

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

Francesco Macario

REGOLE E PRASSI DELLA RINEGOZIAZIONE AL TEMPO DELLA CRISI



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	p.626
FABRIZIO MARINELLI	
<i>Il mugnaio di Sans-souci. La storia come metodo nell'interpretazione giuridica</i> . . .	p.629
GIUSEPPE CONTE	
<i>Il linguaggio giuridico forense: forma stile funzione</i>	p.647
ENRICO SCODITTI	
<i>Ontologia della motivazione semplificata</i>	p.677
LUCIANO PANZANI	
<i>Abuso del diritto. Profili di diritto comparato con particolare riferimento alla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera</i>	p.693
MASSIMO RUBINO DE RITIS	
<i>Il finanziamento dei soci alle imprese in crisi tra postergazione e prededuzione del credito</i>	p.741
ANDREA MARIA AZZARO	
<i>Cessione d'azienda frazionata nel conferimento d'azienda e successiva cessione di quote nella conferitaria</i>	p.771
FRANCESCO MACARIO	
<i>Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi</i>	p.825
MARCELLO MAGGIOLO	
<i>Presupposizione e premesse del contratto</i>	p.867
FRANCESCO GAMBINO	
<i>L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo</i>	p.885
JOSÉ MANUEL DE TORRES PEREA	
<i>Damage claims between family members in Spanish case law</i>	p.901

Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi

La crisi economica comporta la riconsiderazione anche di regole e principi tradizionali e consolidati, presenti nella codificazione civile. È il caso, ad esempio, delle norme in tema di risoluzione per eccessiva onerosità, intese a disciplinare lo squilibrio sopravvenuto del sinallagma nei contratti di durata, a esecuzione continuata, periodica o differita. Alla luce delle nuove regole introdotte dai PECL e dai Princìpi Unidroit sulla rinegoziazione delle condizioni contrattuali incise dalla crisi, la dottrina prima e la giurisprudenza più recente poi, hanno esaminato e, a quanto pare, accreditato nel sistema la figura giuridica dell'obbligo di rinegoziazione, peraltro da tempo presente nella prassi commerciale di quei settori, come il mercato delle materie prime, in cui è di fondamentale importanza la stabilità e, al tempo stesso, la flessibilità del contratto, per garantire il raggiungimento del risultato.

825

Following the current economic crisis, traditional principles and general rules of Italian private law contained in the Civil Code have been deeply reconsidered by scholars and courts. This is the case, as a meaningful example, of the rules on the termination of contract due to supervening extraordinary and unexpected events, which render burdensome the performance of the party. In order to avoid termination, both the new Principles of European Contract Law, as well as the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, provide and regulate the duty to renegotiate, which the

disadvantaged party may invoke for the “equitable” modification of the terms and conditions of the contract. After studies and discussions among scholars of various jurisdictions (especially in Germany and Italy) on the legal aspects of this duty to renegotiate, the essay investigates this matter also in light of recent Italian case law, which seems to have finally approved the new legal concept, already well-known and frequently considered in the commercial praxis for the drafting of long-term supply contracts.

Sommario: 1. Premessa metodologica: categorie e istituti contrattuali nei rapporti di durata. – 2. I riferimenti normativi nel codice civile: l’innovativa disciplina sull’eccessiva onerosità come rimedio alla “crisi” del sinallagma a causa di eventi esterni. – 3. Le soluzioni avanzate dei Principles (UNIDROIT e PECL) nella prospettiva dell’armonizzazione e l’elaborazione dottrinale tedesca sugli obblighi di rinegoziare (*Neuverhandlungspflichten*). – 4. L’ipotesi dell’obbligo di rinegoziazione fondato sulla clausola generale di buona fede nell’evoluzione dottrinale. – 5. Indici normativi e alcune applicazioni giurisprudenziali. – 6. Il riscontro della prassi commerciale: la rinegoziazione nei contratti di approvvigionamento del gas naturale. – 7. Considerazioni conclusive.

1. - Premessa metodologica: categorie e istituti contrattuali nei rapporti di durata.

La materia della rinegoziazione rende opportuna, forse doverosa, una premessa di tipo metodologico. I problemi della rinegoziazione costituiscono una parte del più ampio, già da tempo elaborato in dottrina, fenomeno della “revisione” del contratto – non si tratta, evidentemente, di una categoria, né di un istituto del diritto civile, ma l’espressione può indicare una fenomenologia, dotata di sue peculiarità, all’interno delle vicende del contratto, cui si attribuisce rilevanza giuridica – costituendo altresì una delle frontiere, in un certo senso, della riflessione sull’autonomia privata¹.

¹ Ci si permette di rinviare, per una trattazione di sintesi dei diversi problemi, al contributo dello scrivente, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, t. II, Milano, 2008, 1026. In precedenza, il tema era stato trattato da R. TOMMASINI, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104; P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII, Torino, 1998, 431.

Più in particolare, l'ambito di studio formatosi in tempi relativamente recenti – peraltro già notevolmente approfondito dalla dottrina dell'ultimo quindicennio o poco più – andrebbe a collocarsi, idealmente, accanto alla disciplina dell'esecuzione del contratto, cui tuttavia il codice civile dedica poca attenzione in sede di regole “generali”, limitandosi in sostanza a stabilire l'obbligo di esecuzione secondo buona fede². Per essere più precisi, la materia di cui ci si occupa trattando di revisione (e, di conseguenza, di rinegoziazione) è quella, non già del contratto *tout court*, ma del rapporto contrattuale proiettato nel tempo, in vista della realizzazione di un risultato, non isolabile dall'attività del contraente (solitamente, un imprenditore, sicché viene in gioco l'attività d'impresa e in ogni caso, e si potrebbe dire più in generale, l'attività economica)³.

Lo scenario in cui si colloca la riflessione è dunque quello della disciplina delle sopravvenienze e del “rischio contrattuale”, del complesso rapporto fra i principi espressi dai brocardi *“pacta sunt servanda”* e *“rebus sic stantibus”*, ove la particolare rilevanza che acquista il fattore tempo nell'esecuzione del contratto rende ancor più problematica la materia⁴. La partico-

² In chiave dogmatica, con spunti innovativi ma sempre nel solco della migliore tradizione civilistica del tempo, il tema è trattato da A. Di Maio GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

³ Sulla rilevanza del tempo e della durata nel rapporto contrattuale, si segnala lo studio approfondito e dagli esiti convincenti, apprezzabilmente condotto anche nella prospettiva comparistica di M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007. Va detto, peraltro, che il tema non ha suscitato un particolare interesse nella dottrina, se non con riferimento ai problemi dello scioglimento del contratto (in epoca recente, si segnala il contributo di S. PAGLIANTINI, *La risoluzione dei contratti di durata*, Milano, 2006), mentre già agli inizi degli anni '40, ne aveva segnalato la rilevanza e la complessità, con un celebre saggio (in due puntate), G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 146 e 277 (nonché *ivi*, 1944, I, 17).

⁴ Senza voler risalire ai primordi della civilistica moderna in tema di sopravvenienze, con gli studi di G. OSTI, *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 1, e la prosecuzione del discorso in *Appunti per una teoria della “sopravvenienza”*. *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 471 e 647, si può ricordare il contributo monografico che, nella nostra letteratura, viene a giusto titolo considerato il punto di riferimento della dottrina innovativa rispetto alla tradizionale dogmatica volontaristica del negozio giuridico, ossia M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970, spec. 343 ss., mentre in area tedesca, quasi contemporaneamente, a discorrere di rischio contrattuale era, in particolare, un altro caposaldo per la dottrina successiva, ossia W. FIKENTSCHER, *Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages*, München, 1971, spec. 14 ss., 104 ss. Sulla scia degli studi di Bessone (e della scuola civilistica genovese), si segnala poi la raccolta di contributi sul tema generale del rischio contrattuale a cura di G. ALPA, M. BESSONE e E. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982, a parte le successive voci enci-

lare rilevanza del fattore temporale finisce per imporre allo studioso del contratto, che muove tradizionalmente dall'esame del "volutu" così come cristallizzato dall'accordo fra le parti, di valutare i problemi e le relative soluzioni in una prospettiva completamente diversa – si sarebbe tentati di dire, in un certo senso alternativa, rispetto a quella adottata nell'esame del modello ricorrente dello scambio considerato nella sua dimensione di atto negoziale isolato e istantaneo, sul quale è comprensibilmente costruita la disciplina generale di cui agli artt. 1321 ss. del codice civile e che, altrettanto ragionevolmente, ha costituito il consueto oggetto di approfondimento della dottrina sul contratto – incentrata sulla relazione instaurata per il conseguimento del risultato contrattuale e sulle vicende potenzialmente idonee a vanificare tale obiettivo⁵.

Tale prospettiva, va detto subito, non è immediatamente percepibile, ove si consideri il sistema della disciplina generale del contratto, così come delineato nel codice civile, all'insegna del modello più tradizionale, ossia contratto ad esecuzione istantanea (secondo l'archetipo della compravendita), ma anche e soprattutto per il modo in cui la disciplina generale è stata solitamente intesa dalla civilistica, che ha sempre impostato la riflessione sul contratto presupponendo la staticità della situazione giuridica, in un certo senso cristallizzata nell'accordo. Di qui, probabilmente, la tendenza di una parte della dottrina all'inclusione della fenomenologia che fa capo alla "rinegoziazione", così come della figura giuridica dell'obbligo di

clopediche di G. ALPA, *Rischio* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1044 e M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1986, 326. Dal punto di vista del diritto comparato, la prima opera articolata, sempre con riferimento alla nostra letteratura, è senz'altro quella di P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; in ambito europeo, si segnalano poi, soprattutto per la ricchezza di riferimenti, D. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986; nonché P. ABAS, *Rebus sic stantibus. Eine Untersuchung zur Anwendung der clausula rebus sic stantibus in der Rechtssprechung einiger europäischer Länder*, Köln, 1993 (integrato dai successivi contributi apparsi su *EuRPL* 1998, con le considerazioni conclusive dell'A., p. 333). Più di recente, il tema è ripreso, nella duplice prospettiva delle sopravvenienze determinanti l'impossibilità e/o la maggiore onerosità della prestazione, da F. DELFINI, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999.

⁵ Per un approfondimento del tema nella prospettiva ora indicata, in particolare nel contesto dei contratti tra imprese in relazione alle situazioni di squilibrio, ove può celarsi il rischio delle condotte abusive o comunque opportunistiche, e dunque sempre con specifico riferimento alle vicende dell'esecuzione, ci si permette di rinviare a F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, in G. GATTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 179 ss.

rinegoziare, all'interno di classificazioni tradizionali – del tipo: “ripetizione”, “rinnovazione” e così via – che muovono dall'idea dell'atto e/o del negozio giuridico, dal quale discendono effetti riconducibili direttamente alla dichiarazione di volontà⁶. È evidente, invece, che discorrere di rinegoziazione, quale vicenda della prassi esecutiva di rapporti commerciali, è ancor più dell'eventuale obbligo di rinegoziare, dal punto di vista della sua rilevanza giuridica e dunque in termini di effettività, presuppone la considerazione (non già del contratto come atto, bensì) dell'attività economica che si realizza (anche) attraverso il contratto. L'attività non può che rilevare nella fase esecutiva – secondo alcuni riconducibile al “rapporto” contrattuale, proprio per segnare la distanza concettuale rispetto all'atto che nasce e si compie con la dichiarazione di volontà, ossia con lo scambio del consenso – sicché la tendenza a inglobare la trattazione dei problemi attinenti all'esecuzione nelle categorie dell'atto finisce per rivelarsi fuorviante.

Se dunque una corretta prospettiva d'indagine implica la considerazione dell'attività, che impatta inevitabilmente sulle categorie tradizionali del contratto (quale atto o negozio, nella loro fissità del voluto), occorre rivolgersi a metodologie che prescindano dalla considerazione della “revisione” e della “rinegoziazione” del contratto (in corso di esecuzione) secondo le tradizionali forme di astrazione concettuale, per concentrarsi invece sulla diversa dimensione contestuale in cui concretamente sorgono i problemi dell'esecuzione, secondo il circolo ermeneutico che dal problema muove verso il sistema, per ridiscendere al problema⁷. E questa sembrerebbe, in fondo, anche la ragione per la quale ci troviamo oggi a ragionare del “contratto” contestualizzato, per così dire, nel tempo della crisi (più precisamente, di questa specifica crisi) che investe la materia economica (nello specifico, quella finanziaria) ma anche, più in generale, i rapporti sociali del nostro tempo⁸.

⁶ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, 710; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

⁷ Doveroso sul punto, relativo all'impostazione metodologica, il rinvio alla riflessione di L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, 7 (pubblicato anche in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 58).

⁸ Soltanto in questo modo sembra a chi scrive che possa essere affrontata un'indagine realmente costruttiva su temi (generali) e relativi problemi (concreti) che, diversamente, nella

Se si volesse tentare d'inquadrare nelle “categorie civilistiche” il tema in esame, si potrebbe dire che vi è un *genus*, costituito dal concetto di revisione del contratto, che non soltanto ha da tempo trovato ingresso nella nostra cultura giuridica⁹, ma ha suscitato altresì l'interesse degli studiosi in chiave comparativa¹⁰; all'interno del detto *genus* sarebbe rivenibile la *species* della rinegoziazione, come s'è detto, oggetto di studio in contributi dottrinali recenti¹¹, così come materia di dibattiti in varie sedi e in diversi ordinamenti¹², ponendosi in primo luogo la questione della sua specifica rilevanza giuridica, al di là della rilevazione (va da sé, empirica) di un'attività negoziale in tal senso¹³.

La tematica appare oramai molto estesa, e si direbbe anche piuttosto intrigante, nel senso che, oltre all'individuazione e la ricostruzione dei

logica di una rigida autorefenzialità, nonché immutabilità, delle categorie tramandate del diritto civile, finirebbero per essere ricondotti – e ciò è anche accaduto, in alcuni studi che hanno affrontato, con diversi livelli di approfondimento, il tema della rinegoziazione e degli obblighi di rinegoziare – in modo semplice, ma anche semplicistico, ad una sorta di paradosso dell'autonomia privata, che finisce per negare se stessa – questo, grosso modo, lo slogan che ha fatto da filo conduttore alle critiche mosse nei confronti dei tentativi di ricostruire nel sistema la figura dell'obbligo di rinegoziare nel corso dell'esecuzione del contratto (si veda *infra* per i richiami a tali critiche) – nel momento in cui viene esposta dall'ordinamento al rischio della revisione del rapporto, cui il contratto quale accordo ha conferito veste giuridica e natura vincolante.

⁹ Come dimostrano anche le menzionate trattazioni in chiave di “voce” enciclopedica: R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto*, cit.; P. GALLO, *Revisione del contratto*, cit.; F. MACARIO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, cit.

¹⁰ A parte il già menzionato contributo di M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., ci si permette di rinviare al più risalente lavoro monografico F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; nonché F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e di common law*, Napoli, 2003.

¹¹ Ai lavori già menzionati, possono aggiungersi: A. DE MAURO, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici privati*, Milano, 2000; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; G. SICCHIERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Aggiornamento, II, 2003, 1200; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit.; nonché Id., voce *Rinegoziazione* (dir. civ.), in *Enc. giur.*, Aggiornamento, XXVII, 2006, 1; C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 491; G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova, 2006; da ultimo, C. CREA, *Concessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, Napoli, 2013.

¹² Si ricorderà che il tema è stato anche al centro dell'incontro indetto dall'Accademia degli studiosi di diritto comparato *Henry Capitant*, tenutosi in Brasile nel maggio 2006 e la relazione illustrativa generale riferita al diritto italiano si legge nel saggio di F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347.

¹³ Per la riflessione critica più meditata, ricca di spunti per il dibattito di alto profilo, si vedano le pagine di A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., 710.

connotati della fatispecie giuridica dell'obbligo (in astratto, derivante da fonte convenzionale o legale), si pongono questioni relative: alle regole "procedimentali" (ad esempio, come e quando può dirsi concluso l'accordo modificativo), agli effetti della rinegoziazione, ossia dell'accordo modificativo e "regolamentare" (secondo le note logiche e classificazioni dell'efficacia: transattiva, novativa, preclusiva e così via), infine alle diverse forme di tutela contro l'inadempimento (anch'esso da ricostruire, in funzione dei contenuti della prestazione derivante dall'obbligo) in via ordinaria (con la possibilità di ricorrere alla tutela risarcitoria, ma anche, per chi ne sia convinto, a quella in forma specifica) o in via cautelare¹⁴.

Il civilista, il quale intenda avvicinarsi al tema, si trova – come appena rilevato – a dover fronteggiare, dunque, un problema di carattere preliminare, che attiene all'individuazione di tratti e confini giuridici, ma prima ancora – s'è appena detto – della stessa rilevanza di un fenomeno, di cui non può certo essere disconosciuta l'esistenza nella prassi, così come il rilievo sul piano socio-economico, dunque pre-giuridico. Di qui l'esigenza di un primo passo consistente nell'individuazione delle coordinate normative per inquadrare il tema.

831

2. - I riferimenti normativi nel codice civile: l'innovativa disciplina sull'eccessiva onerosità come rimedio alla "crisi" del sinallagma a causa di eventi esterni.

A differenza di quanto accade in altri ordinamenti a noi vicini, la disciplina delle conseguenze giuridiche del mutamento delle circostanze, nel senso dello squilibrio contrattuale sopravvenuto, costituisce una peculiarità, nonché un'innovazione, del codice civile del 1942, con le disposizioni in tema di risoluzione per eccessiva onerosità, di cui agli artt. 1467-1469 c.c.¹⁵. Appare persino intuitivo il rilievo che una disciplina del genere,

¹⁴ Tutte le aree problematiche indicate hanno costituito materia d'indagine nei diversi capitoli dello studio già menzionato F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., e sono stati rielaborati, in termini adesivi o critici, nei ricordati contributi successivi sul tema, sicché non saranno riesaminate in queste pagine.

¹⁵ In termini generali e sintetici, F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (diretto da), *I rimedi. Trattato del contratto*, Milano, 2006, V, 2, 590 ss.; Id., *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, t. 2, Milano, 2009, 1175-1243.

indipendentemente dalle sue peculiarità, è in grado di acquistare nel tempo della crisi, specie quando le manifestazioni di quest'ultima superino qualsiasi attesa o previsione e, dal punto di vista dell'ordinamento, l'istituto che consente lo scioglimento del contratto sia previsto nella "parte generale" (ossia nel Titolo secondo del Libro quarto), in termini di "rimedio" (agli effetti delle sopravvenienze) appunto in chiave generalizzata. La sola considerazione del nostro codice civile – su questo, come su diversi altri punti, decisamente innovativo, s'è detto, rispetto al codice previgente e comunque ai modelli di stampo ottocentesco¹⁶ – non rende ragione, tuttavia, del contesto europeo in cui il tema può (e deve, oggi) essere inquadrato.

Discorrendo di eccessiva onerosità del contratto, tanto più nell'ambito della disciplina della risoluzione, non affrontiamo infatti l'esame di una categoria o anche soltanto di una figura nota alla civilistica più tradizionale, tanto che, per limitarsi al panorama europeo delle codificazioni ottocentesche, cui si faceva appena riferimento, la vicenda giuridica in esame sembra sostanzialmente sconosciuta. Emblematicamente, può menzio-

¹⁶ L'apprezzamento per la modernità della soluzione italiana, in quanto formulazione normativa al passo con i tempi della dottrina della presupposizione e della *Geschäftsgrundlage*, è ben esplicitato in area tedesca da N. HORN, *Vertragsdauer. Die Vertragsdauer als Schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, 551: «eine moderne und in der Rechtsprechungspraxis effektiv angewendete Kodifizierung des Problems des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei mehrseitigen und einseitigen Verträgen dar». Così N. HORN, *Vertragsdauer*, cit., 621, il quale riconosce nella disposizione tanto «die alte gemeinrechtliche Tradition der Lehre von der clausula rebus sic stantibus», quanto il forte influsso «von Windscheids Voraussetzungslehre». Anche alla luce di quanto è accaduto in Germania con la c.d. *Modernisierung des Schuldrechts* del 2002 (ossia all'incirca vent'anni dopo), può essere interessante ricordare che, chiamato in quella sede a rendere un «parere» e una proposta di novellazione del BGB in tema di «durata del contratto», l'A. suggeriva l'inserimento di un aggiuntivo § 315a: «Ist ein Vertrag gem. § 242 Abs. 2 oder § 361 a Abs. 2 anzupassen» – si tratta delle disposizioni «nuove», che lo stesso Horn suggeriva, all'esito del suo studio, di inserire, rispettivamente, in punto di *Wegfall der Geschäftsgrundlage* e di *Kündigung aus wichtigen Grund*, disposizioni che in una diversa formulazione sono state poi effettivamente introdotte con la ricordata operazione di *Modernisierung* del 2002, senza tuttavia aderire all'idea di fondo dell'obbligo di rinegoziare – «so kann jeder Vertragsteil verlangen, daß die Parteien binnen angemessener Frist über eine einvernehmliche Vertragsanpassung oder die Bestellung eines Dritten gem. § 317, der über die Anpassung alsbald entscheiden soll, neu verhandeln. Wird das Verlangen im Rechtsstreit über die Anpassung gestellt, so bestimmt das Gericht die angemessene Neuverhandlungsfrist, vor deren Ablauf es in der Sache nicht entscheidet. Abs. 2 - Neuverhandlungen können nicht verlangt werden, wenn sie aussichtlos oder für den anderen Vertragsteil unzumutbar sind».

narsi in primo luogo il *Code civil* francese¹⁷, ma in effetti anche il BGB ignora la disciplina dello squilibrio contrattuale sopravvenuto e della prestazione divenuta eccessivamente onerosa, benché le “crisi” e, in primo luogo, gli effetti dei due conflitti mondiali avessero prodotto dappertutto – in Germania certamente più che altrove – conseguenze a dir poco disastrose sui contratti in corso di esecuzione¹⁸.

Si dovrebbe pertanto essere indotti a ritenere che la fattispecie normativa cui il legislatore ha voluto dare il nome di “eccessiva onerosità” e che, sempre nella sistematica del codice civile italiano – così non è, si noti sin d’ora, nelle raccolte di “Principi”, dai *Principles europei*¹⁹ a quelli redatti

¹⁷ A parte l’assenza nel *Code civil* di disposizioni “rimediali” del tipo di quelle adottate dal legislatore italiano nel 1942, è notorio altresì l’atteggiamento di sostanziale disinteresse della dottrina per un tema del quale ci si limitava, in modo invero tralaticio, a far notare l’incongruenza con il forte radicamento nella convinzione di una sostanziale irrilevanza della *imprévision* nei rapporti contrattuali di diritto civile [mentre, com’è noto, il *Conseil d’Etat* aveva da tempo sancito l’applicabilità della tutela contro gli squilibri sopravvenuti nei contratti di diritto pubblico (con la sentenza nota come *Gaz de Bordeaux, Cons. Etat*, 30 marzo 1916, in *Sirey*, 1916, 3, 17) e, di conseguenza, dell’inammissibilità di qualsiasi forma di tutela contrattuale tendente alla revisione dei contratti (nonostante gli squilibri sopravvenuti: con il riferimento al precedente giurisprudenziale noto come *canal de Craponne*, risalente nièntemeno che a Cass. 6 marzo 1876, in *Dalloz*, 1876, 1, 193)].

¹⁸ Si pensi alle gigantesche proporzioni della svalutazione monetaria alla fine della prima guerra mondiale, che avevano indotto i giuristi tedeschi a sviluppare la c.d. *Lehre der Geschäftsgrundlage*, mentre la giurisprudenza rendeva operativa la dottrina risalente ai celebri studi di Bernard Windscheid sulla *Voraussetzung* (da noi introdotta con la traduzione letterale di “presupposizione”), mediante le potenzialità offerte dalla *Generalklausel* del § 242 BGB. Il concetto di *Geschäftsgrundlage* viene elaborato, agli inizi del Novecento nel clima post-belllico cui si faceva cenno, da P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, ma già dello stesso A. *Doppelseitiger Irrtum beim Vertragsabschlusse*, in *AcP*, 117 (1919), 275, il quale, indirettamente confermando peraltro l’esattezza della convinzione espressa da Windscheid, aveva prospettato una ricostruzione della medesima situazione giuridica in termini, certamente più oggettivi, ossia tendenzialmente rispettosi anche dell’affidamento meritevole della controparte, se confrontati con l’idea originaria di stampo prettamente volontaristico della presupposizione (nel frattempo sottoposta a vivace critica da diversi studiosi, fra i quali una posizione particolare aveva acquisito lo studio di O. LENEI, *Die Lehre von der Voraussetzung [in Hinblick auf dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches]*, in *AcP*, 74 [1889], 213) di “venir meno del fondamento negoziale” (più noto nella versione originaria di *Wegfall der Geschäftsgrundlage*). La teoria ha avuto, com’è noto, un notevole successo, e non è mancato chi, sempre in Germania, è riuscito a individuare oltre cinquanta ricostruzioni in materia di *Lehre der Geschäftsgrundlage* (A. CHIOTELLIS, *Rechtsfolgebestimmungen bei Geschäftsgrundlagestörungen in Schuldverträgen*, München, 1981).

¹⁹ O. LANDO-H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, I, II, The Hague, 2000; C. VON BAR-E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR), Full Edition, Munich, 2009.

dall'UNIDROIT²⁰ – costituisce una delle ipotesi di risoluzione del contratto, ma è indubbiamente una figura giuridica spuria. Al cospetto di ordinamenti tradizionalmente resistenti, o almeno assai scettici nei confronti di regole e principi, di matrice tanto legale quanto dottrinale e giurisprudenziale, che disciplinino le sopravvenienze – il più ostile senza dubbio, almeno così appariva sino a poco tempo fa, s'è detto era quello francese – ovvero pur disposti a riconoscerne la rilevanza, ma soltanto in via di concretizzazione della clausole generale di buona fede per opera della giurisprudenza, sulla scia di sofisticate elaborazioni dottrinali ma senza intaccare l'architettura dogmatica del codice civile (come è accaduto in Germania mediante il celeberrimo § 242 BGB), ci si dovrebbe interrogare allora, in primo luogo, su quali potessero essere i fattori determinanti la svolta del codice italiano del 1942, nel senso di prevedere le regole sulla modifica delle circostanze anche nella disciplina generale dei contratti, mentre le norme in materia di sopravvenienze nei “singoli contratti” facevano già parte delle regole di singoli tipi contrattuali, evidenziando in tal modo una tendenza dell'ordinamento, confermata con il codice unificato appunto nel 1942, a garantire la conservazione del contratto mediante la modifica delle sue condizioni piuttosto che il suo scioglimento mediante la risoluzione²¹.

20 ISTITUTO INTERNAZIONALE PER L'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO, *Principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali 2010*, Milano, 2011.

21 Le disposizioni in materia di “singoli contratti” risponderebbero, secondo un'attenta dottrina, a una sorta di «macro-ratio» (così V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 969). Tali disposizioni sono di due tipi: *a*) quelle che predispongono un'alternativa alla vanificazione degli effetti del contratto, tanto operando sulla struttura – ad esempio, mediante la disciplina della determinazione *ex lege* del prezzo nella vendita e nell'appalto *ex art. 1474 e 1657 c.c.* ovvero dell'entità della somministrazione *ex art. 1560 c.c.*, così da precludere un'utilizzazione strumentale della nullità del contratto per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto (ai sensi dell'*art. 1346 c.c.*) –, quanto incidenza in chiave funzionale e all'interno del rapporto (ad esempio, attribuendo al compratore la facoltà di chiedere la riduzione del prezzo invece della risoluzione della vendita *ex art. 1492 c.c.*); *b*) quelle che disciplinano presupposti e modalità della modifica, così da consentire la prosecuzione del rapporto con regole che operano in termini quantitativi – è il caso delle variazioni del progetto nell'appalto e, in particolare, delle variazioni ordinate dal committente *ex art. 1661 c.c.*, nonché dell'onerosità o difficoltà nell'esecuzione dell'opera appaltata *ex art. 1664 c.c.* –, ovvero con il rinvio a criteri generali quali proporzionalità e/o equità della determinazione, affidata evidentemente al giudice ove manchi l'accordo: ad esempio, nei casi previsti dagli artt. 1660 e 1664, comma 2, c.c. in materia di appalto, dall'*art. 1623* in materia di affitto, dall'*art. 1710*, comma 2, c.c. in materia di mandato. Nella recente legislazione speciale, si può poi richiamare l'*art. 3, comma 5, l. n.*

Una prima ragione dell'inserimento delle nuove disposizioni va così senza dubbio ricercata nella inevitabile “crisi” legata alle conseguenze delle vicende belliche, fortemente incidenti sull'economia e sui contratti un po' ovunque (in particolare, in Paesi come l'Italia e la Germania, che tuttavia si segnalano per avere offerto risposte diverse, con una diversificazione degli strumenti per raggiungere il medesimo risultato operazionale, ossia i “formanti” del gergo comparatistico, che suscita un estremo interesse appunto in termini di comparazione giuridica e nella prospettiva dell'armonizzazione, come fenomeno complessivamente inteso, dunque anche al di là della tendenza all'uniformazione legislativa).

Altro fattore certamente rilevante per la creazione delle nuove regole, destinate a novellare in modo sostanziale il “codice civile”, è costituito dall'unificazione dei codici, con la scomparsa del codice di commercio a vantaggio della c.d. “commercializzazione del diritto civile”, consistita, tra l'altro, anche nell'inserimento di norme o gruppi di norme, ordinate in apposite sezioni, di indubbia provenienza commercialistica. Norme o gruppi di norme che – va ricordato, anche per comprenderne più agevolmente l'assenza nei codici “civili” francese e tedesco, affiancati dal “codice di commercio”, indiscutibilmente più vicino alla vita e alla logica degli affari – mai avrebbero trovato ingresso nel codice caratterizzato dalla prospettiva (esclusivamente) civilistica della disciplina del contratto in generale²². Nella riformulazione della disciplina del “contratto in generale” (oramai di diritto comune, quale risultante dalla fusione della dimen-

192 del 1998, in materia di subfornitura. Il tema è ripreso, con approfondimenti, in F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., 590 ss.

²² In quanto modellato, inevitabilmente, sulla figura di matrice dottrinale del negozio giuridico, quale atto di volontà, in se stesso insensibile alle particolarità dell'affare, che nel contratto e attraverso il contratto ottiene la sua consacrazione giuridica. Per una ricostruzione critica delle vicende e, più in generale, della categoria negoziale, rimane sempre valido il riferimento a F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, 2^a ed., in A. CICU-F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2002 (in precedenza, dello stesso A., voce *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932; più di recente, si veda l'avvincente itinerario storico-culturale tracciato da G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; per un'analisi più specifica delle tendenze dottrinali, grazie alle quali si è sviluppata la critica del negozio giuridico come categoria, a cavallo del ventennio tra gli anni '60 e '70 del secolo appena trascorso, ci si permette di rinviare a F. MACARIO, *La civilistica italiana tra ideologia e dogmatica: autonomia privata e libertà contrattuale negli anni Settanta*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, t. II, Milano, 2008, 1491 [anche in NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 397].

sione “civile” con quella commerciale) le nuove norme non soltanto rinvenivano il loro spazio naturale, ma in un certo senso tale spazio reclamavano, proprio per far sì che l’operazione di unificazione dei codici fosse effettiva e giocasse come fattore di reale modernizzazione del diritto civile, anche e in primo luogo in termini di normativa di fonte legislativa a valenza simbolicamente primaria proprio in quanto espressa dal codice²³. Di qui, la questione della natura o, se si preferisce, della tipologia dei contratti per i quali lo squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni diviene rilevante per l’ordinamento, e in primo luogo della loro riconducibilità a un modello generale, al punto da giustificare un insieme di norme comprese nell’ambito dell’*Allgemeiner Teil* del diritto contrattuale, le quali vanno naturalmente ad aggiungersi a quelle previste per i singoli tipi (ove vengono specificamente regolati gli effetti giuridici delle vicende dell’esecuzione, comprese quelle relative alla modifica delle circostanze).

Si tratta di una questione molto complessa, che affonda le radici in un dibattito di tipo autenticamente metodologico e chiama in gioco la distinzione, per un verso, tra contratti civili e contratti commerciali, per altro verso tra contratto (come categoria apicale e dunque “in generale” e contratto (come tipologia empiricamente accertabile ovvero come categoria concettualmente ordinante) “d’impresa”, mai giunta – almeno se si considera la dottrina italiana, pur mostratasi sensibile verso il tema – a una soddisfacente sistemazione teorica²⁴. È nell’ambito di questa realtà giuri-

²³ Per tutti, si può rinviare alle sintetiche ma pregnanti pagine di R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 904; Id., voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 240.

²⁴ Va ricordato, peraltro, che la dottrina più autorevole ha avvertito l’espressione “contratti d’impresa” come una «categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione»: in tal senso, G. OPPO, *Note sulla contrattazione d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629, dove si scorge, fra l’altro, il nesso con Id., *I contratti di durata*, cit., di epoca ben più risalente. In tempi molto più recenti, il tema dei contratti d’impresa nella prospettiva del diritto privato europeo è stato al centro di un convegno: *Il diritto europeo dei contratti d’impresa* (Atti del Convegno di Siena, 22-24 settembre 2004), Milano, 2006, nel quale si segnalano, fra quanti si sono occupati del tema, i contributi di A. FALZEA, *Introduzione*, *ivi*, 3; G. OPPO, *I contratti d’impresa tra codice civile e legislazione speciale*, *ivi*, 15; G. CIAN, *Dall’antica bipartizione “contratti civili-contratti commerciali” all’odierna pluripartizione dei rapporti obbligatori: valore sistematico ed ermeneutico di una classificazione per differenti discipline*, *ivi*, 393 (e in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, rispettivamente 1, 841, 849). Per una rivisitazione critica della complessa categoria, cfr. ampiamente F. Di MARZIO, *Contratti d’impresa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, 2007, 313; una ricostruzione in chiave storica dell’elaborazione dottrina successiva all’unificazione dei codici si ritrova in F. MACARIO: *Dai “contratti delle imprese” al “terzo contratto”: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 311 ss. Ritorna, da ultimo, sul punto M. LIBERTINI, *Autono-*

dica che dovrebbe oggi svolgersi una riflessione su regole che, almeno *prima facie*, sembrano stridere con la costruzione della disciplina del contratto (non già quale programma o operazione economica da realizzare in un dato contesto di mercato, come accade di norma nella contrattazione commerciale e d'impresa, bensì) come frutto dell'atto di volontà, quale unico punto di riferimento per tutte le successive vicende attinenti all'esecuzione dell'accordo realizzato dallo scambio del consenso.

Nella logica del contratto commerciale, al contempo espressione e strumento dell'attività d'impresa²⁵, sembra certamente più agevole ragionare sulla categoria dei contratti di durata²⁶, che trovano una specificazione significativa nella variante dei contratti “a lungo termine” (con espressione non appartenente certo alla dogmatica del diritto civile, ma che viene adoperata un po’ dappertutto per inquadrare la tipologia contrattuale in esame) e che inducono a ragionare su nuove regole generali e/o su una rilettura di quelle esistenti.

mia individuale e autonomia d'impresa, in G. Gitti-M. Maugeri-M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, Bologna, 2012, spec. 44 ss., affrontando anche il tema della rilevanza costituzionale della “autonomia d'impresa” e del fondamento, nell'art. 41 Cost., di un'interpretazione diversificata delle norme di disciplina generale dei contratti.

²⁵ Per l'elaborazione della nota teoria economica, secondo la quale l'attività (e la stessa nozione ovvero, per riprendere l'espressione dell'A., la “natura”) di “impresa” non è, in punto di fatto, scindibile dalla conclusione di contratti a lungo termine, è d'obbligo il rinvio allo studioso insignito del premio Nobel R. COASE, *La natura dell'impresa*, in *Impresa, mercato e diritto* (versione italiana dell'originale, *The nature of the firm*, in *The Firm, the Market and the Law*), Bologna, 1995, 79 ss. Ciò implica, secondo Ronald Coase e sempre in termini economici, quale conseguenza dei costi di negoziazione e dell'atteggiamento dei contraenti verso il rischio, che «più lungo è il periodo contrattuale di fornitura della merce o del servizio, meno possibile e in verità meno desiderabile è per l'acquirente specificare cosa ci si aspetta dall'altra parte contrattuale».

²⁶ Si ricorderà che, a parte il già ricordato celebre studio di G. OPPO, *I contratti di durata*, cit., la rilevanza della durata nei contratti era stata intuita da insigni studiosi del diritto commerciale: ad esempio, G. FERRI, *Vendita con esclusiva*, in *Dir. pratica comm.*, 1933, I, 270, 380, 481; nota di A. RAVÀ, *Sulla distinzione fra vendita a consegne ripartite e vendita ad esecuzione continuata*, in *Foro it.*, 1937, I, 386 (con particolare riferimento al modello della vendita, paradigma classico dello scambio e, si direbbe, del contratto bilaterale a prestazioni corrispettive *tout court*, inciso a tal punto dall'esecuzione continuativa mediante le consegne successive, da rendersi opportuna la “tipizzazione” di una nuova e autonoma figura, quale la “sommministrazione”); sino a risalire al pionieristico e prezioso studio di L. MOSSA, *La somministrazione*, Sassari, 1914, che fornisce il più autorevole supporto teorico alla successiva codificazione del nuovo tipo contrattuale. In area tedesca, sempre ai primi del Novecento, il precursore dei numerosissimi studi poi succedutisi in materia, avendo ad oggetto il “rapporto obbligatorio” (di durata) è stato O. VON GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jehring Jahrbücher*, 64, 1914, 355.

Tali regole ovvero la loro rilettura dovrebbero essere idonee a fornire una risposta, forse anche alle generali e condivise istanze di giustizia sostanziale – non è un caso che il legislatore, nell'art. 1467, comma 3, c.c., si richiami alla valutazione di equità relativamente all'offerta modificativa della parte contro cui la risoluzione è domandata – ma, prima ancora, al contraente che reclami il rispetto del programma contrattuale originariamente accettato dalle parti, nei limiti in cui tale programma sia concretamente realizzabile, mediante un apparato di “rimedi” – come oggi si preferisce dire, anche in questo caso con gergo atecnico, ma entrato ormai nel linguaggio corrente sulla scia della “anglicizzazione” della lingua giuridica – più sofisticati rispetto all'opzione “tutto o niente” che, allo stato, la disciplina della risoluzione può offrire (ma che era senza alcun dubbio il massimo sforzo che avrebbe potuto richiedersi al legislatore del nuovo codice nel 1942).

Non va poi dimenticato – e anche in questo caso ci si riferisce ai problemi giuridici del nostro tempo e alla nuova legislazione contenente norme in materia di contratti, comunque nella dimensione della disciplina “generale” – lo scenario dell'insolvenza e della crisi d'impresa, da gestire attraverso gli strumenti del diritto privato e con una ricostruzione sistematica delle tutele²⁷, così come del sovradebitamento del debitore comune²⁸, dove la ricerca delle soluzioni negoziate si rivela il filo conduttore della complicata, ma radicale, riforma realizzata ma per larga parte ancora *in fieri*, come dimostra, ad esempio, la disciplina del concordato preventivo con “continuità aziendale”, che costituisce una delle più significative novità della recente riforma delle discipline concorsuali²⁹.

Una vicenda, quest'ultima, che dal campo delle mera prassi si trasferisce nel mondo giuridico delle procedure concorsuali (un tempo, puramente esecutive e quasi esclusivamente liquidatorie), ponendo problemi di dirit-

²⁷ Ci si permette di rinviare a F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale – Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Riv. soc.*, 2008, 102.

²⁸ Cfr. per una prima analisi delle disposizioni, F. DI MARZIO-F. MACARIO-G. TERRANOVA (a cura di), *Composizione delle crisi da sovradebitamento*, Milano, 2012; nonché in una nuova e stimolante prospettiva, G. ROJAS ELGUETA, *L'esdebitazione del debitore civile: una rilettura del rapporto civil law-common law*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, I, 310.

²⁹ In forma sintetica, F. DI MARZIO, *Concordato con continuità aziendale*, in *Enc. giur., Libro dell'anno del diritto 2013*, Roma, 2013, 87.

to generale dei contratti assai complessi, proprio per la difficoltà di coniugare il quadro tradizionale dei principi e delle regole espressi dal codice civile con nuove disposizioni in evidente deroga e, forse, nuovi principi (ma qui si schiude il compito della dottrina) ³⁰. Ciò comporta, inevitabilmente, la predominanza delle regole intese a preservare i rapporti, in funzione della crisi e del suo superamento (assicurando così una continuità aziendale che può comprimere i diritti individuali dei creditori, in funzione della tutela di un più ampio ventaglio di valori connessi all'azienda). Si tratta di regole dettate alle parti, in primo luogo, ma che lasciano spazio a interventi “correttivi”, se del caso, consentendo al giudice “intromissioni” nel contratto un tempo inconcepibili.

3. - Le soluzioni avanzate dei Principles (UNIDROIT e PECL) nella prospettiva dell'armonizzazione e l'elaborazione dottrinale tedesca sugli obblighi di rinegoziare (Neuverhandlungspflichten).

Vero è anche che proprio il diritto italiano codificato (il già ricordato art. 1467, comma 3, c.c.) prevede l’“equa modificazione delle condizioni”, ma il meccanismo è costruito dal legislatore – è sin troppo evidente – in modo non rispondente alle attuali propensioni della cultura giuridica (senz’altro quella europea, ma anche a livello transnazionale o più precisamente di commercio internazionale, se si considerano tanto i PECL quanto, sul secondo versante, i Principi UNIDROIT) ³¹, relegando l’adeguamento del

839

³⁰ Sui diversi aspetti della radicale riconfigurazione del diritto delle procedure concorsuali, F. Di MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, Milano, 2011. Per uno studio in chiave storica dei rapporti tra disciplina dell’insolvenza e autonomia privata, F. Di MARZIO-F. MACARIO, *Autonomia dei privati e disciplina dell’insolvenza*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, in corso di pubblicazione.

³¹ La regola relativa agli effetti dell’*hardship* (art. 6.2.3) presente nei Principi UNIDROIT attribuisce alla parte svantaggiata il «diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto», specificando subito che la richiesta «deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata»; i PECL (le cui radici sono nei c.d. “Principi Lando”) stabiliscono che le parti hanno l’obbligo di avviare trattative allo scopo di modificare il contratto ovvero di porvi termine (art. 6:111, n. 2). Con la precisazione – invero, da parte soltanto dei Principi UNIDROIT (art. 6.2.3, n. 2) – che la richiesta di rinegoziazione «non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l’esecuzione», si disciplinano così le conseguenze del mancato accordo «entro un tempo ragionevole» (in entrambi i testi esaminati), attribuendo al giudice la facoltà, in via alternativa, di: «(a) risolvere il contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l’originario equilibrio» (il testo è quello dei Principi UNIDROIT, art. 6.2.3, n. 4, ma rispecchia

contratto a soluzione residuale, comunque “secondaria”, quindi subordinata rispetto a quella primaria (da perseguire necessariamente, prima che possa schiudersi la porta dell’adeguamento) costituita dalla risoluzione del contratto.

È questo il caso, senza dubbio tra i più emblematici delle difficoltà di far digerire alla dottrina civilistica le suddette nuove fenomenologie e regole della pratica degli affari, dell’obbligo di rinegoziare, che caratterizza le raccolte di regole già ricordate (dei PECL, così come dei Principi UNIDROIT), ma che vanta già una ricca letteratura che, in modo variegato – dagli studi settoriali a quelli generali, dalle analisi condotte in prospettiva, per così dire, *construens* rispetto alle critiche impietosamente demolitorie – ha affrontato l’esame delle *Neuverhandlungspflichten* (ossia gli obblighi di rinegoziare nelle loro diverse configurazioni normative) o la *Neuverhandlungspflicht* al singolare (ossia l’obbligo di rinegoziare quale eventuale nuova categoria generale). Una corrente di pensiero che muove i suoi primi passi, neanche a dirlo, in Germania, ai primi anni Ottanta del secolo appena trascorso, ossia in contemporanea e concomitanza con la già ricordata vicenda dei “pareri e proposte” per la rielaborazione del diritto dei contratti³².

Lo scenario economico della “crisi” può aiutare probabilmente anche a comprendere le ragioni del fatto che il dibattito sia ancora vivo e vivace in Germania, anche dopo la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti avvenuta nel 2002, che ha toccato la materia in esame con l’introdu-

quasi letteralmente quello dei PECL), ove peraltro si precisa che l’eventuale modificazione giudiziale del contratto deve essere realizzata in modo che le perdite e i profitti derivanti dal mutamento di circostanze vengano distribuiti equamente tra le parti, art. 6:111, n. 3, lett. b). Va infine segnalato che i PECL prevedono un comma di chiusura della regola, in cui si consente al giudice (l’espressione usata è: “può”) di condannare al risarcimento dei danni cagionati dal rifiuto di una parte di avviare le trattative o dalla loro rottura in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza.

³² Si trattava dello stesso studioso che aveva assunto il compito di ragionare (in funzione di *Gutachten und Vorschlage*) sui problemi della *Vertragsdauer* (ossia la durata del contratto, pervenendo alla già ricordata proposta modificativa, o meglio integrativa, del BGB che, s’è appena notato, non disdegnavo affatto il modello italiano dell’art. 1467 c.c., quale disciplina di carattere generale, ritenuta molto più moderna e comunque esemplare per un riforma del codice civile, N. HORN, *Vertragsdauer*, cit.); N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in *Arch. civ. Pr.*, 1981, CLXXXI, 255.

zione del “nuovo” § 313 BGB³³, dedicato proprio all’adeguamento del contratto, senza esplicitare – e di qui il dibattito ancora aperto, sul quale di recente ha preso posizione la Corte suprema tedesca del BGH³⁴ – l’esistenza di un obbligo di rinegoziare nel procedimento che conduce all’adeguamento del contratto (*Vertragsanpassung*)³⁵, sino a quel momento

³³ Il § 313 BGB, intitolato «*Störung der Geschäftsgrundlage*» e inserito nel nuovo *Unteritel* 3 (sottotitolo o sezione), «*Anpassung und Beendigung von Verträgen*» (Adeguamento e cessazione dei contratti), prevede, nel testo tradotto che si legge nel contributo di P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in G. CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* (Atti del Convegno di Padova, 7-8 marzo 2003), Padova, 2004, 10: «(1) Se le circostanze divenute fondamento del contratto si sono con grave incidenza (*schwerwiegend*) modificate dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o l'avrebbero concluso con un diverso contenuto se avesse previsto tali mutamenti, può richiedersi l’adeguamento del contratto qualora non possa pretendersi (*unzumutbar*) che la parte resti vincolata al contratto immodificato, avuto riguardo a tutte le circostanze del singolo caso, ed in particolare alla distribuzione contrattuale o legale del rischio. (2) Ad una modifica delle circostanze è da parificare il caso in cui rappresentazioni sostanziali, divenute fondamento del contratto, si rivelino false. (3) Se un adeguamento del contratto non è possibile o non può più pretendersi da una parte, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. In luogo del diritto di recesso, per il rapporto di durata spetta il diritto di disdetta (*Kündigung*)». Sulla *ratio* della novella, *Regierungsbegründung BT-Drucks*, 14/6040, 175.

³⁴ Nel senso che i contraenti hanno l’obbligo di collaborare (*mitwirken*) per giungere all’adeguamento del contratto, cfr. BGH, Urt. v. 30. 9. 2011 – V ZR 17/11 (OLG Hamm), in *NJW*, 2012, 373: «Der Anspruch der durch eine Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung verpflichtet die andere Partei, an der Anpassung mitzuwirken». Muovendo dall’esistenza di un diritto all’adeguamento del contratto il BGH afferma in modo enfatico «Anspruch und und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts». In definitivo, il diritto a pretendere l’adeguamento del contratto, implica l’esistenza dell’obbligo di adeguare il contratto attraverso la rinegoziazione. Sull’importante pronuncia, v. il commento di J.D. LÜTTRINGHAUS, *Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage*, in *AcP* 213 (2013), 266 ss.

³⁵ In senso favorevole, nella situazione precedente alla *Modernisierung*: N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, cit., *passim*; Id., *Recensione*, cit.; A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten*, cit.; H. EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten*, cit., 1063; dopo la riforma, con riferimento alla codificazione della *Anpassung* a seguito di «*Störung der Geschäftsgrundlage*», rubrica del nuovo § 313 BGB, cfr. H. HEINRICH, in O. PALAND (diretto da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 63^a ed., *Ergänzungsband*, 2004, sub § 313, n. 29, ma si veda la diversa opinione di C. GRÜNEBERG, *ivi*, 65^a ed., 2006, n. 40 s.; K. RIESENHUBER, *Vertragsanpassung wegen Geschäftsgrundlagestörung – Dogmatik, Gestaltung und Vergleich*, in *Betriebs Berater*, 2004, 2697, 2698; H. HEINRICH, *Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage: eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB*, in *Festschrift für A. Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, 182, 198. In senso contrario: M. MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten*, cit., 329; F. HEY, *Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage im SMG, in Kontinuität in Wandel des Rechtsordnung. Beiträge für C.-W. Canaris*, München, 2002, 21, 39; E. WIESNER, *Der Anspruch auf Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage*, in *JZ*, 2004, 654; H. ROTH, in *BGB Münchener Kommentar*, sub § 313, 4^a ed., München, n. 93; H. RÖSLER, *Die Geschäftsgrundlagestörung nach der Schuldrechtsreform*, in *Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht*, 2003, 383, 388; più di recente, K. KREBS, in B. DAUNER LIEB-T. HEIDEL-RING (a cura di), *AnwaltKommentar BGB*, Bonn, 2005,

affidata alle potenzialità operative della clausola generale di buona fede, sviluppate dalle numerose elaborazioni teoriche della dottrina della *Geschäftsgrundlage*³⁶. L'innovazione apportata dalla disposizione appena menzionata fa capo, del resto, a una giurisprudenza ormai ultrasecolare, risalente a tempi addirittura anteriori al BGB (entrato in vigore nel 1900) e incrementatasi nei periodi successivi alle due guerre mondiali, sicché la nuova regola, nel 'codificare' la massima giurisprudenziale consolidata, costituisce una "modernizzazione" in senso lato e dunque piuttosto relativo, utile soltanto a confermare, con la veste e il crisma del diritto positivo, simbolicamente più incisivo in quanto consacrato nel codice civile, un principio da tempo consolidato e indiscusso in giurisprudenza³⁷.

sub § 313, 883, n. 81; C. MUTHERS, in M. HENSSLER-F. GRAF VON WESTPHALEN (a cura di), *Praxis der Schuldrechtsreform*, 2^a, Recklinghausen, 2003, sub § 313, 535, n. 25 s.; SCHULZE (diretto da), *Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar*, 4^a ed., Baden-Baden, 2005, 406, n. 19, 26; D. MEDICUS, in H. PRÜTTING-G. WENGEN-G. WEINREICH (a cura di), *BGB. Kommentar*, Neuwied, 2006, sub § 313, 518, n. 19 ss.; J. KROPHOLLER, *Bürgerliches Gesetzbuch. Studienkommentar BGB*, 9^a ed., München, 2006, 212.

³⁶ Si possono consultare, tra i più recenti contributi, per la dottrina più tradizionale: H. KÖLER, *Die Lehre der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, in C.W. CANARIS-A. HELDRICH (a cura di), *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. I, *Bürgerliches Recht*, München, 2000, 295; nonché G.H. ROTH, *Vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zur richterlichen Vertragsanpassung*, in *Festschrift für Krejci*, München, 2001, 1251; o ancora, R. FELDHAM, *Die Störung der Geschäftsgrundlage im System des reformierten Schuldrechts*, in *NJW*, 2005, 3381; su altro versante, C. REITTER, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, Tübingen, 2002, una ricerca sulle tecniche normative di gestione delle sopravvenienze nella prospettiva storica, tendente a distinguere la disciplina vigente per periodi dalle opzioni adottate in sede di codificazione (avvenuta quest'ultima, peraltro, in momenti molto distanti e fra loro diversi, dal punto di vista socio-economico oltre s'è detto che meramente temporale, nei due ordinamenti), sino all'evoluzione giurisprudenziale alla base della regola trasfusa nella novella del 2002 celebrata come *Modernisierung* (mentre s'è detto che, almeno sotto questo aspetto, non apporta alcun elemento di effettiva "modernizzazione", limitandosi a dare veste legislativa ad una norma del diritto vivente); da ultimo, in una prospettiva comparistica più ampia: H. RÖSLER, *Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2007, 483, il cui obiettivo è mettere in risalto le potenzialità dell'elaborazione tedesca nella prospettiva di armonizzazione e/o uniformazione del diritto europeo dei contratti. Per una ricostruzione del principio, nella prospettiva europea, tra gli studi più recenti: R. PENNAZIO, *La dottrina del fondamento negoziale nel diritto giudiziale europeo*, in *Contr. impr. EU*, 2009, 391.

³⁷ Per una riflessione autorevole, dal punto di vista del giurista italiano sensibile all'importanza del tema profondo conoscitore della cultura giuridica tedesca, cfr. P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca*, cit., 107, secondo il quale avere diritto all'adeguamento del contratto «non significa che possa essere il giudice, su richiesta, a realizzare la modifica del contratto», mentre «sembra che la norma ponga, al contrario, un obbligo di rinegoziare e che, da questo punto di vista, possa pertanto essere accostata alla previsione dei principi di diritto dei contratti di derivazione europea», rimanendo in dubbio la consistenza dei poteri del giudice

Un principio, quello riconducibile all'esigenza di pervenire alla *Vertragsanpassung* germogliato sul fertile tronco del § 242 BGB, che consente di pervenire a una soluzione diversa, e per certi versi opposta, rispetto alla scelta che ha fatto il nostro legislatore del 1942, avendo nell'ordinamento tedesco la parte onerata, ossia pregiudicata dallo squilibrio contrattuale sopravvenuto, il diritto di domandare l'adeguamento per via giudiziale (deve ritenersi, logicamente e sul piano del fatto, una volta esperito senza successo il tentativo di realizzare la modifica mediante negoziazione o, per essere più precisi, rinegoziazione delle condizioni divenute "insostenibili", secondo il concetto chiave della c.d. *Unzumutbarkeit*)³⁸.

La regola che figura nei Principi di diritto europeo dei contratti, al pari di quella dei Principi UNIDROIT in tema di *hardship* si ispira certamente alla via indicata dall'ordinamento tedesco, facendo sapiente uso della clausola generale di buona fede (mentre non deve essere apparsa persuasiva, evidentemente, l'indicazione di principio proveniente dal codice civile italiano, nel momento in cui si privilegia la domanda di risoluzione del contratto e la si pone anzi quale *prius* logico per l'eventuale offerta di equa modifica delle circostanze da parte del contraente contro cui la risoluzione è chiesta).

Nondimeno, questa discussa nuova fattispecie in cerca di legittimazione sembra aver iniziato in qualche modo a fare breccia anche nell'ordina-

843

a fronte dell'inadempimento delle parti alla *Neuverhandlungspflicht*, se essi siano tali da poter essere imposto l'adeguamento nella forma di *Vertragsanpassung* giudiziale ovvero ci si debba limitare a liquidare il danno a carico del contraente scorretto e quindi responsabile per il mancato esito fruttuoso delle trattative. La critica di Rescigno (*ivi*, 108), in sede di considerazioni finali sull'intervento del legislatore tedesco "modernizzatore", è nel senso di avere quest'ultimo «sopravvalutato l'importanza della disposizione, ritenendola di carattere generale e quindi suscettibile di un'interpretazione capace di ampliarne il significato e la portata», mentre il confronto con la disciplina della *reductio ad aequitatem* (nella duplice ipotesi della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità) presente nel codice civile potrebbe indurre a riflettere, con un concreto e ben noto termine di paragone, «circa i limiti da rispettare nel rapporto tra libertà dei privati e poteri del giudice».

³⁸ Occorre infatti ricordare, nel rispetto di un approccio metodologicamente corretto in punto di comparazione giuridica, anche i giuristi tedeschi che negano l'utilità (o il fondamento giuridico) di un obbligo delle parti di rinegoziare, non pongono comunque in discussione la possibilità, e dunque la facoltà del contraente, di ottenere l'adeguamento coattivamente, ossia per opera del giudice, dal momento che la soluzione conservativa/modificativa dell'adeguamento (fondata e anzi, per essere più precisi, resa possibile dalla *Vertragsanpassung*) è profondamente radicata nella dottrina tedesca, quale conseguenza di un'ipotesi di *Wegfall* (o anche, nella dizione attuale del § 313 BGB, *Störung* der *Geschäftsgrundlage*).

mento francese, a quanto risulta dalla giurisprudenza di legittimità³⁹, avallata da una parte della dottrina, che ne sostiene le ragioni con una certa convinzione, così come dai progetti di riforma, a cominciare dall'*avant-projet Catala* (artt. 1135-1, 1135-2, 1135-3), che considerano la vicenda della rinegoziazione, pur senza assumere la posizione particolarmente innovativa espressa dai PECL, nella convinzione evidentemente di dover trovare un compromesso, nel riassetto del sistema, con l'impianto tradizionale del diritto dei contratti⁴⁰.

L'ulteriore questione di natura metodologica, direttamente consequenziale rispetto all'elaborazione di rimedi non estintivi, ossia "manutentivi" o anche "conservativi" del contratto, è quindi quella dei poteri del giudice, il quale, nella concezione tradizionale, è tenuto a rimanere rigorosamente al di fuori della conformazione del regolamento, potendo soltanto valutare l'esistenza e la correttezza dell'esecuzione, con l'assoluta preclusione di determinare obblighi non previsti espressamente dalle parti⁴¹. In tal senso, è sin troppo evidente che ragionare sulle modificazioni delle circostanze utilizzando gli strumenti normativi che consentono di pervenire a un assetto di interessi adeguato agli interessi delle parti dedotti in contratto significa fare ricorso alle clausole generali, *in primis* la buona fede

³⁹ Cass. 16 marzo 2004, in *Petites affiches. La Loi*, 28 giugno 2004, n. 128, 18, con osservazioni di Ch. GAVOTY-O. EDWARDS, *Vers une extension de l'obligation de renégociation en matière contractuelle?*; in *Rev. lamy droit civil*, 2004, n. 6, 5, con nota di D. HOUTCIEFF, *L'obligation de renégocier en cas de modification imprévue des circonstances. Quand la première Chambre civile manie l'art de la litote...*; nonché in *Rec. Dalloz*, 2004, n. 25, 1754, con nota di D. MAZEAUD, *Du nouveau sur l'obligation de rénégocier*, decisamente favorevole all'apertura giurisprudenziale, soprattutto in considerazione dell'effetto correttivo sullo squilibrio strutturale del contratto fra imprese di diversa capacità organizzativa ed economica, quindi esposto al rischio di comportamenti abusivi. Successivamente, tuttavia, si riscontrano sentenze in cui la Corte sembra voler ridimensionare gli entusiasmi di chi aveva potuto immaginare un mutamento di rotta così radicale da condurre al riconoscimento di un potere di determinazione e/o adeguamento del contenuto del contratto da parte del giudice, in caso di esito negativo della rinegoziazione: Cass. 3 ottobre 2006, in *Rec. Dalloz*, 2007, 765, con nota di D. MAZEAUD, *Renégocier ne rime pas avec réviser!*; nonché Cass. 10 luglio 2007, in *Rev. contr.*, 2007, 1107, con nota di AYNÉS e D. MAZEAUD.

⁴⁰ Una ricostruzione della vicenda è stata proposta da F. BOTTONI, *Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant-projet di riforma del diritto delle obbligazioni. In medio stat virtus?*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 565.

⁴¹ Un riferimento particolarmente autorevole ed emblematico di questa tendenza è nel breve, ma denso, scritto di P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 230, ove si afferma un'indubbia incisività espressiva che «il giudice "non può mettere i piedi nel piatto" e modificare d'imperio le condizioni dello scambio, neppure quando la faccia allo scopo di assicurare la "giustizia" sostanziale della transazione».

nell'esecuzione del contratto, per valutare la (correttezza della) condotta dei contraenti.

La buona fede, soprattutto se considerata nell'attuale contesto normativo di matrice europea, si muove spesso accanto al concetto – certamente diverso e da tenere distinto sul piano giuridico-formale, ma anche in termini meramente concettuali – dell'equità⁴². La distinzione delle due nozioni, così come dei ruoli che le regole (in cui figurano, rispettivamente, i criteri valutativi che fanno capo alla buona fede e all'equità) sono chiamate a svolgere nel diritto dei contratti, va senz'altro mantenuta ferma, per un'elementare ragione logica, ma ciò non può precludere il concorso e comunque l'operato congiunto dei due parametri di valutazione. Del resto, lo stesso art. 1467 c.c. fa riferimento all'equità della modificazione, confermandosi in tal modo che l'equità rimane un criterio non eludibile (indipendentemente dal fatto che sia esplicitato, come nell'art. 1467, comma 3, c.c.) per valutare il risultato dell'attività delle parti (che, invece, è di per sé soggetta alla considerazione in termini di correttezza e buona fede della condotta) o, in subordine, della decisione modificativa del contratto⁴³.

Alla luce di queste ultime considerazioni, sia pur soltanto sommariamente esposte, e ribadendo che ciascuno dei punti accennati meriterebbe un'analisi approfondita⁴⁴, è evidente che il potere/dovere del giudice di "intervenire" nelle dinamiche del contratto, per consentirne la prosecuzione attraverso la modifica delle sue condizioni, non può essere negato sulla base delle pregiudiziali affermazioni dell'intangibilità del contratto e del ruolo giudiziale "esterno" rispetto al regolamento d'interessi concordato tra le parti. Si tratta, infatti, di preconcetti ormai regolarmente smentiti dal diritto applicato in giurisprudenza e dalle tendenze prevalenti nella cultura giuridica in Europa.

845

⁴² Cfr., tra gli scritti più significativi in argomento, F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537.

⁴³ Per gli opportuni approfondimenti della riflessione, ci si permette di rinviare al lavoro già ricordato, *Adeguamento o rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.

⁴⁴ Cui la dottrina civilistica è poco abituata – va riconosciuto con realistica franchezza – anche per la ragione già esposta, nel senso che essa muove dal modello del contratto di scambio istantaneo e isolato, per formulare ipotesi ricostruttive che si vorrebbero edificare con un carattere generale e dunque onnicomprensivo, che le renda applicabili a tutte le tipologie contrattuali.

Se poi si rivolge lo sguardo al contesto socio-economico in senso lato, nel quale ogni rapporto giuridico inesorabilmente s'inscrive, tentando in tal modo di ragionare con qualche considerazione davvero elementare di indole gius-economica, si scopre che il contratto, specialmente ove la sua esecuzione sia destinata a protrarsi nel tempo, non potrà mai esprimere compiutamente le regole idonee a governare *ex ante* le eventuali sopravvenienze⁴⁵. Ciò è impedito dalla c.d. razionalità limitata dei contraenti⁴⁶, sicché il controllo *ex post* e il conseguente intervento giudiziale per decidere sugli squilibri determinati dal mutamento delle circostanze, saranno ineliminabili⁴⁷.

Qualsiasi discorso sull'assunzione (implicita) del rischio, secondo le consolidate logiche operazionali della presupposizione, potrebbe rivelarsi se non inutile, almeno insufficiente a dare una risposta adeguata al conflitto di interessi da risolvere nella concretezza della situazione – a parte la nostalgica rievocazione della “volontà presunta”, che ragionamenti di que-

⁴⁵ Non a caso, è stata sviluppata, anche da parte della nostra dottrina, la teoria di matrice economica dei c.d. “contratti incompleti”: in argomento cfr. G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti fra economia e diritto*, Padova, 2000, 140 ss.; nonché A. FICI, *Il contratto “incompleto”*, Torino, 2005, cui si rinvia per tutti i necessari riferimenti alla letteratura, non soltanto italiana, sul tema.

⁴⁶ Correttamente si è detto, in tempi non sospetti, che vi sarebbe «qualcosa di paradossale nella pretesa di collassare un futuro indomabile in un progetto *ex ante* completamente esauritivo» (Così R. PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 460 s.). Se dunque è necessario, anche per i giuristi, fare i conti con il «futuro indomabile» *ex ante*, incompribile nel regolamento contrattuale completo, una delle inevitabili conseguenze procede nel senso del riconoscimento, senza le riserve spesso enunciate in passato in forma assiomatica, dei poteri di intervento del giudice *ex post*, al fine di garantire la corretta esecuzione del contratto, alla stregua pur sempre dei presupposti e dei criteri di giudizio indicati dal legislatore. Tali criteri possono ovviamente fare capo al modello della *Generalklausel*, nella materia contrattuale operante per lo più con la veste della buona fede e della correttezza, ma possono altresì presentarsi con formulazioni che richiamano, in modo diretto o indiretto, il parametro valutativo dell’equità, tanto nella disciplina generale dei contratti prevista nel codice civile, quanto nella legislazione speciale di settore, che in tal modo può contribuire alla costruzione di “nuove clausole generali”, maggiormente circostanziate dovendo operare all’interno di un dato ambiente economico.

⁴⁷ In chiave di analisi economica, ancora R. PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata*, cit., 462, il quale, pur dichiarando di non essere pronto «a sposare la tesi secondo la quale le corte dovrebbero imporre le condizioni che ritengono negli interessi di lungo periodo delle parti», suggerisce «un attivismo giudiziale nella forma di giustificazioni liberamente accordate alla parte colpita dall’evento, come il primo passo verso una equilibrata ricontrattazione (che, incidentalmente, potrebbe essere assistita dalla stessa corte)». Sull’ammissibilità dell’intervento del giudice, anche nel nostro ordinamento allo stato degli atti, ossia avvalendosi delle potenzialità offerte dalle clausole generali, cfr. *infra*, nel prossimo paragrafo.

sto tipo implicano, anche in modo indiretto, ovvero le considerazioni critiche, in se stesse ineccepibili, sul carattere spurio e comunque “anti-dogmatico” della relativa costruzione giuridica⁴⁸ – nel contesto delle sopravvenienze che appare completamente estraneo e lontano, s’è detto, dalle vicende dell’atto di volontà all’origine del contratto.

L’insegnamento che viene dal diritto europeo e dalla nuova cultura giuridica che va affermandosi anche nelle materie, *in primis* quella del contratto, con forti radicamenti nella tradizione civilistica, è nel senso dell’apertura verso una concezione funzionalistica del diritto privato e delle regole che disciplinano l’attività contrattuale⁴⁹, senza disdegnare anche le nuove metodologie – si pensi, ad esempio, all’analisi economica del diritto – che consentono, da un lato di differenziare opportunamente le realtà giuridiche (ove occorra rinunciando alla pretesa di ‘generalizzare’ in modo completo e onnicomprensivo la disciplina), dall’altro di ricercare i fondamenti razionali del sistema oggi in continua evoluzione anche al di fuori della tradizionale impostazione dogmatica, mentre è del tutto ovvio che il giurista non dovrebbe mai fare a meno di ricomporre la materia in un sistema attraverso costruzioni concettuali impostate in termini di coerenza, nel rispetto di una controllata e, soprattutto, attualizzata visione dogmatica⁵⁰.

847

4. - L’ipotesi dell’obbligo di rinegoziazione fondato sulla clausola generale di buona fede nell’evoluzione dottrinale.

Nel riprendere le fila del discorso e ritornando ai dati normativi di riferimento, è evidente che dal legislatore del 1942 non ci si poteva davvero

⁴⁸ Il rinvio d’obbligo è all’importante contributo di A. BELFIORE, *La presupposizione*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato. Il contratto in generale*, t. IV, Torino, 2003.

⁴⁹ M.W. HESSELINK, *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2005 (traduzione del volume *The New European Legal Culture*, 2001).

⁵⁰ Sempre rilevanti e preziose rimangono in questo senso le considerazioni metodologiche (intese a sottrarre il giurista dal cieco dogmatismo, spingendolo all’osservazione della realtà socio-economica, ai fini del più corretto e coerente ragionamento giuridico) di G. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, 14: «l’adozione da parte di operatori economici di un modello organizzativo o contrattuale piuttosto di un altro, la frequenza e l’entità di certe opzioni operative, giuridicamente rilevanti sia nel contesto aziendale, sia nell’aspetto macroeconomico, non sono infatti senza significato (né per l’economista né) per il giurista». Sulla “nuova dogmatica”, rimane ancora valido il riferimento a L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, cit.

attendere di più, nel momento in cui l'introduzione di una disciplina non soltanto nuova, ma anche difficilmente armonizzabile con le categorie e la dogmatica tradizione imperante nella civilistica, aveva comunque indicato una via per la soluzione di problemi concreti in materia di esecuzione del contratto, rendendo la novellata disciplina "generale", con una collocazione sistematica che appariva la più coerente possibile con l'impianto della materia contrattuale all'interno del codice civile.

Con lo sguardo rivolto nuovamente al nostro ordinamento, pertanto, sembrerebbe che ci si trovi oggi in una situazione quasi paradossale: da essere il legislatore italiano all'avanguardia nel 1942, quando gli altri codici europei con i quali è usuale il confronto – si allude a quello francese e a quello tedesco – ignoravano la tutela della parte onerata nei contratti a prestazioni corrispettive, la cui esecuzione fosse protratta o comunque dilazionata nel tempo, scontiamo oggi l'attenzione che il legislatore stesso ha avuto, a suo tempo, per la condizione del contraente onerato dallo squilibrio contrattuale sopravvenuto concedendogli il diritto di chiedere la risoluzione del contratto (così forzando, evidentemente, le maglie dell'impossibilità sopravvenuta, per creare la proverbiale "via di fuga" al contraente in difficoltà, nei casi in cui quest'ultima non avesse i caratteri dell'impossibilità in senso stretto).

In tale contesto, non può dirsi certo incomprensibile l'atteggiamento della dottrina, incline a vedere nei presupposti fissati dall'art. 1467 c.c. per ottenere la risoluzione i limiti invalicabili di ogni riflessione sulla disciplina della modifica delle condizioni e del rischio contrattuale⁵¹. Se non ricorrono quei presupposti, in altri termini, nessuna rilevanza potranno avere le sopravvenienze e le modificazioni delle condizioni, non soltanto ai fini della domanda di risoluzione del contratto, ma anche nella prospettiva di un assetto più equo (*rectius*, riequilibrato), che permetta alle

⁵¹ Superflue le citazioni in tal senso (può essere sufficiente il rinvio al già ricordato studio monografico di F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., ove la tesi viene esemplarmente sviluppata e motivata), diviene interessante ricordare chi, diversamente ragionando, si è espresso in modo convincente e autorevole, a favore della compatibilità dell'art. 1467 con altri rimedi, nel senso che la disposizione dettata per la risoluzione per eccessiva onerosità non obbliga «a ritenere che l'art. 1374 non possa generare rimedi equitativi ulteriori, rispetto alla risoluzione e alla riduzione»: R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, 3^a ed., in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 722.

parti di realizzare il risultato programmato, con l'adeguamento delle condizioni (che ovviamente non potrebbe non tenere conto dell'inevitabile margine di rischio, che il nostro legislatore definisce genericamente in termini di alea normale) ⁵².

L'evoluzione dottrinale maturata nell'ultimo quindicennio ha condotto a ritenere praticabile la via, in assenza di specifiche pattuizioni sulla gestione del rischio delle sopravvenienze, dell'obbligo di rinegoziazione fondato sull'equità integrativa *ex art. 1374 c.c.* ⁵³ o sulla clausola generale di buona fede *ex artt. 1366 e 1375 c.c.*, la quale sarebbe fonte (non già di un nuovo obbligo contrattuale, ma) dell'obbligo di rinegoziare finalizzato a conferire effettività alla tutela relativa all'esecuzione del contratto. Una soluzione che si pone, evidentemente, sulla scia di posizioni dottrinali volte a valorizzare la clausola generale di buona fede a garanzia di un comportamento corretto nella fase di esecuzione del contratto ⁵⁴, facendo eco all'esigenza, peraltro, progressivamente – e, si direbbe, finalmente – emersa anche in recenti e ormai celebri pronunce della Suprema Corte ⁵⁵.

⁵² Quest'ultimo risultato, che logicamente dovrebbe essere prioritario e preliminare, rispetto alla decisione del giudice di porre termine al contratto, viene dal nostro codice posticipato alla domanda di risoluzione, di modo che l'art. 1467 c.c., da modello del nuovo diritto, sensibile alle esigenze del contraente in difficoltà dopo gli squilibri provocati da guerre, crisi economiche e quant'altro, si trova – s'è detto, quasi paradossalmente – a inseguire, con scarsi possibili dell'interprete di riuscire a colmare in via ermeneutica la distanza, la regola che sembrerebbe, se non prevalere ovunque, almeno indicare la via da percorrere all'insegna dell'armonizzazione nel panorama europeo.

⁵³ Cfr. R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 722 ss., secondo cui attraverso l'art. 1374 c.c. è possibile sotto-intendere nei contratti a durata particolarmente lunga una clausola di rinegoziazione, «in virtù della quale il dato obsoleto o non più funzionale possa essere sostituito dal dato aggiornato e opportuno».

⁵⁴ Cfr. ad es. F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr. EU*, 2005, 509 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss.; e gli studi relativi al “terzo contratto”, che riguarda i rapporti tra imprenditori, in cui uno degli stessi è posto in posizione di soggezione economica rispetto all'altro, riscontrandosi in misura maggiore l'esigenza di evitare comportamenti opportunistici (in questo caso ai danni dell'impresa più debole): G. GATTI-G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, e in particolare i contributi di G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, *ivi*, 9 ss.; G. GATTI, *La determinazione del contenuto*, *ivi*, 83 ss.; e, in relazione al tema che qui interessa, F. MACARIO, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, *ivi*, 179 ss.

⁵⁵ Tra le decisioni più rilevanti, dalle quali si desume che la buona fede si atteggi come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali, è opportuno evocare, anzitutto, il noto caso “Fiuggi”, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 852, secondo cui «[l]a clausola, inserita nei contratti “per la conduzione e l'esercizio delle

Attraverso la clausola generale della buona fede si perviene ad un risultato che, in una prospettiva di pura astrazione prevalentemente dogmatica, risulterebbe non giustificabile⁵⁶. L'esigenza di rinvenire uno strumento giuridico idoneo a gestire (anche) le sopravvenienze impreviste (e dunque non soltanto quelle dovute a eventi straordinari e imprevedibili ex art. 1467 c.c.), così come considerazioni di tipo socio-economico, che inducono a considerare maggiormente "conveniente" (o, se si preferisce, efficiente) la prosecuzione del rapporto contrattuale, piuttosto che la sua risoluzione, sembrano giocare a favore del superamento dell'impostazione tradizionale. In questa prospettiva, alla luce della nuova valenza operativa

concessioni delle sorgenti di acqua minerale" e "per la locazione degli stabilimenti termali" conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli "la piena libertà" di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione⁵⁷; e la sentenza, Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929, ove si legge che il potere di ridurre la penale pattiziamente prevista può essere esercitato d'ufficio, rinvenendo le proprie basi nel principio di solidarietà e nell'obbligo di buona fede e correttezza. Inoltre, sulla figura dell'abuso del diritto si ricordano la notissima sentenza Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Resp. civ.*, 2010, 345, con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Contratti*, 2010, 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Corr. giur.*, 2009, 1577, con nota di F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della cassazione*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147, con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*; Cass. 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, 794, con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*, in cui è stato ritenuto sleale il comportamento di un locatore che pur avendo la possibilità di compensare il proprio debito con il maggior credito vantato dal conduttore ha invocato la risoluzione del contratto per morosità. Secondo i giudici di legittimità, l'esercizio abusivo del diritto di risolvere il contratto incide sulla valutazione della gravità dell'inadempimento (nella specie, i giudici di legittimità hanno cassato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato risolto per morosità un contratto di locazione, senza tener conto che il locatore avrebbe potuto compensare il suo credito con il maggior debito esistente nei confronti del conduttore).

⁵⁶ Cfr. ancora i rilievi critici di F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 62 ss. In termini estremamente semplificate, potrebbe essere sufficiente rilevare infatti che, da un lato, la volontà di negoziare (o, come nel caso in esame, rinegoziare), rappresenta la manifestazione più significativa dell'autonomia contrattuale, dall'altro, ai sensi di uno dei principi cardine consacrato nell'art. 1372 c.c. il contratto «ha forza di legge tra le parti», sicché discorrere di un obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto, non previsto espressamente dai contraenti, può apparire - si ripete, da un punto di vista dogmatico - una contraddizione, che finisce per limitare l'autonomia dei contraenti e la stessa vincolatività del contratto, tanto più in un sistema che "tipizza" il rischio delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti, con la disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità.

riconosciuta al principio di buona fede e, per suo tramite, agli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase dell'esecuzione del contratto, l'adeguamento (eventualmente) conseguente all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata, poiché, al contrario e proprio nel segno della valorizzazione di quest'ultima, ha la funzione di agevolare il compimento dell'risultato contrattuale, allineando il regolamento d'interessi alle mutate circostanze⁵⁷.

La tesi dottrinale che rinviene la fonte dell'obbligo di rinegoziare nel principio di buona fede, operante nelle diverse fasi della vicenda contrattuale, non può che rinvenire una sua logica nel carattere del rapporto perdurante nel tempo per la realizzazione di un dato risultato (non altrimenti conseguibile, se non mediante la strutturazione contrattuale complessa e così, per sua natura, aperta alle tecniche di adeguamento), muovendo dal convincimento secondo il quale l'esistenza di un rapporto contrattuale destinato a durare nel tempo potrebbe implicare un obbligo reciproco dei contraenti di trattare le condizioni della modificazione del contratto, indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti della fattispecie di cui all'art. 1467 c.c.⁵⁸. Si comprende perché la dottrina più autorevole ha collegato l'obbligo di rinegoziare di fonte legale alle c.d. "sopravvenienze atipiche"⁵⁹ (che, per definizione, sfuggono pertanto al-

⁵⁷ R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 724: «[q]uando le parti non hanno previsto, il male minore non consiste nello schiacciarle sotto il peso di una regola ch'essi non avrebbero voluto se solo avessero saputo; ma nell'avvariarle verso l'itinerario che, se informate, avrebbero trovato normale e naturale».

⁵⁸ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 312. Su questo assunto si sono focalizzate le critiche di M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eu. e dir. priv.*, 2003, 480 ss., spec. 489 ss., a parere del quale aderendo alla tesi si verrebbe a costituire un rapporto contraddittorio tra l'art. 1467 e l'art. 1375 c.c., in quanto, anzitutto, sottponendo all'art. 1375 c.c. le fattispecie che esulano dal campo di applicazione dell'art. 1467 c.c. verrebbe disapplicato il "principio di immodificabilità" che discenderebbe dallo stesso art. 1467 c.c. e, in secondo luogo, sul piano del trattamento generale del rischio contrattuale, la contestuale applicazione dei suddetti articoli determinerebbe una regolamentazione dispari di tale rischio, poiché il rischio quantitativo, disciplinato dall'art. 1467 c.c., riceverebbe un "trattamento radicalmente deteriore" rispetto al rischio qualitativo sottoposto all'art. 1375 c.c. e dunque rimesso al "ben più permissivo criterio della buona fede". Per alcune considerazioni iniziali nella nuova riflessione sulle sopravvenienze e sul principio di buona fede quale fonte del dovere di revisione del contratto, cfr. P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 367 ss.

⁵⁹ L'espressione è utilizzata da R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 722, il quale intende sottolineare l'insufficienza della regola legislativa in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta. Distingue invece tra sopravvenienze "qualitative", che inciderebbero sulla prestazio-

l'ambito di applicazione della disciplina sulla eccessiva onerosità sopravvenuta).

Secondo tale ricostruzione, facendo leva sull'art. 1366 c.c., in un contratto a lungo termine sarebbe possibile ipotizzare la comune intenzione delle parti di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto, ove le condizioni pattuite non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto⁶⁰. In altri termini, ai sensi dell'art. 1366 c.c. deve ritenersi che le parti, se ne fossero state a conoscenza, avrebbero comunque trattato sulla base delle condizioni sopravvenute, dal momento che sarebbe stata irragionevole una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà. Ne

ne, e sopravvenienze quantitative, che riguarderebbero soltanto il prezzo, T. MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, 1095 ss., spec. 1098 ss.

⁶⁰ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 313. In senso contrario, v. G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., 807; Id., voce *Rinegoziazione*, cit., 1200, secondo cui le scelte dei contraenti, cristallizzate nel contratto, indicano il rischio che le stesse hanno voluto correre e in base al quale hanno orientato il proprio investimento: «vendendo un terreno per poco prezzo si corre il rischio che, se domani cambierà il piano regolatore, si sarà persa un'occasione di guadagno, laddove se ciò non accadrà si sarà ottenuto il massimo che il mercato in quel momento consentiva. Ed il discorso si rovescia esaminato dal punto di vista dell'acquirente, sicché l'idea che le sopravvenienze impongano la rinegoziazione assume a ben vedere la consistenza di una riallocazione del rischio al di fuori delle strategie e delle scelte imponderabili volute dalle parti». Nell'ottica di quest'ultimo autore «il riferimento alle circostanze in cui fu concluso il contratto è poco persuasivo perché altro non potrà dire se non che quel contratto fu voluto nei modi in cui fu concluso». Nega la possibilità di fondare l'obbligo di rinegoziazione sulla clausola generale della buona fede anche A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., 710, secondo cui siffatto obbligo stravolgerebbe l'equilibrio fra rispetto della volontà e tutela degli interessi che il legislatore ha scelto di adottare e cancellerebbe il fatto che «se non è trasferito da clausole apposte al patto (...) il rischio deve restare a carico della parte su cui incide, come espressione dell'originario calcolo di convenienza». Ad avviso di Gentili l'esistenza dell'obbligo di rinegoziare non è giustificabile neppure in base a ragioni di efficienza, poiché «[f]ar sapere agli imprevedibili e agli sfortunati che la legge li trarrà dai guai scaricando sulle controparti i sovraccosti, incentiva i loro azzardi e disincentiva i loro interlocutori». Un'ulteriore voce contraria è quella di F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 83 ss., il quale, incontrando la propria ricerca sulla problematica relativa ai rapporti tra il potere di autonomia nell'attuazione del rapporto obbligatorio e il fenomeno dell'integrazione del contratto, perviene al risultato di ritenere il potere di autonomia privata sempre presente nel corso dello svolgimento del rapporto contrattuale, ma comunque ad esso esterno, avendone costituito la fonte e il titolo; sicché quest'ultimo assumerebbe un carattere d'intangibilità. Ne deriva che se i contraenti, da un lato, sono liberi di intervenire di comune accordo sul contenuto del contratto, dall'altro lato, non sono obbligati a farlo *ex lege*, mentre le regole sulla buona fede nella fase delle rinegoziazioni entreranno in gioco soltanto quando entrambe le parti decidano volontariamente di rinegoziare i contenuti dell'accordo, o debbano farlo in virtù di clausole di rinegoziazione.

discende che il rifiuto a rinegoziare della parte, *ex art. 1375 c.c.*, si colorerà negativamente, quale comportamento opportunistico e quindi non tutelato dall'ordinamento, con tutte le inevitabili conseguenze, in primo luogo sul piano risarcitorio.

La rilevanza metodologica della ricostruzione non va sottovalutata, in quanto si tratterebbe, in definitiva, di abbandonare le categorie giuridiche cui, con riferimento all'autonomia contrattuale, normalmente si ricorre nell'esame dei contratti di scambio istantaneo (riconducibili al principio *pacta sunt servanda*) e, alla luce della menzionata clausola generale che fa capo al principio di buona fede, porsi in linea con gli esiti degli studi di chi, in una prospettiva caratterizzata dall'approccio socio-economico ai problemi giuridici, sostituendo, nell'ambito della realtà economica particolarmente complessa dei contratti a lungo termine, alla logica egoistica dell'“*advantage taking*”, che favorisce il contraente avvantaggiato dalle condizioni pattuite, quella cooperativa, che viene definita in area anglosassone di “*sharing and cooperation*”, per la quale invece è necessario che le parti contribuiscano lealmente a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto incidenti sull'equilibrio del contratto.

853

5. - Indici normativi e alcune applicazioni giurisprudenziali.

Se per lungo tempo la riflessione sulla rinegoziazione dei contratti e soprattutto la ricostruzione dei relativi obblighi sulla base della clausola generale di buona fede sono apparse, con adesioni e critiche, come una sorta di esercizi teorici, di conseguenza ad uso e consumo esclusivo degli studiosi, va ricordato che all'esigenza di fondo sottostante non è rimasto immune il legislatore, nell'occasionale fluire della legislazione speciale, con disposizioni in cui l'idea della rinegoziazione figura in relazione alla previsione di un procedimento modificativo del contratto, finalizzato alla sua prosecuzione in termini più equi.

È il caso, ad esempio, della disciplina delle locazioni di immobili ad uso abitativo (di cui alla l. 9 dicembre 1998, n. 431, art. 2 e, in precedenza, alla

l. 8 agosto 1992, n. 359, art. 11, comma 2-bis) ⁶¹, così come di previsioni normative sui tassi d'interesse dei mutui (art. 10 l. 30 aprile 1999, n. 136; art. 29 l. 13 maggio 1999, n. 133; art. 128 l. 23 dicembre 2000, n. 388; d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni nella l. 4 agosto 2006, n. 248) ⁶², ed altre ancora espressive dell'interesse dello Stato a intervenire nell'economia ⁶³, come nel caso della concessione di lavori pubblici, che ha trovato recente sistemazione nel cosiddetto "codice degli appalti" (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 133, sulle "compensazioni" in aumento o in diminuzione disposte con decreto del Ministro delle infrastrutture a fronte della regola generale del "prezzo chiuso" e art. 143, comma 8, sulla «necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio») ⁶⁴.

⁶¹ Per riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza, cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 122 s., oltre i richiami contenuti nelle note che seguono.

⁶² Cfr. M.C. TATARANO, *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, Napoli, 2003; sinteticamente, F. GAMBINO, *Rinegoziazione*, cit., 3, il quale rileva come l'uso della parola possa rivelarsi improprio, rendendo più complessa la comprensione del fenomeno giuridico, allorché la tutela giudiziale sia «ben più penetrante e invasiva», ravvisandosi da chi ha indagato il tema la presenza di un diritto potestativo (M.C. TATARANO, *La rinegoziazione nei finanziamenti bancari*, cit., 100 s.). In argomento, si veda altresì: A. PALMIERI, *Legittimità del regolamento sulla rinegoziazione dei mutui edilizi agevolati*, in *Foro it.*, 2003, III, 101; GRASSO, *La rinegoziazione dei mutui agrari e la trasformazione del vincolo di destinazione sui beni in una recente legge della regione Umbria*, in *Nuovo diritto agrario*, 2000, 635; M. NIGRO, *Commento al d.m. 24 marzo 2000 n. 110, regolamento recante disposizioni per la rinegoziazione dei mutui edilizi agevolati*, in *Guida dir.*, 2000, fasc. 19, 16; M. CERNIGLIA, *La rinegoziazione dei mutui: dal rischio di usura a nuove opportunità*, in *Temi romana*, 1998, 283; G. PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari*, cit., 267; G. CAPUTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari - Profili civilistici, penali e fiscali*, in *Il Fisco*, 1998, allegato al n. 38; M. BERTOCCINI, *La rinegoziazione dei mutui*, in *Amm. it.*, 1996, 529.

⁶³ Si tratta, ad esempio: dell'art. 55, comma 9, l. n. 449 del 1997, per la rinegoziazione da parte della pubblica amministrazione dei contratti di fitto locali con privati; dell'art. 5 d.l. n. 444 del 1995 e dell'art. 46 l. n. 488 del 1999, per la rinegoziazione dei mutui con oneri a carico dello Stato. Cfr. G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, cit., 1202 s., il quale ravvisa, nelle disposizioni appena indicate, «un nuovo modo di operare nel governo dell'economia», ma ritiene che il loro carattere contingente non consenta di individuare un nuovo istituto cui possa far capo il diritto e il correlativo obbligo di procedere alla rinegoziazione.

⁶⁴ La seconda disposizione richiamata recita: «(...) Le variazioni apportate dalla stazione appaltante a detti presupposti o condizioni di base [del piano economico-finanziario], nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscono nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio». La conseguenza del mancato accordo sulla revisione è il diritto del concessionario di recedere. In dottrina, un'approfondita analisi delle clausole di rinegoziazione e dell'obbligo di rinegoziare nei contratti con la pubblica amministrazione è svolta da V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2006, 1911, muovendo dalla constatazione dell'assen-

In tempi recenti si è avuta poi la riprova della praticabilità della nuova via, per così dire, anche in sede giurisprudenziale, grazie ad alcune sentenze di merito ove, nell'assenza di un accordo tra le parti, si è ritenuto sussistente un obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto al determinarsi di una sopravvenienza non prevista al momento della conclusione del contratto⁶⁵.

In un primo caso, movendo dall'applicazione dell'antico brocardo facente capo alla formula *rebus sic stantibus* – i contratti di durata continuano ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando le condizioni ed i presupposti di cui hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio rimangono immutati –, il giudice ha affermato che «qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, con la conseguenza che qualora la controparte non accetti alcuna proposta di modifica, essa potrà avvalersi di quegli strumenti dell'ordinamento giuridico predisposti allo scopo di combattere gli effetti pregiudizievoli delle sopravvenienze contrattuali»⁶⁶. Sopravvenienze non meglio specificate in sentenza hanno inoltre indotto altra corte ad affermare l'obbligo di rinegoziazione nell'ambito di un contratto di noleggio di una nave (nella specie, stipulato tra una società italiana e una danese)⁶⁷.

855

za di norme di carattere generale a sostegno dell'istituto della rinegoziazione, ma della presenza di regole particolari che danno spazio alla revisione del contratto mediante procedure negoziate, quali quelle indicate (ma anche, ad esempio, l'art. 6, comma 4, l. 24 dicembre 1993, n. 357, ove si prevede che «tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo»: in argomento, A. STILLO, *Contratti pubblici: la revisione dei prezzi*, in *Contratti*, 2004, 207).

⁶⁵ Ha affermato, di recente, che «la tesi dell'obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata, pur ancora avversata da parte della dottrina, si avvia a diventare sempre più diritto applicato», M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in G. GITTI-M. MAUGERI- M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, 65 ss.

⁶⁶ Trib. Roma, 4 luglio 2011, reperibile sulle banche dati *Pluris*, ove si menziona, soltanto a titolo esemplificativo, il disposto dell'art. 1467 c.c. sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta.

⁶⁷ Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Dir. marittimo*, 2013, 641, con nota di T. CAPURRO, *La rinegoziazione secondo buona fede del contratto di noleggio di nave*, la quale ha affermato il difetto di giurisdizione in un caso in cui una società italiana aveva chiesto la sospensione del contratto di noleggio e la condanna dell'armatore danese al risarcimento dei danni subito a causa del rifiuto di rinegoziare: «[p]oiché l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona

L'obbligo di rinegoziare ha trovato ingresso altresì in due giudizi cautelari *ex art. 700 c.p.c.* Nel primo, concernente un contratto di mutuo fondiario erogato sulla base di una sovvenzione finanziaria (nella specie, regionale), oltre a stabilire che, in base alla clausola generale di buona fede, sussiste l'obbligo di rinegoziare (in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella contemplata dal regolamento contrattuale originariamente divisato), il giudice ha affermato il principio secondo cui, in caso di inadempimento del suddetto obbligo, la sentenza a carattere costitutivo può realizzare gli effetti del contratto modificativo che sarebbe risultato all'esito della rinegoziazione condotta secondo buona fede ovvero, nell'ambito del procedimento cautelare, l'inadempiente può essere obbligato ad eseguire la prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione, corroborando l'ordine con una penale giudiziale ai sensi dell'art. 614-bis c.p.c.⁶⁸.

Nel secondo giudizio cautelare, il giudice ha rilevato l'obbligo di rinegoziazione, in una fattispecie caratterizzata dal collegamento contrattuale, in cui la sopravvenienza imprevista si sostanziava nel mancato perfezionamento di un contratto avente funzione di garanzia, incidente sul complesivo equilibrio dell'operazione negoziale⁶⁹. Attraverso la configurazione

fede ha natura contrattuale, tale natura deve riconoscersi alla violazione di tale obbligo costituita dal rifiuto di rinegoziazione del contratto (nella specie di noleggio) in corso tra le parti ed è quindi applicabile la clausola del contratto che attribuisce competenza esclusiva alle corti inglesi».

⁶⁸ Trib. Bari, 14 giugno 2011 (ord.), in *Contratti*, 2012, 571 ss., con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*. Nella specie, la società ricorrente in via cautelare e urgente *ex art. 700 c.p.c.* aveva stipulato con una banca un mutuo fondiario sulla base di una sovvenzione finanziaria della Regione Puglia. Il contratto, prevedeva un periodo di utilizzo/preammortamento di ventiquattro mesi, al termine del quale la banca avrebbe erogato il saldo e avrebbe avuto inizio il decorso del piano di ammortamento. Ancorché il termine per usufruire dell'investimento fosse stato prorogato con delibera dalla Giunta regionale, decorsi i ventiquattro mesi, la banca, alla luce di quanto stabilito dal contratto, si è rifiutata di corrispondere la somma del saldo residuo, non utilizzato dalla ricorrente, subordinando il pagamento dello stesso alla condizione che la ricorrente presentasse manleva circa l'eventuale successivo diniego della concessione dell'agevolazione in conto interessi da parte della Regione (non soltanto sulla quota ancora da erogare, ma sull'intero finanziamento). Alla luce del prolungamento del termine entro il quale usufruire dell'investimento e di un parere del Comitato Tecnico Consultivo, la ricorrente si è rivolta all'autorità giudiziaria per ottenere l'erogazione del saldo alle condizioni stabilite dalla normativa regionale vigente e la fissazione di una somma di denaro *ex art. 614-bis c.p.c.* per il ritardo nell'esecuzione.

⁶⁹ Trib. Bari, 31 luglio 2012 (ord.), in *Foro it.*, 2013, I, 375 ss. Nella specie, nell'ambito di un contratto di vendita di quote societarie, le parti stabilivano che i venditori avevano l'obbligo di

dell'obbligo di rinegoziazione di uno dei contratti, costituente parte della complessiva fattispecie negoziale, il tema del collegamento contrattuale viene affrontato in una nuova prospettiva, poiché il vincolo funzionale tra le pattuizioni non rileva ai fini della loro caducazione, ma piuttosto nell'ottica della conservazione dell'operazione negoziale⁷⁰.

Da ultimo, quale ulteriore testimonianza delle potenzialità del rimedio contrattuale di tipo manutentivo in esame, questa volta in ambito di procedure concorsuali (nell'epoca ante-riforma, si ricorderà, dal carattere essenzialmente esecutivo e liquidatorio), si segnala la decisione, argomentata con convinzione, con la quale è stata autorizzata, a vantaggio del proponente il concordato, la "sospensione" dei contratti di anticipazione bancaria in corso (così consentendo l'incasso dei crediti da parte della debitrice, con la 'neutralizzazione' della compensazione con il debito bancario), dopo che il giudice ha stigmatizzato il rifiuto della banca di "rinegoziare in buona fede", per il raggiungimento del medesimo risultato, così violando quello che il giudice ravvisa come preciso obbligo, fondato sul principio generale di buona fede nell'esecuzione del contratto⁷¹. Quale

857

costituire in deposito una somma pari all'ammontare del saldo ancora da erogare, conferendo alla banca mandato irrevocabile, ai sensi dell'art. 1723, comma 2, c.c., anche nell'interesse della società (le cui quote erano in vendita). Tale mandato avrebbe dovuto attribuire alla banca il potere di amministrare il denaro e provvedere ad eventuali pagamenti nei confronti dell'acquirente, in caso di specifiche sopravvenienze passive della società. Per garantire l'adempimento dell'obbligo di pagamento del saldo da parte dell'acquirente, i contraenti pattuivano, inoltre, un meccanismo di garanzia, secondo cui un notaio avrebbe dovuto ricevere l'incarico di prendere in consegna tre assegni, per un valore complessivo pari al saldo del prezzo di acquisto, con l'obbligo di restituirli all'acquirente se, entro il termine previsto per effettuare il pagamento, questa avesse esibito copia del bonifico in favore dei venditori, oppure di consegnarli a questi ultimi nel caso in cui non fosse stato effettuato il predetto bonifico e fosse stata dimostrata l'esistenza di un conto corrente cointestato ai due venditori presso la banca mandataria. La banca non accettava il suddetto mandato irrevocabile e sopravvenivano delle passività. Non avendo ancora provveduto al pagamento del saldo, al fine di evitare che il notaio trasmettesse gli assegni ai due venditori, la s.r.l. acquirente ha revocato l'incarico conferito al notaio e ha agito *ex art. 700 c.p.c.* chiedendo, in via principale, la restituzione degli assegni e, in via subordinata, che questi non venissero consegnati ai venditori. Per alcuni rilievi critici sulla soluzione accolta dal Tribunale di Bari, cfr., da ultimo, O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, 224 s.

⁷⁰ In una recente monografia, già ricordata all'inizio, è stata messa in luce l'utilità dell'obbligo di rinegoziare a seguito di eventi che incidano sul singolo frammento negoziale o sull'operazione plurima tra imprese: C. CREA, *Connessioni tra contratti e obblighi di rinegoziare*, cit., spec. 162 ss. e 165 ss., ove è svolto un approfondito esame dell'ordinanza del tribunale barese.

⁷¹ Trib. Bologna, sez. fall., 26 aprile 2013 (decr.), reperibile su www.ildirittodegliaffari.it.

esempio emblematico di “interventismo” giudiziale virtuoso al tempo della crisi, tanto più in stretto dialogo con le elaborazioni in sede teorica e ampiamente motivato sulla base degli studi svolti dalla dottrina cui s’è fatto appena cenno, la decisione appare particolarmente significativa e, senza mezzi termini, in favore della dottrina sostenitrice dell’obbligo di rinegoziazione.

6. - Il riscontro della prassi commerciale: la rinegoziazione nei contratti di approvvigionamento del gas naturale.

Nell’ambito di una riflessione sul problema della rinegoziazione al tempo non può omettersi, dovendo avviare il discorso verso le conclusioni, un cenno alla prassi in un settore nel quale gli accordi contrattuali sono strutturati per regolare un’operazione commerciale di lungo periodo. Si tratta dell’approvvigionamento di energia (in particolare, gas naturale) caratterizzato, com’è noto, da contratti di durata in cui sono contenute clausole *take-or-pay*, con le quali, secondo lo schema più diffuso, l’acquirente si obbliga a ricevere una quantità minima di materia prima per ogni periodo contrattuale, oppure di pagare il prezzo in caso di mancato prelievo. Di qui, l’appellativo *take-or-pay*, tradotto letteralmente: «prendi o paga». Peraltro, da un punto di vista terminologico, l’importanza fondamentale della clausola nell’economica dell’affare induce spesso gli interpreti a discorrere di *take-or-pay contracts*, attribuendo al complessivo contratto, la definizione con la quale è individuata la specifica clausola.

La presenza delle *take-or-pay clauses* afferisce ad un settore del mercato caratterizzato dalla necessità per il produttore di ingenti investimenti iniziali ai fini dell’approvvigionamento della materia prima, nonché da notevoli costi per il trasporto e per l’eventuale stoccaggio. Lo sforzo economico richiede la stipulazione di contratti di fornitura destinati a durare nel tempo (in genere, tra i dieci e i quindici anni), assistiti da pattuizioni che assicurino per l’acquirente una certa flessibilità in ordine alla quantità

di materia somministrata e per il produttore un continuo flusso di entrate nel corso della durata del rapporto contrattuale (c.d. *cash-flow*)⁷².

In questo quadro, l'obbligo dell'acquirente di pagare una determinata somma di denaro, nonostante la mancata ricezione della materia prima, contribuisce a evitare che le fluttuazioni dei prezzi e della domanda incidano negativamente sulla posizione del produttore, in particolare sulla capacità di onorare i propri obblighi finanziari nei confronti degli investitori. In termini generali, la funzione delle clausole *take-or-pay* si sostanzia quindi nella regolamentazione dell'allocazione del rischio: attraverso la clausola, il produttore trasferisce all'acquirente i rischi connessi a variazioni del prezzo o della domanda⁷³.

Nei casi in cui si presentino significativi cali della domanda dei consuma-

⁷² Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 32 ss. Nei contratti in esame le parti si vincolano a determinate «quantità contrattuali» di materia prima. In genere, si individua una quantità annuale (*Annual Contract Quantity*), ricavata dalla quantità media del gas prelevabile in un giorno (*Daily Contract Quantity*). Rispetto alla quantità media giornaliera, l'acquirente gode di una certa flessibilità, poiché ha il diritto – entro definiti limiti – di discostarsi dalla soglia prevista, per rispondere a contingenti esigenze del mercato. Sulla descritta base si innesta il meccanismo della clausola *take-or-pay*, con la quale l'acquirente si obbliga per ogni periodo contrattuale (generalmente, giornaliero od annuale) a chiedere la consegna di una quantità minima di energia (la *Daily* o la *Annual Take or Pay Quantity*) stabilita in percentuale rispetto alla *Daily* o alla *Annual Contract Quantity* o, in alternativa, a pagarne il prezzo. Allo scopo di rendere più equilibrate le posizioni dei contraenti, attenuando la rigidità dell'obbligo di *take-or-pay*, i contratti prevedono dei meccanismi di aggiustamento a favore dell'acquirente, tra i quali, spiccano le clausole denominate nella prassi *make-up*, *carry-forward* e *make-good*. La prima consente all'acquirente di ritirare la materia prima in un momento successivo rispetto a quello del pagamento. La seconda permette all'acquirente di compensare quantità in eccesso prelevate in un periodo, con eventuali prelievi di energia al di sotto della quota *take-or-pay* di un periodo successivo. Con la terza clausola, i contraenti stabiliscono invece che acquisti inferiori alla quota relativa al periodo contrattuale di riferimento vengano compensati con acquisti futuri al di sopra della quota. La differenza rispetto alla clausola *make-up* consiste nella circostanza che l'acquirente non è immediatamente obbligato al pagamento del prezzo, in quanto pagherà soltanto al momento della consegna della materia prima. Per maggiori informazioni, cfr., da ultimo, L. PAROLA, *Contratti di somministrazione di gas naturale take or pay e project finance*, in *Contratti*, 2002, 195 ss.; L. DE GAUDIO, *L'obbligo di take or pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, *ivi*, 2013, 605, spec. 608 ss.

⁷³ Cfr., da ultimo, M. LIBERTINI, *Clausole take or pay e diritto alla concorrenza*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Edizione 2014. Quali regole per il mercato del gas?*, Bologna, 2014, 58 nota 19, secondo cui l'interesse del fornitore, tutelato dalla clausola *take-or-pay*, è «quello di protezione dal mutamento delle condizioni di mercato e dell'evoluzione del bisogno dell'acquirente stesso»; G. CONTE, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di durata per la fornitura di gas naturale*, *ivi*, 63, secondo cui con le clausole in esame «i produttori di gas naturale si sono preconstituiti una sorta di garanzia giuridica in grado di assicurare la remunerazione dei capitali da essi investiti per realizzare e mantenere efficienti impianti di estrazione del gas».

tori, il meccanismo potrebbe risultare eccessivamente pregiudizievole per l'acquirente che, per lunghi periodi, in virtù della clausola *take-or-pay*, è esposto al rischio (dell'obbligo) di pagamento pur non potendo ottenere la materia prima oggetto della fornitura. Il detto rischio, ossia la possibilità che la presenza di clausole *take-or-pay* determini un eccessivo squilibrio ai danni dell'acquirente è di recente divenuto attuale principalmente a causa di due fattori. In primo luogo, la liberalizzazione del mercato dell'energia imposta a livello europeo, che ha indotto i produttori di energia a premunirsi in maniera ancora maggiore rispetto al rischio imprenditoriale dovuto ai significativi costi di estrazione e di trasporto della materia prima; in secondo luogo, la crisi economica e la accresciuta concorrenzialità del mercato, che hanno comportato maggiori difficoltà per l'acquirente, non più in grado di trasferire i costi dell'approvvigionamento sui consumatori finali⁷⁴.

Manifestatasi in tal modo, nell'ambito di un settore economico intuitivamente di particolare rilevanza, l'esigenza di individuare strumenti di tutela efficaci e razionali a favore del somministrato, lo stesso carattere della clausola di distribuzione del rischio nella forma “*take-or-pay*”, così come la lunga durata della relazione che s'instaura tra i contraenti, hanno comportato la valorizzazione dei rimedi detti manutentivi in contrapposizione logica rispetto a quelli “estintivi”. La particolare tipologia della prestazione e gli interessi economici coinvolti nell'affare finiscono per indurre le parti, a fronte di una sopravvenienza imprevista che alteri in modo significativo l'equilibrio del contratto, a proseguire il rapporto contrattuale, dando vita alla trattativa, ossia alla rinegoziazione, per la modifica delle condizioni contrattuali. In tal senso, gli sforzi della dottrina si sono prevalentemente concentrati sullo studio dei detti rimedi manutentivi e, in particolare, sulla configurabilità di un obbligo di rinegoziazione fondato sulla clausola generale di buona fede⁷⁵.

⁷⁴ Per ampi riferimenti alla situazione «italiana», relativa alle aziende Eni ed Edison, v. L. DE GAUDIO, *L'obbligo di take or pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., 612 ss.

⁷⁵ Peralterro, nello specifico settore dell'approvvigionamento del gas è immaginabile altresì l'utilizzazione di strumenti di autotutela, al fine di indurre il produttore a modificare le condizioni dell'accordo. Cfr., ad esempio, la sentenza della *Court of appeals* che nel 1985 ha deciso il caso americano *American Exploration C. c. Columbia gas transmission corp.*, pubblicata in *Rass. giur. energia elettrica*, 1987, 458, con nota di N. MAZZIA, *Dal «natural gas shortage» degli*

7. - Considerazioni conclusive.

Qualche rapidissima considerazione in sede conclusiva. È evidente che gli attuali scenari, anche a causa della durissima crisi che attraversa l'ordinamento trasversalmente, ma incide in modo immediato e diretto sulla disciplina degli affari e dunque sullo strumento normativo dell'autonomia privata per eccellenza impongono di ripensare interamente la materia dell'esecuzione del contratto.

In tal senso, il primo dato, o almeno una delle prime esigenze su cui riflettere, attiene alla rilettura di regole, principi e costruzioni teoriche del diritto dei contratti alla luce delle norme sull'attività d'impresa, rispetto alle quale la disciplina del contratto (specie, se osservata in chiave "generale", così come configurata dal codice civile) sembrerebbe svolgere un ruolo per così dire servente, ancillare e in ogni caso funzionale all'esercizio di detta attività, come del resto la migliore tradizione degli studi di diritto commerciale aveva dimostrato già agli inizi del secolo appena trascorso, in un dibattito di alto profilo, le cui tracce sono andate purtroppo smarrite dopo l'unificazione dei codici.

Il discorso è complesso e articolato, non suscettibile di sintesi in poche battute, ma appare persino che risulterebbe molto più agevole, in tal modo, comprendere il senso di fenomenologie e regole radicate nella prassi, ma non considerate dalla tradizione di pensiero in materia di contratti, se non altro se si osserva il diritto "generale" edificato dalla civilistica ottocentesca sul modello – lo si ricordava in esordio – dello scambio istantaneo finalizzato al trasferimento della proprietà (nell'archetipo tramandato, essenzialmente quella immobiliare fondiaria). Fenomenologie e regole della prassi, si diceva, esposte quindi al rischio di una

861

anni 70 al «natural gas oversupply» degli anni 80: le angosce di una normativa tra «regulation e deregulation» (il «natural gas contracts law» statunitense), secondo cui nel diritto statunitense, la clausola contenuta in un contratto di fornitura di gas, che, in deroga all'obbligo dell'acquirente di prelevare un determinato quantitativo di gas o di pagare l'importo corrispondente («take-or-pay clause»), conferisce allo stesso acquirente la facoltà di ridurre o interrompere temporaneamente i prelievi del gas in base all'andamento della domanda di mercato, rende legittima la riduzione selettiva dei prelievi (consistente nella riduzione dei prelievi in percentuale crescente al crescere del prezzo), anche se programmata allo scopo di indurre il fornitore a ribassare il prezzo delle categorie più costose di gas, quando tale comportamento sia dettato da effettiva difficoltà sperimentata nella rivendita di tali categorie di gas a condizioni convenienti.

sommaria qualificazione – verrebbe quasi da dire, “dequalificazione” – in termini di fattispecie empiriche, che pertanto non meriterebbero lo sforzo del tentativo di una loro riconduzione a sistema, mediante il sapiente uso (attualizzato, va da sé) delle categorie giuridiche civilistiche sedimentate, che continuano, e continueranno inevitabilmente, a suscitare il dibattito sulla loro essenza e sul corretto modo di attribuire loro una funzione nell’opera dell’interprete⁷⁶.

La riflessione ritorna così a incentrarsi sulle opzioni di tipo metodologico, come si diceva in esordio, mentre il rapido elenco delle questioni, meramente riepilogativo ed estremamente sintetico, può servire ad offrire solo una prima idea della complessità della materia, che tuttavia proprio per questo dovrebbe suscitare l’impegno degli studiosi.

Innanzitutto, va ricordata la dimensione temporale del rapporto contrattuale, che certamente non ha costituito sinora motivo di particolare interesse nella tradizione civilistica (di riflesso, nella vicenda della codificazione del 1942), in quanto – anche su questo punto si è già avuto modo di ragionare nelle pagine che precedono – quello disciplinato nel codice civile come contratto “in generale” finisce per mimare la compravendita (non a caso primo dei “singoli contratti” tipizzati dal legislatore nel codice), modello della tipizzazione, ma anche della disciplina generale, nella quale molte regole si spiegano in realtà (solo, si direbbe) in relazione allo schema della vendita (o comunque del contratto traslativo). Se, come sembra ovvio, la vicenda del mutamento delle circostanze si svolge nello scenario giuridico dei contratti la cui esecuzione perdura nel tempo, in vista della realizzazione di un dato risultato, il tempo e l’esecuzione non potranno non avere una dimensione qualificante⁷⁷.

In secondo luogo, benché in astratto tale dimensione temporale possa attenere a qualsiasi contratto, è evidente che l’osservazione empirica della realtà insegna che la rilevanza del tempo e della programmazione dell’at-

⁷⁶ Si può soltanto rinviare, dovendo rinunciare ad approfondire l’esame degli aspetti critici della preziosa riflessione, al recente studio monografico di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013. Più specificamente, muovendo sempre da una riflessione sulle categorie, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d’impresa*, cit., tratta il tema del rapporto tra “contratto” e “attività”, nel senso della valorizzazione di quest’ultima, in sintonia con quanto in queste pagine affermato.

⁷⁷ Cfr. il richiamato studio di M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit.

tività esecutiva è tanto più consistente quanto più il contratto è connesso, sino a identificarvisi, con l'attività economica e dunque l'impresa (ossia l'attività che informa di sé gli atti e i negozi funzionali al suo esercizio)⁷⁸. Anche in questo senso si può cogliere la distanza che intercorre con il contratto sul quale è modellata la disciplina generale del codice civile, ossia il contratto di scambio, non soltanto istantaneo ma anche isolato e occasionale, avulso dal contesto economico in cui è sempre, almeno in punto di fatto, inscrivibile. In questa prospettiva la disciplina del contratto si connette e s'intreccia con quella del mercato, in generale (come nel caso della disciplina *antitrust*) e nello specifico settore in cui l'attività d'impresa si esplica (ed è ancora una volta un dato, quello del rapporto tra regole del contratto e disciplina del mercato, che la disciplina classica non conosce, posto che è con il fenomeno della regolazione che tale rapporto acquista rilevanza giuridica)⁷⁹.

Una terza questione di metodo attiene alla tipologia dei rimedi legali per giungere a una soluzione accettabile dei problemi delle sopravvenienze, che nella concezione classica del contratto di scambio istantaneo e isolato avrebbero potuto trovare spazio tra i rimedi impugnatori, già ricordati come “estintivi” – ciò che è effettivamente accaduto nel codice civile italiano, con la risposta all’insostenibilità o inesigibilità (nel gergo tedesco, la *Unzumutbarkeit* strettamente connessa alla tematica della *Geschäftsgrundlage*) della prestazione eccessivamente onerosa trovata nella risoluzione del contratto –, mentre nella diversa prospettiva della valorizzazione della durata quale dato qualificante del rapporto contrattuale, funzionale (non già alla circolazione dei diritti e in particolare al trasferimento della proprietà di beni, bensì) al raggiungimento di un risultato quale espressione dell’attività d’impresa del contraente, l’esame dei suddetti rimedi richiede una riconsiderazione dell’interno scenario delle tutele contrattuali, in favore di regole che inducano i contraenti a ricercare consensualmente il modo di superare la difficoltà, lasciando al giudice la parola finale in caso

⁷⁸ Sulla “natura” (contrattuale) della “impresa”, in tal senso inscindibile dalla conclusione di contratti a lungo termine, vale sempre il riferimento a R. COASE, *La natura dell’impresa*, cit.

⁷⁹ Si vedano gli spunti nella recente letteratura nazionale in tema di rapporti tra contratto e *antitrust* [G. ZOPPINI-A. OLIVIERI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari-Roma, 2008], ma anche la ricerca sul c.d. “terzo contratto” [G. GATTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, cit.].

di esito negativo della trattativa. Su questo punto, evidentemente, le opzioni riformistiche nazionali si diversificano, anche in ragione di alcuni pregiudizi di fondo, che finiscono per convergere sul ruolo del giudice nelle dinamiche attinenti alla gestione del rapporto contrattuale.

Si dovrebbe poter comprendere meglio, in questa logica, anche il senso di una figura giuridica molto singolare, quale l'obbligo di rinegoziare: tecnica certamente sofisticata per conseguire l'adeguamento del contratto, ma anche particolarmente complessa da elaborare in chiave dogmatica. Per questa ragione, essa appare inesorabilmente esposta a sin troppo semplici critiche, che finiscono per diventare spesso semplicistiche, in merito alla sua dignità a transitare dal piano dell'osservazione empirica, ossia la rinegoziazione intesa come fatto, a quello della giuridicità, nel momento in cui la prospettiva di analisi si rivolga verso la ricostruzione di un obbligo di negoziare (e di concludere il contratto modificativo), con l'esame delle tutele giurisdizionali contro l'inadempimento di una delle parti.

Nel diritto privato al tempo della “crisi”, il solo fatto che la figura appaia incompatibile – *prima facie* addirittura dal carattere eversivo o persino antinomico – rispetto al modello tradizionale dello scambio istantaneo, perciò difficilmente accettabile in termini generali e soprattutto dogmatici⁸⁰, dovrebbe essere non già una ragione valida per chiudere sommariamente

⁸⁰ Può essere sufficiente richiamare il pensiero di M. MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten*, cit., il cui dissenso rispetto alla nuova figura è esplicitato senza riserve sin dall'inizio, non negandosi il ruolo delle *Neuverhandlungspflichten* di fonte contrattuale nella *Kautelarjurisprudenz*; e possono individuarsi anche alcune – a ben vedere, secondo l'autore, poche – fattispecie legali; allo stesso tempo, però, si esclude categoricamente la possibilità di costruire una fattispecie legale generale dell'obbligo di rinegoziare, tanto in relazione alle ipotesi di *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, quanto con riferimento allo scioglimento per effetto della modifica delle circostanze. Nemmeno *de iure condendo*, sostiene sempre l'autore, o alla stregua dell'evoluzione giurisprudenziale (la cosiddetta *richterliche Rechtsfortbildung*) dovrebbe pensarsi a una *Neuverhandlungstheorie* (del resto, la *Schuldrechtsreformkommission* non ha inserito alcuna espressione in tal senso nel § 313 BGB). Anticipando il carattere “*dekonstruktivistisch*” del suo contributo, l'autore afferma così che il suo è un contributo sostanzialmente *destruens* (ossia tende «*zur Fasifizierung der These von den Neuverhandlungspflichten*»), volto a dimostrare che la teoria in esame è in fondo superflua, oltre che giuridicamente erronea. Il pensiero dell'a. è in tal senso esplicitato senza riserve sin dall'inizio, non negandosi il ruolo delle *Neuverhandlungspflichten* di fonte contrattuale nella *Kautelarjurisprudenz*; e possono individuarsi anche alcune – a ben vedere, secondo l'autore, poche – fattispecie legali; allo stesso tempo, però, si esclude categoricamente la possibilità di costruire una fattispecie legale generale dell'obbligo di rinegoziare, tanto in relazione alle ipotesi di *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, quanto con riferimento allo scioglimento per effetto della modifica delle circostanze. Nemmeno *de iure condendo*, sostiene sempre l'autore, o alla

mente il discorso, ma semmai un incentivo per gli studiosi per comprendere se e come le categorie civilistiche vadano riviste e adattate alla realtà dei rapporti sociali, posto che sono questi ultimi il punto di riferimento della riflessione del giurista, rispetto alla quale le categorie svolgono un ruolo ausiliario e funzionale, sicché l'interprete deve avere il coraggio per storicizzarle, ossia comprendere lo sforzo di chi le ha edificate e, con quell'esempio, fare il possibile per renderle ancora oggi concretamente utilizzabili⁸¹.

stregua dell'evoluzione giurisprudenziale (la cosiddetta *richterliche Rechtsfortbildung*) dovrebbe pensarsi a una *Neuverhandlungstheorie* (del resto, la *Schulddrechtsreformkommission* non ha inserito alcuna espressione in tal senso nel § 313 BGB). Anticipando il carattere “*dekonstruktivistisch*” del suo contributo, l'autore afferma così che il suo è un contributo sostanzialmente *destruens* (ossia tende «*zur Fasifizierung der These von den Neuverhandlungspflichten*»), volto a dimostrare che la teoria in esame è in fondo superflua, oltre che giuridicamente erronea.

⁸¹ Estremamente istruttiva, in tal senso, la già ricordata recente riflessione di N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit.