il valore del bene e non a neutralizzare successive oscillazioni del mercato. Tale conclusione risulta ulteriormente confermata dalla teoria dell'unità, secondo la quale il contratto di opzione rappresenta già il contratto principale sottoposto a condizione sospensiva; ne consegue che il momento rilevante non può che essere quello della sua conclusione.

Passando alle cause di esclusione dell'impugnazione⁴⁴, la giurisprudenza tende talvolta ad ammettere una rinuncia anche tacita (§ 351 UGB), ma con estrema cautela e solo quando emerga chiaramente dalle circostanze del caso concreto. Maggiore importanza viene attribuita all'applicazione analogica del § 1268 ABGB sui contratti aleatori. Quando il contratto di opzione è costruito proprio sull'assunzione del rischio

⁴⁰ OGH, 23 maggio 2019 (6 Ob 20/19p).

⁴¹ OGH, 28 marzo 2023 (4 Ob 217/21x). La Corte ha precisato che, ai fini della valutazione dell'equivalenza delle prestazioni ex § 934 ABGB, il momento rilevante è quello della conclusione del contratto di opzione, ossia quando il concedente si vincola con la propria dichiarazione, e non quello del successivo esercizio del diritto.

⁴² Cfr., per tutti, F. BYDLINSKI, *Optionsvertrag und Äquivalenzverschiebung*, cit., p. 65 ss.

⁴³ H. KREJCI, *Optionsausübung und laesio enormis*, cit., p. 215 ss.; M. KAROLLUS, *Anfechtung wegen laesio enormis*, cit., p. 689 ss.

⁴⁴ Il § 935 ABGB disciplina le cause di esclusione dell'impugnazione, quali la rinuncia convenzionale nei rapporti tra imprenditori (§ 351 UGB), l'acquisto effettuato per particolare predilezione, la conoscenza del valore effettivo del bene, le donazioni miste e le aste giudiziarie.

circa l'evoluzione futura del valore del bene, esso presenta gli elementi tipici dell'alea che giustificano l'esclusione dell'impugnazione per lesione. Siffatta conclusione vale soprattutto per le opzioni aventi a oggetto partecipazioni sociali, nelle quali la determinazione del valore incorpora inevitabilmente previsioni sul futuro andamento dell'impresa. In questi casi opportunità di guadagno e rischio di perdita costituiscono due aspetti inscindibili dell'operazione economica e la valutazione sottesa al § 1268 ABGB impedisce di correggere successivamente gli effetti di un rischio volontariamente assunto.

8. Klemens ricostruisce poi i profili della teoria austriaca della *Geschäftsgrundlage*, la quale, benché assente nel corpo dell'ABGB, è stata elaborata dai formanti dottrinale e giurisprudenziale per i casi in cui circostanze sopravvenute, pur non essendo elevate a contenuto del contratto, si rivelano decisive per l'equilibrio dell'operazione negoziale. Il problema nasce perché il § 901 ABGB considera, in linea di principio, irrilevanti i semplici motivi soggettivi, e la disciplina dell'errore non offre uno strumento adeguato per tali situazioni.

La dottrina austriaca ha elaborato diverse ricostruzioni della *Geschäftsgrundlagenlehre*, il cui fondatore è Pisko. Muovendo dai presupposti tipici inerenti a ciascun tipo contrattuale anziché dalle rappresentazioni soggettive dei contraenti, egli ne ammette l'applicazione quando tali presupposti vengano meno, a condizione che il mutamento sia imprevedibile (*unvorhergesehen*) ed estraneo alla sfera di rischio (*sphärenfremd*) della parte colpita (p. 230). Un diverso indirizzo tende invece a risolvere tali situazioni facendo ricorso prioritariamente all'interpretazione, anche integrativa, del contratto e alla disciplina dell'errore, non escludendo l'intervento correttivo sul contratto nei casi più gravi⁴⁵. Un'ulteriore impostazione configura la *Geschäftsgrundlage* come un istituto autonomo, strettamente collegato, ma non coincidente, con la figura dell'errore, e propone un sistema "mobile"⁴⁶, nel quale la soglia di rilevanza dell'alterazione varia in funzione dell'incidenza del contratto sulla situazione economica complessiva della parte svantaggiata: dove l'esecuzione ne minacci l'esistenza economica basta uno squilibrio inconsueto per il traffico giuridico; ove si prospetti soltanto un suo considerevole peggioramento, opera come regola pratica il criterio della metà, cioè la stessa soglia del § 934 ABGB; dove infine il contratto, per la sua esigua dimensione, non incida su quella situazione, occorre che il corrispettivo sia praticamente venuto meno⁴⁷.

⁴⁵ P. RUMMEL, *Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage*, in *JBl*, 1981, p. 1 ss.

⁴⁶ Sul *bewegliches System*, il richiamo è al suo ideatore, W. WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz, 1950 (anche in lingua italiana: *Il sistema mobile del diritto civile*, trad. it. R. Favale, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 940 ss., con *Postfazione* di F. BYDLINSKI). Per un quadro esaustivo di questa metodologia, cfr. R. WESTERHOFF, *Die Elemente des Beweglichen Systems*, Berlin, 1991; S.K. PAAS, *Das bewegliche System. Zur Karriere einer juristischen Denkfigur*, Tübingen, 2021.

⁴⁷ F. BYDLINSKI, *Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im österreichischen Recht*, in *ÖBA*, 1996, p. 499 ss.

Il formante giurisprudenziale assume abitualmente a punto di partenza il modello di Pisko: rilevano i presupposti tipici del contratto oppure il venir meno dello scopo essenziale condiviso dalle parti, purché il mutamento sia imprevedibile, estraneo alla sfera della parte che lo invoca, determini una situazione insostenibile secondo buona fede e lasci una lacuna nel regolamento non colmabile mediante interpretazione del contratto. Nel complesso, sussiste un ampio consenso sui criteri dell'imprevedibilità, dell'estraneità alla sfera di rischio e della funzione sussidiaria della dottrina della base negoziale, mentre permane controversa l'intensità dell'alterazione dell'equilibrio richiesta per consentire l'intervento correttivo.

Quanto ai rimedi, il venir meno della base negoziale deve essere fatto valere mediante azione o eccezione e, in ossequio al principio di conservazione del contratto, l'adeguamento prevale normalmente sullo scioglimento.

Passando all'applicazione della teoria della *Geschäftsgrundlage* ai contratti di opzione, il formante giurisprudenziale più risalente consentiva l'applicazione della *clausula rebus sic stantibus* nei casi di eccezionali aumenti di valore, facendo leva sulla insostenibilità del vincolo contrattuale⁴⁸. Un orientamento più restrittivo emerge invece in una decisione del 1994, nella quale l'OGH afferma che solo mutamenti straordinari e imprevedibili – quali un'inflazione eccezionale o un incremento del valore del tutto anomalo – possono giustificare l'applicazione della base negoziale, escludendola invece in presenza di normali incrementi del valore immobiliare, anche significativi⁴⁹. Di recente, l'OGH conferma questo indirizzo, nel senso che il § 934 ABGB resta il rimedio speciale per gli squilibri originari, mentre il rimedio della *Geschäftsgrundlage* può essere invocato soltanto per sopravvenienze eccezionali.

La dottrina segue prevalentemente l'opinione che, nelle ipotesi di alterazioni sopravvenute dell'equilibrio contrattuale, vada escluso il rimedio della *laesio enormis* e sia preferito invece il meccanismo dell'alterazione della base negoziale. Ciò è possibile soltanto quando il rischio delle sopravvenienze non sia già stato allocato dal contratto o dalla legge. L'A. approva il più recente indirizzo dell'OGH nella parte in cui valorizza l'onerosità del contratto di opzione: il premio rappresenta infatti il corrispettivo economico dell'assunzione del rischio e svolge una funzione assimilabile a una forma di assicurazione contro gli sviluppi avversi. Per tale ragione, anche profonde alterazioni del

⁴⁸ OGH, 11 giugno 1923 (Ob 3 425/23); OGH, 6 maggio 1924 (Ob 2 295/24).

⁴⁹ Così, OGH, 29 giugno 1994 (7 Ob 540/94), precisa che il raddoppio del prezzo normalmente praticato nel luogo nell'arco di tre anni, tra il momento della concessione del diritto di opzione e quello del suo esercizio da parte beneficiario, costituisce un incremento di valore rilevante che si colloca oltre il normale andamento del mercato. Poiché un tale incremento non poteva essere previsto da nessuna delle parti al momento della conclusione del contratto, esso giustifica il rifiuto della controparte di dare esecuzione al contratto.

valore intervenute dopo la conclusione del contratto non giustificano, di regola, il venir meno della base negoziale.

In conclusione, l'A. sostiene che il diritto austriaco non offre strumenti adeguati a correggere le alterazioni sopravvenute dell'equilibrio economico nei contratti di opzione. Né l'impugnativa per lesione, limitata agli squilibri originari, né la dottrina della base negoziale consentono di superare la ripartizione del rischio tipica di tale figura contrattuale, che costituisce l'elemento decisivo dell'intera disciplina.

9. Il capitolo quarto della monografia trae le conclusioni comparative fra i diritti tedesco e austriaco, per individuare i criteri comuni di trattamento dei contratti di opzione nei quali, dopo la conclusione, si verifichi un'alterazione dell'equilibrio tra le prestazioni.

Quanto al rimedio della *Geschäftsgrundlage*, i due ordinamenti presentano notevoli convergenze, dovute anche all'influenza esercitata dalla dottrina tedesca sullo sviluppo della teoria austriaca. In entrambi i sistemi giuridici assumono peso decisivo la distinzione tra contenuto del contratto e base negoziale e la priorità dell'interpretazione, anche integrativa, del contratto. Solo quando il contratto presenta una lacuna non colmabile attraverso l'interpretazione può trovare applicazione la disciplina della *Geschäftsgrundlage*. Parimenti comuni risultano il criterio dell'imprevedibilità del mutamento e il ruolo centrale della ripartizione del rischio: tanto il § 313 BGB quanto la dottrina austriaca richiedono che il rischio dell'evento sopravvenuto non sia già stato allocato a una delle parti dal contratto o dal diritto dispositivo, configurandosi così una c.d. "doppia lacuna".

La principale differenza tra i due ordinamenti riguarda invece il grado di alterazione dell'equilibrio. Klemens richiama in proposito il già ricordato "sistema mobile", applicato *in subiecta materia* da F. Bydlinski, il quale collega l'intensità dell'alterazione alla situazione economica della parte svantaggiata. Ne critica però l'impostazione (p. 233), osservando che essa fa dipendere il rischio contrattuale dalla forza economica dei contraenti: la parte patrimonialmente più solida finirebbe per sopportare un rischio maggiore, e la disparità di trattamento resta priva di adeguata giustificazione. Anche nel diritto tedesco il riferimento alla minaccia dell'esistenza economica è stato progressivamente abbandonato; ciò che rileva, piuttosto, è se il rischio ecceda quello assunto per contratto o per legge. In definitiva, in entrambi gli ordinamenti la valutazione della gravità dell'alterazione può essere compiuta solo caso per caso.

Quanto ai contratti di opzione, la conclusione già raggiunta per il diritto austriaco vale, per vie tecnicamente distinte, anche per quello tedesco: nessuno dei due ordinamenti offre uno strumento realmente idoneo a correggere le sopravvenute alterazioni dell'equilibrio economico. L'ordinamento austriaco un rimedio contro lo squilibrio lo possiede, la *laesio enormis* del § 934 ABGB, ma non copre la fattispecie,

poiché il valore va determinato al momento della conclusione del contratto di opzione e lo scopo di tutela della norma si arresta agli squilibri originari. Quello tedesco non lo possiede affatto, avendo il BGB respinto la *laesio enormis* e ricondotto lo squilibrio grave al § 138, comma 2, che esige l'approfittamento. Resta in entrambi la base negoziale, § 313 BGB da un lato e la *Geschäftsgrundlagenlehre* dall'altro; ma il ricorso ad essa è normalmente precluso dalla peculiare ripartizione del rischio che l'opzione porta con sé.

Ne deriva il riconoscimento di un ruolo autonomo del contratto di opzione, non ridotto a mera fase preparatoria del contratto principale. Il contenuto del contratto definitivo è già sostanzialmente fissato nell'opzione, contiene una propria disciplina della ripartizione del rischio e incide perciò già sulla valutazione dell'equivalenza tra le prestazioni. Nel diritto austriaco essa può escludere l'applicazione del § 934 ABGB sia perché le parti hanno implicitamente assunto il rischio delle oscillazioni di valore, sia perché l'opzione può essere qualificata come contratto analogo a un contratto aleatorio ai sensi del § 1268 ABGB. Analogamente, nel diritto tedesco, quando l'opzione è connotata da finalità speculative oppure è stata concessa dietro pagamento di un premio, non può più presumersi che le parti abbiano assunto come base del contratto la permanenza dell'equilibrio tra prestazione e controprestazione. Non può essere accolta l'idea che il contratto di opzione abbia una forza vincolante attenuata o sia automaticamente soggetto alla *clausula rebus sic stantibus*.

Tutto converge, ancora una volta, sulla ripartizione del rischio. L'A. critica la dottrina di entrambi gli ordinamenti per avere spesso trascurato questo profilo proprio nell'applicazione della base negoziale: mentre nel diritto austriaco il rischio tipico dell'opzione viene valorizzato per escludere l'impugnativa per lesione, esso viene poi incoerentemente trascurato quando si invoca la *Geschäftsgrundlage*. Solamente se il contratto e il diritto dispositivo non attribuiscono il rischio del mutamento di valore a una delle parti può aprirsi lo spazio per un adeguamento o uno scioglimento del contratto.

Il rimprovero è forse eccessivo. I due rimedi hanno presupposti distinti, e la ripartizione del rischio vi opera con funzione diversa: rispetto al § 934 ABGB essa preclude in radice l'impugnativa, perché la variazione sopravvenuta cade per definizione fuori dallo scopo di tutela della norma; rispetto alla base negoziale essa è invece elemento della fattispecie, da accertare caso per caso. Che la dottrina tratti diversamente i due piani non è necessariamente incoerenza: può essere distinzione. E che non lo trascuri si è già visto, se è vero che essa stessa ammette il rimedio della base negoziale soltanto in difetto di una preventiva allocazione del rischio.

Particolare rilievo assume poi il carattere speculativo del contratto di opzione. L'A. osserva che, nel diritto tedesco, un contratto fondato su un intento speculativo riconoscibile esclude l'applicazione del § 313 BGB, mentre nel diritto austriaco il

medesimo risultato è raggiunto attraverso l'applicazione analogica del § 1268 ABGB sui contratti aleatori. Tale conclusione vale anche quando l'intento speculativo appartenga soltanto a una delle parti, purché sia oggettivamente riconoscibile dall'altra.

Un ulteriore indice decisivo dell'assunzione del rischio è rappresentato dal carattere oneroso dell'opzione. Il pagamento di un premio costituisce, in entrambi gli ordinamenti, il corrispettivo economico dell'assunzione del rischio da parte del concedente; esso svolge quindi una funzione di compensazione che preclude tanto l'impugnativa quanto l'adeguamento del contratto per l'alterazione della base negoziale.

L'A. individua, infine, ulteriori elementi dai quali può desumersi la consapevole attribuzione del rischio, quali il carattere fisso o variabile del prezzo, la presenza di clausole di adeguamento del valore e la durata dell'opzione. Anche la disciplina dell'offerta irrevocabile nei due ordinamenti conferma che, in linea di principio, il rischio delle oscillazioni di valore grava sul soggetto vincolato e non può essere superato mediante un generico richiamo alla *Geschäftsgrundlage*.

All'esito dell'analisi comparativa, l'A. propone sei principi comuni ai due ordinamenti: a) il contratto di opzione deve essere sempre considerato autonomamente nella valutazione dell'alterazione dell'equilibrio; b) non può presumersi che il contratto principale persegua necessariamente uno scambio di prestazioni equivalenti; c) l'opzione produce un vincolo pieno e non attenuato; d) i contratti con carattere speculativo escludono di regola ogni intervento correttivo; e) il premio dell'opzione costituisce una compensazione del rischio; f) l'adeguamento o lo scioglimento del contratto possono essere ammessi soltanto quando né il contratto di opzione né il diritto dispositivo attribuiscono il rischio delle sopravvenienze.

10. *Die gestörte Option* è un contributo scientificamente solido e dogmaticamente maturo. Colma una lacuna significativa della letteratura tedesca e offre risultati che travalicano il tema specifico dell'opzione, investendo più in generale la ripartizione del rischio contrattuale e la disciplina delle sopravvenienze. Le riserve che si sono venute segnalando, sulla censura mossa alla conciliazione tentata dall'OGH e sul rimprovero di incoerenza rivolto alla dottrina, non ne intaccano l'impianto: riguardano semmai il rigore con cui Klemens applica a sé stesso il criterio che oppone agli altri, quello per cui la scelta fra le costruzioni dogmatiche si misura sulle conseguenze pratiche e non su presunti teoremi.

Anche per il lettore italiano l'indagine è proficua, e non per sole ragioni di metodo: la vicenda richiamata in apertura, il concedente che, esercitata l'opzione, oppone l'aumento di valore degli immobili, mostra che il problema non è affatto estraneo alla nostra esperienza. Il volume merita perciò attenzione non soltanto da parte degli studiosi del diritto delle obbligazioni tedesco e austriaco, ma anche di quanti si occupano, nella

prospettiva comparativa, dei problemi della giustizia contrattuale e dell'adeguamento del contratto al mutamento delle circostanze.

Camerino, luglio 2026.