

Matteo de Pamphilis

# **RINEGOZIAZIONE E *DEFAULT RULE***

Il mantenimento  
dei contratti esposti  
a sopravvenienze  
nella prospettiva  
*de jure condendo*

**Bononia**  
University Press



alphabet **3**

Matteo de Pamphilis

# **RINEGOZIAZIONE E *DEFAULT RULE***

Il mantenimento  
dei contratti esposti  
a sopravvenienze  
nella prospettiva  
*de jure condendo*

Bononia  
University Press

Il volume è tratto dalla tesi di dottorato *Sopravvenienze contrattuali. Il mantenimento dei contratti di durata tra diritto nazionale e prospettive di evoluzione europea*. Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Dottorato di ricerca in Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo e internazionale, *curriculum* Diritto civile; ambito Obbligazioni, contratti e responsabilità civile, ciclo XXVIII, depositata in AMSDottorato - Institutional Theses Repository (<http://amsdottorato.unibo.it/>)



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Il testo è stato sottoposto a peer review / This text has been peer reviewed

This work is licensed under a Creative Commons Attribution  BY-NC-SA 4.0  
This license allows you to reproduce, share and adapt the work, in whole or in part, for non-commercial purposes only, providing attribution is made to the authors (but not in any way that suggests that they endorse you or your use of the work). Attribution should include the following information:

Matteo de Pamphilis, *Rinegoziazione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de jure condendo*, Bologna: Bononia University Press, 2020

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons  BY-NC-SA 4.0  
Questa licenza consente di riprodurre, condividere e adattare l'opera, in tutto o in parte, esclusivamente per scopi di tipo non commerciale, riconoscendo una menzione di paternità adeguata (non con modalità tali da suggerire che il licenziante avalli l'utilizzo dell'opera). La menzione dovrà includere le seguenti informazioni:  
Matteo de Pamphilis, *Rinegoziazione e default rule. Il mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze nella prospettiva de jure condendo*, Bologna: Bononia University Press, 2020

Bononia University Press  
Via Ugo Foscolo 7  
40124 Bologna  
tel. (+39) 051 232882  
fax (+39) 051 221019  
[www.buonline.com](http://www.buonline.com)

ISSN 2724-0290  
ISBN 978-88-6923-607-5  
ISBN online 978-88-6923-608-2

Progetto grafico e impaginazione: Design People (Bologna)  
Prima edizione: giugno 2020

*Dileguato il sogno, che fece dell'uomo l'imperatore dell'universo  
e vide nella terra la prima sede del mondo,  
intorno a cui si aggiravano il sole e le stelle,  
persero la maestà terrestre e l'umana in un col trono l'impero,  
e la potenza dell'uomo sulle forze della natura  
non apparve maggiore che l'importanza del nostro Globo,  
impercettibile a petto degli astri innumerevoli e sterminati,  
che popolano il firmamento*

Giorgio Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano  
esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*,  
Torino, rist. 1927 (ed. originale 1876-87), 207 s.



# INDICE

<b>ABBREVIAZIONI RICORRENTI</b>	11
<b>PREMESSA</b>	13
<b>INTRODUZIONE</b>	15
PARTE I	
<b>SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI E CONTRATTI DI DURATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: ALLA RICERCA DI UN RIMEDIO GENERALE MANUTENTIVO</b>	
CAPITOLO 1	
<b>LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEL DIRITTO ITALIANO, TRA FATTISPECIE CODIFICATE E IPOTESI ATIPICHE</b>	27
1.1 Impossibilità sopravvenuta della prestazione: la dialettica tra l'esigibilità della prestazione e l'interesse del creditore all'adempimento	27
1.2 L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti a prestazioni corrispettive: caratteri e limiti del rimedio di cui all'art. 1467 c.c.	31
1.3 Il venir meno della presupposizione come ipotesi atipica di sopravvenienza contrattuale	35
1.4 L'ipotesi di lavoro e i criteri direttivi nello studio dei rimedi alle sopravvenienze contrattuali	39
CAPITOLO 2	
<b>IL CONTRATTO DI DURATA: LA RILEVANZA DEI CARATTERI STRUTTURALI E DEGLI INTERESSI SOTTESI NELLA FASE ESECUTIVA</b>	41
2.1 Il fattore tempo come elemento qualificante, sotto il profilo causale, dei contratti di durata	41
2.2 La valutazione soggettiva dell'operazione economica e l'influenza dei costi transattivi sulla determinazione dell'equilibrio tra le prestazioni	44
2.3 L'esecuzione del contratto di durata e il ruolo del parametro della buona fede (o correttezza)	49

CAPITOLO 3	
<b>SOPRAVVENIENZE E RIMEDI: VERSO LA CONFIGURAZIONE DI UN RIMEDIO MANUTENTIVO DI ORDINE GENERALE</b>	53
3.1 L'emersione dell'interesse alla conservazione dei contratti di durata esposti a sopravvenienze, nell'ambito dei regolamenti contrattuali e delle discipline di settore, quale fondamento della configurazione di un rimedio manutentivo di ordine generale	53
3.2 Il rimedio manutentivo di ordine generale tra ipotesi interpretative e operatività della regola dell'art. 1467 c.c.	58
CAPITOLO 4	
<b>IL DOVERE DI RINEGOZIARE: PRINCIPI ISPIRATORI, STRUTTURA E MECCANISMO APPLICATIVO</b>	63
4.1 Il dovere di rinegoziare nella dialettica tra autonomia privata e giustizia contrattuale	63
4.2 Gli obblighi delle parti in vista del mantenimento del contratto	69
4.3 Il meccanismo di applicazione del rimedio manutentivo	73
CAPITOLO 5	
<b>IL RIMEDIO MANUTENTIVO NELLA PROSPETTIVA <i>DE JURE CONDENDO</i></b>	81
PARTE II	
<b>LE CARATTERISTICHE STRUTTURALI DEI CONTRATTI DI DURATA E L'ADEGUATEZZA DEI RIMEDI PER IL GOVERNO DELLE SOPRAVVENIENZE NELLA PROSPETTIVA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO</b>	
CAPITOLO 1	
<b>PREMESSA: IL RAPPORTO DIALOGICO TRA REGOLE DEL MERCATO E NORME GIURIDICHE NELLA RICERCA DI UN RIMEDIO MANUTENTIVO</b>	89
CAPITOLO 2	
<b>L'INCOMPLETEZZA CONTRATTUALE NELLA SUA RILEVANZA ECONOMICA: DAL MODELLO ASTRATTO DELLA CONTRATTAZIONE VERSO IL REALISMO DELLE PREMESSE</b>	93
CAPITOLO 3	
<b>L'INCOMPLETEZZA DEI CONTRATTI DI DURATA: DA IPOTESI ECCEZIONALE A ELEMENTO STRUTTURALE DELLA FATTISPECIE</b>	99
CAPITOLO 4	
<b>LA SELEZIONE DEI RIMEDI IN VISTA DEL MANTENIMENTO DEL CONTRATTO: PROSPETTIVE DI APPROCCIO, REGOLE DI <i>DEFAULT</i> E RINEGOZIAZIONE, NEL GOVERNO DELLE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI</b>	109
4.1 Gli ambiti e le prospettive di operatività dei rimedi legali, in rapporto al libero esercizio dell'autonomia negoziale	110
4.2 Funzione di incentivo e adeguatezza del rimedio nella scelta tra tutela risarcitoria e tutela inibitoria	113

4.3 La rinegoziazione e il ruolo della <i>default rule</i> nella costruzione di un meccanismo rimediale tendenzialmente manutentivo	117
CAPITOLO 5	
<b>LA PROPOSTA DI INTERVENTO LEGISLATIVO IN MATERIA DI RINEGOZIAZIONE ALLA PROVA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO</b>	125
PARTE III	
<b>LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI TRA PROGETTI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI E PROSPETTIVE DI RIFORMA</b>	
CAPITOLO 1	
<b>PREMESSA: LE DOTTRINE DELLO SQUILIBRIO NEGOZIALE E IL RUOLO DELLA BUONA FEDE</b>	131
CAPITOLO 2	
<b>I PROGETTI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI E IL MODELLO RIMEDIALE PER IL GOVERNO DELLE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI</b>	137
CAPITOLO 3	
<b>LA BUONA FEDE, L'AUTONOMIA PRIVATA E L'INTERVENTO REGOLATORE TRA MODELLO CONSENSUALISTICO E MODELLO CONSERVATIVO</b>	145
3.1 L'incompletezza contrattuale e la funzione del dovere di buona fede	145
3.2 Gli spazi di un intervento regolatore e l'opportunità di introdurre una <i>default rule</i>	149
3.3 Il dovere di rinegoziazione tra modello consensualistico e modello conservativo	153
CAPITOLO 4	
<b>IL GIUDIZIO DI EFFICIENZA DELLE SOLUZIONI ADOTTATE NEI PROGETTI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI</b>	159
CAPITOLO 5	
<b>PER UN CONTRIBUTO ALLA RIFORMA DEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI RINEGOZIAZIONE</b>	171
<b>OSSERVAZIONI CONCLUSIVE</b>	175
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	187
<b>RINGRAZIAMENTI</b>	207



# ABBREVIAZIONI RICORRENTI

art./artt.	=	Articolo/Articoli
C.	=	Corte di cassazione (civile)
c.c.	=	Codice civile
C. cost.	=	Corte costituzionale
CEC	=	<i>Avant-projet de Code européen des contrats</i>
co.	=	Comma
Cost.	=	Costituzione della Repubblica italiana
d.l.	=	Decreto legge
d.lgs.	=	Decreto legislativo
DCFR	=	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
DDL	=	Disegno di legge
ICC	=	<i>International Chamber of Commerce</i>
l.	=	Legge
PECL	=	<i>Principles of European Contract Law</i>
RPECL	=	<i>Revised Principles of European Contract Law</i>
T.	=	Tribunale
u.c.	=	Ultimo comma
UPICC	=	<i>Unidroit Principles of International Commercial Contracts</i>



# PREMESSA

Mi è stata offerta – e ne sono grato – la possibilità di pubblicare i risultati di una ricerca che ha occupato buona parte del mio studio postuniversitario. Si è trattato di un percorso avvincente e stimolante, nel quale ho cercato di far emergere i profili più attuali e intriganti di un tema divenuto oramai un “classico” del diritto civile contemporaneo.

Senza dunque l’analiticità e l’ampio respiro delle opere monografiche che ho avuto la fortuna di consultare nella preparazione di questo volume<sup>1</sup>, ho tentato di sostenere una tesi, con la linearità e la persuasività che il lettore potrà giudicare meglio di chiunque altro.

La mia tesi è che i tempi siano maturi per il riconoscimento, anche da parte del legislatore, di un’esigenza che emerge dalla società civile e che gli interpreti hanno già chiaramente delineato nei suoi tratti essenziali e non solo. Quella di poter disporre di appropriati ed efficaci strumenti per il governo delle sopravvenienze contrattuali, nella prospettiva dell’adeguamento e, quindi, del mantenimento dell’accordo negoziato.

Il fatto che il legislatore italiano paia prossimo a intervenire anche in tal senso sul codice civile<sup>2</sup> tutto dimostra fuorché la correttezza della mia tesi e delle sue premesse. Si è spesso in ottima compagnia, dalla parte del torto.

---

<sup>1</sup> Tra i più recenti studi, meritano senza dubbio una menzione i lavori di Grisafi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016, e di Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

<sup>2</sup> Si allude al disegno di legge di iniziativa governativa n. 1151, presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri Conte, di concerto con il Ministro della Giustizia Bonafede e comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica in data 19 marzo 2019, consultabile all’indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01106422.pdf>. In particolare, si veda l’art. 1, co. 1, lett. i). In argomento, vedi Balestra, Cuffaro, Scognamiglio, Villa, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 589 ss.; Macario, *Dalla risoluzione all’adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, *Foro it.*, 2020, V, 102 ss. (vedi anche Id., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129; Id., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020, 3). Per altri versi, la recentissima iniziativa emergenziale assunta dal Governo italiano nel contrasto della pan-

Infatti, il grande interrogativo che resta sullo sfondo e che – anche nella prospettiva della riforma – ho tentato di sciogliere riguarda il *come* realizzare un simile intervento innovativo.

Non posso dunque che essere grato a chi vorrà confrontarsi con le pagine che seguono, anche solo rinvenendovi lo spunto per nuove e migliori ricerche.

Bologna, maggio 2020.

MdP

---

demia da SARS-CoV-2 ha comportato l’inserimento, oltreché di disposizioni destinate a integrare specifici rapporti contrattuali (quali quelli derivanti dall’acquisto di biglietti per l’accesso a manifestazioni culturali o per la fruizione di servizi turistici; cfr. Santagata, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020; Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, *ivi*, 1 aprile 2020), della più generale previsione di cui all’art. 91, co. 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (recante “Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”). Norma, quest’ultima, volta ad “ammonire” il giudice a valutare sempre la necessità di una parte di conformarsi alle misure di contenimento della diffusione del contagio da nuovo coronavirus «ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Tale complessivo intervento – prescindendo da valutazioni sulla “cogenza” della norma da ultimo richiamata (Roppo, Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall’emergenza sanitaria all’emergenza economica*, in *giustiziainsieme.it*, 28 aprile 2020, 6) – può essere letta come un segnale della preoccupazione del legislatore di scongiurare (o quantomeno di contenere i costi) una “impennata” di risoluzioni contrattuali dettate da inadempimenti “imposti” dalle misure di contenimento, in un’ottica senz’altro manutentiva dei contratti e dei valori con essi e in essi negoziati. In argomento, cfr. Sparano, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell’unitarietà*, in *giustiziacivile.com*, 28 aprile 2020, 3, il quale prefigura un’applicazione generalizzata dei rimedi manutentivi previsti dal legislatore in relazione a specifiche fattispecie negoziali, stante l’identità della sopravvenienza rilevante; Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, *ivi*, 6 maggio 2020; Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell’isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”*, in *Contratti*, 2020, 213 ss.; Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020; Morello, *Effetti sui contratti dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l’applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, *ivi*, 27 aprile 2020, 10 ss.; Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull’emergenza epidemiologica da Covid-19*, *ivi*, 21 aprile 2020; Bergamaschi, *L’esecuzione dei contratti ai tempi del coronavirus*, in *quotidianogiuridico.it*, 21 aprile 2020; Monteverde, *L’incursione del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 in tema di obbligazioni non adempite e responsabilità del debitore*, in *IlCaso.it*, 20 aprile 2020, e ora in Irrera (a cura di), *Il diritto dell’emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020, 140 ss.; Benedetti, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020; Id., *Il “rapporto” obbligatorio al tempo dell’isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, *ivi*, 3 aprile 2020; Dolmetta, *«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell’obbligazione*, in *IlCaso.it*, 11 aprile 2020; Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell’epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020; Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al COVID-19*, *ivi*, 25 marzo 2020; Lazoppina, *Coronavirus: impossibilità sopravvenuta della prestazione e forza maggiore*, in *Dir. giust.* (online), 13 marzo 2020.

# INTRODUZIONE

*Chiunque i lidi incautamente afferra  
Delle Sirene, e n'ode il canto, a lui  
Nè la sposa fedel, nè i cari figli  
Verranno incontro su le soglie in festa<sup>1</sup>.*

Ulisse e i suoi compagni di viaggio hanno concluso un accordo; potremmo dire un contratto. Questi legheranno Odisseo all'albero maestro della nave, per consentirgli di udire il canto delle Sirene senza esserne mortalmente attratto.

Udito il canto delle Sirene, però, Ulisse ha cambiato idea e chiesto con gesti eloquenti ai compagni (resi sordi dai celebri tappi di mollita cera) di sciogliere i suoi legami, per essere lasciato libero di andare incontro al bel prato dal quale provengono quelle voci armoniose.

Fortunatamente per Odisseo e per i suoi compagni, l'accordo originariamente raggiunto prevedeva una specifica clausola volta a disciplinare le conseguenze del sopravvenuto mutamento di circostanze.

Grazie alla profezia della maga Circe, infatti, Ulisse e i marinai avevano concordato che, qualora lui li avesse implorati di lasciarlo libero, questi avrebbero al contrario ulteriormente stretto i lacci che lo avvingevano all'albero della nave.

Una clausola di allocazione del rischio delle sopravvenienze contrattuali – frutto delle profezie di una maga e del proverbiale acume di Odisseo – tanto perfetta ed efficace quanto, ahinoi, assai rara nelle prassi negoziali.

Questo carattere di rarità si dimostra trasferendo il discorso su di un piano ben più prosaico e contingente. Infatti, il periodo nel quale questo volume va in stampa impone quantomeno una brevissima riflessione sulle ricadute giuridiche della pandemia di SARS-CoV-2 (virus responsabile della malattia nota col nome di COVID-19) in corso e dei provvedimenti straordinari e urgenti adottati per contrastarla.

---

<sup>1</sup> Omero, *Odissea*, trad. it. Ippolito Pindemonte, Verona 1822, XII, vv. 55-58.

Ci troviamo di fronte all'evento «non bellico più imprevedibile, senza precedenti e grave nella storia contemporanea mondiale»<sup>2</sup> il quale, tra i tanti e più tragici effetti, senza dubbio inciderà significativamente sulle dinamiche negoziali<sup>3</sup>. E lo farà, se non altro, quale circostanza potenzialmente integrante gli estremi dell'impossibilità (quantomeno temporanea) o dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, idonea a fondare la richiesta di risoluzione del contratto.

In questa prospettiva, da un lato, pare ancora più attuale e urgente la necessità di dotare gli operatori economici e quelli del diritto di efficaci strumenti per consentire, ove possibile e nell'ottica del necessario mantenimento della circolazione della ricchezza, di «salvare» i contratti esposti a sopravvenienze<sup>4</sup>. Dall'altro lato, risulta ancor più lampante un'evidenza empirica sulla quale pure avremo modo di intrattenerci (anche in un'ottica giuseconomica) e che emerge *a contrario* dal breve «gioco letterario» che precede: vi sono eventi sopravvenuti di tale singolarità, portata e incidenza sulla placida realtà delle cose, da fare scolorare rapidamente ogni umano tentativo di previsione, anche negoziale.

---

<sup>2</sup> Vedi Tilli, *Contratti e Covid19: ipotesi e soluzione nello scenario dei possibili inadempimenti futuri*, in *Dir. giust.* (online), 30 marzo 2020. Secondo De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziavivile.com*, 27 marzo 2020, 5, le circostanze straordinarie della pandemia, «lette» alla luce dei valori costituzionali «non possono lasciare l'interprete indifferente alla incidenza di tali valori nella costruzione del rapporto di dare/avere, pervenendo così ad una valutazione solo economica dell'obbligazione». La rilevanza «emergenziale» delle misure assunte dal Governo è posta in luce da Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *questionegiustizia.it*, 18 marzo 2020.

In riferimento all'impatto dell'emergenza epidemiologica sul tessuto produttivo e alle possibili prospettive di ristrutturazione imprenditoriale, cfr. Schivardi, *Come evitare il contagio finanziario alle imprese*, in *lavoce.info*, 24 marzo 2020; Fimmano, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in *ilCaso.it*, 1 aprile 2020 e in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2020.

<sup>3</sup> Cfr. Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., 3 ss.; Roppo, Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., 2. In termini distintivi, cfr. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziavivile.com*, 29 aprile 2020, 10 s., per il quale non si sarebbe di fronte a un problema di crisi del contratto ma di crisi dell'impresa, che andrebbe dunque affrontato con gli strumenti del diritto della crisi d'impresa e non con quelli del diritto dei contratti.

<sup>4</sup> In argomento, con specifico riferimento al ruolo della clausola generale della buona fede, al principio di solidarietà e al ruolo dell'intervento del legislatore nell'emergenza da COVID-19, cfr. Macario, *Sopravenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129 ss.; Id., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., 7 s.; Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziavivile.com*, 15 aprile 2020, 4 ss.; Roppo, Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., 10; Chiarella, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziavivile.com*, 1 aprile 2020; Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., 9.

Questa ricerca esamina, per l'appunto, il tema delle sopravvenienze contrattuali. Nello specifico, indaga la configurabilità di un rimedio manutentivo per i contratti di durata esposti a sopravvenienze perturbative dell'equilibrio sinallagmatico.

Lo studio è condotto in una triplice prospettiva: quella dell'ordinamento italiano, quella dell'analisi economica del diritto e quella dell'armonizzazione – a livello europeo e internazionale – del diritto dei contratti.

Anzitutto, come detto, vengono prese in esame le soluzioni delineabili alla luce dell'evoluzione del diritto vivente italiano e dei contributi della dottrina. Punto di partenza è l'analisi delle previsioni normative vigenti, predisposte per le ipotesi generali o speciali in cui il legislatore è chiamato a disciplinare il concreto sviluppo dei rapporti contrattuali di durata. Focalizzare l'attenzione sul dato normativo consente di evidenziare gli indici di sensibilità che il nostro ordinamento manifesta nei confronti delle caratteristiche proprie di questi particolari contratti e delle esigenze espresse dai soggetti che quotidianamente li concludono.

Infatti, la portata dei rimedi codificati può essere meglio valutata, anche in termini critici, muovendo da un inquadramento della fattispecie “contratti di durata”. In essi, la durata sposta il baricentro degli interessi perseguiti dalle parti dalla fase genetica (statica), presidiata dalle norme in tema di validità, a quella attuativo-esecutiva (dinamica), nella quale il rapporto si dispiega. In altri termini, il fattore tempo si presenta come elemento qualificante, sotto il profilo causale, del contratto di durata.

È dunque alla luce di tali premesse che deve essere studiato il tema delle sopravvenienze, quali eventi perturbativi dell'equilibrio sinallagmatico. Eventi “imprevedibili” in una duplice accezione. In senso soggettivo, ove si faccia riferimento a specifici accadimenti non previsti dalle parti all'atto della stipula (potremmo parlare di imprevedibilità “patologica”). Ma anche imprevedibili in senso oggettivo, intendendosi che l'ordinaria incompletezza dei contratti (soprattutto di quelli di durata) impedisce e anzi sconsiglia alle parti di negoziare regole dettagliate per il governo di sopravvenienze assai probabili nell'*an*, ma incerte nel *quomodo* (si potrebbe anche parlare, quindi, di una imprevedibilità “fisiologica”).

In tale cornice, risultano di vitale importanza le regole dettate dal legislatore per l'attribuzione del rischio delle sopravvenienze contrattuali. Nel codice civile vigente, la norma di riferimento è l'art. 1467 c.c., chiamato a dialogare con le clausole generali – in particolare quella di buona fede oggettiva o correttezza – che il codice fissa anche con riguardo all'esecuzione del contratto.

La previsione di un rimedio generale per l'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta senza dubbio dimostra l'attenzione riservata dal legislatore del codice civile al problema delle sopravvenienze contrattuali. Tuttavia, l'art. 1467 c.c. presenta un'impostazione di carattere ablativo. Il contraente svantaggiato dagli effetti della sopravvenienza, infatti, si trova di fronte a un'alternativa piuttosto "secca". Da una parte, può decidere di pagare il prezzo della sopravvenienza sfavorevole, accettando di subirne gli effetti pur di conservare il contratto concluso. Dall'altra, può chiederne la risoluzione; scelta, questa, a sua volta fonte di conseguenze potenzialmente penalizzanti. Infatti, il contraente svantaggiato, mentre incrina (a mezzo della domanda di scioglimento del contratto) il rapporto di fiducia e cooperazione con la controparte negoziale, comunque non si garantisce l'esito risolutorio. La risoluzione, come ovvio, potrà essere pronunciata solo a seguito di un giudizio irto di incertezze. Un giudizio nel quale il giudice sarà chiamato a esercitare la propria discrezionalità nel valutare, fra l'altro, l'eccessività dell'onere sopravvenuto, la straordinarietà e l'imprevedibilità dell'avvenimento perturbativo (art. 1467, co. 1, c.c.), nonché l'estensione dell'alea normale del contratto (art. 1467, co. 2, c.c.). Un giudizio che, dunque, ben potrebbe concludersi con una sentenza di rigetto che vincolerebbe il contraente svantaggiato all'adempimento del contratto "squilibrato", in un rapporto divenuto "ostile".

Il tutto mentre, sullo sfondo, aleggia lo spettro dell'offerta di riconduzione a equità (art. 1467, co. 3, c.c.), espressione di un diritto potestativo conferito alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza e, dunque, alla parte (ordinariamente) meno interessata a riscrivere le regole pattizie.

Muovendo da tale rudimentale verifica dei concreti effetti dell'applicazione delle regole generali codificate, autorevole dottrina ha posto in luce come il discorso intorno al problema del governo delle sopravvenienze contrattuali sia suscettibile di essere ripensato. In primo luogo, ampliando lo spettro di osservazione si da prendere in considerazione l'incidenza delle clausole generali, quali ventili dei principi costituzionali destinati a operare anche nell'ambito dei rapporti tra privati. In secondo luogo, arricchendo lo studio della problematica con un'analisi empirica finalizzata a considerare specificamente e in concreto i caratteri propri della contrattazione di durata. Modello, quest'ultimo, che si discosta sensibilmente da quello della contrattazione istantanea<sup>5</sup>, il quale come noto ispira la gran parte della disciplina del codice civile in tema di obbligazioni e contratti.

---

<sup>5</sup> Vedi sul punto Brizzolari, Cersosimo, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, in *Contratti*, 2019, 97 ss.

Collocandosi nel solco così tracciato, l'analisi delle dinamiche formative dei contratti di durata consente di far emergere lo stretto rapporto che intercorre tra i peculiari interessi che le parti perseguono mediante la contrattazione e i principi solidaristico-cooperativi (come detto invertei nelle clausole generali) chiamati a sovrintendere alla fase esecutiva della relazione di durata. In altri termini, proprio la necessità di legarsi in un rapporto che presenta un rischio intrinseco di subire alterazioni – segnatamente sotto il profilo economico – condiziona in concreto le parti, nel predeterminare l'equilibrio tra le reciproche prestazioni. Da un lato, infatti, esse dovranno tenere in considerazione l'opportunità di evitare gli eccessivi costi transattivi necessari a “normativizzare” un ampio spettro di ipotesi di sopravvenienze. Dall'altro e conseguentemente, i contraenti saranno spinti a fare affidamento sul canone della buona fede nell'esecuzione del contratto, come strumento per conseguire efficacemente il risultato perseguito mediante l'operazione economica posta in essere.

Si avverte, quindi, l'esigenza di trasformare la buona fede da principio “di abbellimento” di una normativa incentrata sulla regola *pacta sunt servanda* in strumento operativo di emersione dell'altrettanto tradizionale (e non ignota al legislatore del codice) clausola *rebus sic stantibus*. In concreto, la necessità di tutelare l'interesse alla conservazione delle utilità rivenienti in favore di entrambe le parti dal regolare adempimento del contratto di durata costituisce l'innescio della ricerca di una soluzione. L'obiettivo è invece quello di delineare un rimedio manutentivo, qualificabile come dovere di rinegoziazione e deputato a riequilibrare il rapporto tra le prestazioni, nell'ambito dell'alea normale del contratto.

A tale risultato può giungersi per due vie. L'una, quella del ricorso agli strumenti attualmente a disposizione degli interpreti; l'altra, quella della riforma del codice civile. Per questo, la prima fase della ricerca presenta una conclusione bifronte.

In primo luogo, vengono tratteggiati i principi ispiratori, la struttura e il meccanismo applicativo di un rimedio di matrice interpretativa. Esso si estrinseca nella ricollocazione “sistematica” dell'art. 1467 c.c., che passerebbe dall'essere norma rimediale di livello primario a clausola di salvaguardia contro l'abuso del diritto nell'adempimento del dovere di (intraprendere una seria trattativa per) rinegoziare il contratto esposto a sopravvenienze. Specularmente, tale dovere di trattare per la rinegoziazione, quale espressione del più generale dovere di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, assurgerebbe invece al rango di rimedio primario teso a tutelare il reciproco interesse alla prosecuzione del rapporto. Solo, dunque, a seguito del fallimento di una trattativa finalizzata alla rinegoziazione del contratto, si potrebbe accedere al rimedio ablativo, quale

clausola di salvaguardia contro comportamenti opportunistici della parte svantaggiata (qualora la sopravvenienza non vi sia o non giustifichi la rinegoziazione) o di quella avvantaggiata (qualora opponga un irragionevole rifiuto o un contegno dilatorio, per lucrare gli effetti positivi della sopravvenienza).

Un dovere di rinegoziazione così ricostruito – presidiato dalla clausola generale di buona fede e dall'applicabilità residuale del rimedio ablativo di cui all'art. 1467 c.c. – consente altresì di configurare un'ipotesi di responsabilità contrattuale da inadempimento del dovere medesimo (cosiddetta *culpa in recontrahendo*), fonte del diritto al risarcimento del danno quantificabile sia in ragione della maggiore onerosità assunta dalla prestazione, sia dell'applicazione dell'art. 1227 c.c., norma che esprime un chiaro favore per l'atteggiamento di cooperazione tra debitore e creditore<sup>6</sup>.

Tale preliminare approdo non esaurisce, tuttavia, l'esame delle ipotesi di rimedi manutentivi configurabili. Segnatamente, deve essere tenuto in considerazione anche il crescente interesse, emergente nel dibattito dei giuristi, per strumenti rimediali (non privi di profili di criticità) che coinvolgono direttamente e in un ruolo di primissimo piano l'operato del giudice, chiamato a intervenire sul contratto al fine di modificarlo, riequilibrandolo, per mantenerlo in vita.

Come si è avvertito, una simile riflessione conclusiva non può prescindere dalla prospettiva *de jure condendo*, esaminando criticamente le soluzioni riformatrici che si affacciano sul panorama legislativo contemporaneo. Si allude alla delega legislativa in via di conferimento al Governo per la riforma del codice civile, dei cui principi e criteri direttivi uno sarebbe finalizzato alla previsione del «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti»<sup>7</sup>.

Nella sua seconda parte, la ricerca si rivolge all'analisi economica del diritto, quale disciplina utile a enucleare, in concreto, gli elementi caratterizzanti la contrattazione di durata.

Dialogando con le norme giuridiche, i principi di analisi economica del diritto consentono di vagliare più nello specifico problematiche quali l'incompletezza contrattuale, la razionalità limitata e la non onniscienza degli operatori

---

<sup>6</sup> Sul tema dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione e su quello, connesso, del risarcimento del danno, vedi Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 67 ss., 286 ss.

<sup>7</sup> Cfr. art. 1, co. 1, lett. i), DDL Senato n. 1151/2019, cit.

economici. Lo studio di simili problematiche – anche con il supporto dell’elaborazione giurisprudenziale che se ne è avuta in ambito anglosassone – è di estremo interesse per il giurista. Nella materia in discorso, infatti, risulta indispensabile recuperare un adeguato grado di realismo delle premesse, ad esempio assegnando all’incompletezza dei contratti di durata (ovverosia la possibilità che essi siano colpiti da sopravvenienze perturbative non adeguatamente prese in considerazione dagli stipulanti) il ruolo di elemento strutturale della fattispecie (e non di mero esito patologico del rapporto).

Tali considerazioni si riflettono – sempre nella prospettiva dell’analisi economica del diritto – sul piano dei rimedi. Infatti, il legislatore, nella selezione degli strumenti rimediali, è in grado di costruire e trasmettere utili incentivi per favorire comportamenti responsabili e corretti delle parti.

Occorre, dunque, chiedersi quale sia la regola rimediale di *default* più adeguata ed efficiente per incentivare – pur nel rispetto dell’autonomia negoziale – una gestione corretta e responsabile delle sopravvenienze contrattuali. Tale riflessione andrà condotta bilanciando la tutela giudiziale (anche risarcitoria) e quella negoziale, volta cioè a lasciare all’autonomia privata (chiamata nuovamente a esprimersi, nella rinegoziazione) il compito di decidere la sorte del contratto. Il tutto, tenendo in considerazione – anche nella segnalata prospettiva *de jure condendo* – il rilievo della tecnica normativa di volta in volta prescelta, nel rapporto tra disciplina imperativa e *default rule*.

Nella terza e conclusiva parte della ricerca, vengono presi in esame più da vicino i progetti di armonizzazione del diritto europeo e internazionale dei contratti, cui si è già accennato. Tali progetti suscitano un particolare interesse in quanto promanano da istituzioni che, perseguendo un’opera di armonizzazione del diritto, sono chiamate a fare i conti, da un lato, con differenti tradizioni giuridiche, dall’altro, con le esigenze pratiche che emergono dal mercato, anch’esso sulla via dell’armonizzazione (o globalizzazione).

Nell’esame delle regole dettate in tali sedi, vengono recuperati tanto il discorso sui principi generali che governano l’espressione dell’autonomia contrattuale, quanto quello sull’analisi economica delle soluzioni via via prospettate. Il risultato è la conferma della centralità di entrambi i predetti approcci (giuridico ed economico) nella formazione delle future regole comuni.

Pur con le inevitabili differenze, le soluzioni elaborate in sede sovranazionale rispondono a un modello unitario. Tale modello è conformato a partire dalla fattispecie concreta problematica di un contratto esposto agli effetti perturbativi di una sopravvenienza imprevista, al di fuori del controllo e della sfera di rischio (sovente espressamente delimitata) della parte pregiudicata,

nonché tale da alterare l'equilibrio fondamentale del rapporto (per l'eccessiva onerosità o l'eccessivo svilimento di una prestazione). In tale ipotesi, le parti sono tenute a rinegoziare secondo buona fede l'accordo, su iniziativa del debitore della prestazione afflitta, il quale è onerato della dimostrazione della sussistenza dei requisiti per l'accesso al rimedio. Obiettivo della rinegoziazione è quello di ricondurre il disequilibrio nell'ambito dell'alea normale del contratto. In caso di fallimento della negoziazione (o dopo che sia trascorso un termine ragionevole senza che si sia raggiunto un accordo), le parti possono adire il giudice. Quest'ultimo, investito della vertenza, potrà (o, meglio, dovrà) non solo valutare le caratteristiche (per così dire "originarie") della relazione contrattuale, ma anche considerare specificamente le circostanze sopravvenute, nonché tenere conto della condotta delle parti in sede di rinegoziazione. All'esito, potrà sciogliere il contratto, dettando termini e condizioni dello scioglimento. Altrimenti, avrà facoltà di modificarlo, al fine di ricondurlo a equilibrio (entro l'alea normale). In ogni caso, egli potrà sanzionare, mediante la condanna al risarcimento del danno, eventuali comportamenti opportunistici contrari a buona fede e correttezza tenuti da ciascuna parte in sede di rinegoziazione (o per impedire che essa potesse svolgersi).

Un simile modello, a prima vista, parrebbe radicalmente in contrasto con l'impostazione propria del nostro ordinamento, ma tale conclusione viene oggi apertamente messa in discussione dalla proposta di riforma del codice civile. Nondimeno (e a prescindere dall'esito di tale proposta riformatrice), il modello sopra sommariamente esposto si fonda su principi noti all'esperienza giuridica italiana ed espressi nelle norme del nostro Paese. Inoltre, esso risponde a esigenze avvertite dai privati in relazione agli strumenti (quali la contrattazione di durata) che essi continuano a prescegliere per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela.

Piuttosto, la questione problematica pare porsi sul piano dell'approccio interpretativo da adottare per affrontare il problema del governo delle sopravvenienze. Collocandosi nella prospettiva del sistema del codice civile (modellato sul contratto di scambio istantaneo, ancorché sensibile alla peculiarità della contrattazione di durata), è più difficile intravedere quelle soluzioni interpretative che il recupero di un adeguato grado di realismo delle premesse suggerisce come fisiologica disciplina destinata ad aderire alle peculiari problematiche che la contrattazione di durata presenta. Sotto questo profilo, le soluzioni interpretative proposte con riguardo all'ordinamento italiano, nonché i criteri direttivi del disegno di legge delega all'esame del Parlamento, rivelano non poche assonanze con i modelli rimediali in via di affermazione in ambito sovranazionale, i quali

come detto sono plasmati proprio a partire da un'analisi di matrice economica ed empirica dell'ecosistema della contrattazione di durata.

In conclusione, questo studio cerca di ricostruire la questione delle sopravvenienze contrattuali, quale fattispecie problematica fisiologicamente inscritta nella struttura di una categoria di contratti descritta con l'espressione "contratti di durata". In questo contesto, la ricerca in via interpretativa di rimedi, ovvero la loro introduzione per via legislativa, va attuata secondo il paradigma dell'adeguatezza della regola prescelta a considerare e fare emergere i caratteri propri delle relazioni contrattuali di durata, nonché a tutelare gli interessi che i privati intendono legittimamente soddisfare intraprendendo simili relazioni negoziali. In particolare, la strutturazione di un rimedio di tipo manutentivo, a supporto di uno strumento economico (il contratto di durata) di primario rilievo, si presenta come esigenza ineludibile. In tal senso, il discorso sui principi fondativi del diritto dei contratti, nel suo costante dialogo con le regole del mercato, e sulle intuizioni che l'analisi economica del diritto è in grado di suggerire all'interprete consente a quest'ultimo di tratteggiare soluzioni innovative e di spiegare o correggere quelle che già stanno prendendo forma, entro e oltre i confini degli ordinamenti nazionali.



PARTE I

**SOPRAVVENIENZE  
CONTRATTUALI  
E CONTRATTI DI DURATA  
NELL'ORDINAMENTO  
ITALIANO:**

ALLA RICERCA DI UN  
RIMEDIO GENERALE  
MANUTENTIVO



# LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEL DIRITTO ITALIANO, TRA FATTISPECIE CODIFICATE E IPOTESI ATIPICHE

## 1.1 Impossibilità sopravvenuta della prestazione: la dialettica tra l'esigibilità della prestazione e l'interesse del creditore all'adempimento

Già muovendo da un'analisi della disciplina del codice civile in materia di impossibilità sopravvenuta è possibile rinvenire i primi indici di sensibilità del nostro ordinamento rispetto al tema dell'equilibrio funzionale del contratto. I rimedi apprestati dal legislatore, infatti, soddisfano l'esigenza, da una parte, di non vincolare il debitore all'esecuzione di una prestazione non più esigibile e, dall'altra e conseguentemente, di garantire l'equilibrio contrattuale, anche a tutela delle ragioni del creditore. Il problema dell'allocatione del rischio della sopravvenienza<sup>1</sup> mediante la predisposizione di una regola di *default* emerge, pertanto, già dalla disamina della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta sia in riferimento all'obbligazione in sé considerata (artt. 1256, 1258 c.c.), sia con riguardo alla più complessa fattispecie del contratto a prestazioni corrispettive (artt. 1463, 1464 c.c.).

Il codice civile italiano detta una disciplina generale delle sopravvenienze disponendo, con riguardo alla singola obbligazione, che, quando una prestazione diviene impossibile per causa non imputabile al debitore, l'obbligazione si estingue e il debitore è liberato (art. 1256, co. 1, c.c.)<sup>2</sup>. Nel caso di impossibilità parziale, quest'ultimo si libera con l'esecuzione della parte di prestazione che è rimasta possibile (art. 1258, co. 1, c.c.)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sulla natura polivalente della definizione di "sopravvenienze", vedi Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016, 1 ss.

<sup>2</sup> Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, III ed. agg. Zorzi Galgano, Padova, 2015, 61, 103. Per una rassegna dei rimedi codicistici nella prospettiva delle sopravvenienze indotte dall'emergenza da COVID-19, cfr. Morello, *Effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, cit., 3 s.

<sup>3</sup> Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 105 s.

Simili disposizioni – che il codice presenta, come detto, nell’ambito della disciplina generale delle obbligazioni – paiono fondarsi su una concezione oggettivistica della prestazione, incentrata sui suoi caratteri intrinseci e sull’incidenza che le sopravvenienze hanno su questi ultimi. Tuttavia, a conferma della vocazione contrattuale della disciplina in discorso e della necessità – avvertita dal legislatore del codice – di tenere in considerazione l’equilibrio del rapporto obbligatorio e l’equità sostanziale del medesimo, l’interesse delle parti e, segnatamente, del creditore della prestazione colpita dalla sopravvenienza non può dirsi del tutto trascurato, come dimostra il disposto dell’art. 1256, co. 2, c.c. Infatti, nella disciplina della temporanea impossibilità della prestazione, si prevede che la responsabilità per il ritardo derivante dalla sopravvenuta impossibilità non sia ascrivibile al debitore, ma comporti l’estinzione dell’obbligazione allorché l’impossibilità perduri fino a che, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non possa più ritenersi obbligato, ovvero il creditore non abbia più interesse al conseguimento della prestazione<sup>4</sup>.

Le regole di cui si è detto si riflettono sulla disciplina dell’impossibilità sopravvenuta della prestazione, nell’ambito dei contratti a prestazioni corrispettive. Questa disciplina completa il quadro normativo, prendendo in considerazione gli effetti che l’esposizione della prestazione a sopravvenienze produce sulla controprestazione, allorché l’interesse del creditore della prestazione interessata dalla sopravvenienza non si esaurisca in quello al risarcimento del danno per la mancata esecuzione di questa. Così, l’impossibilità totale della prestazione rende inesigibile la controprestazione non ancora eseguita e indebita quella eventualmente già eseguita, che deve essere restituita secondo le norme relative alla ripetizione di indebitato (art. 1463 c.c.)<sup>5</sup>. Ma il problema dell’allocazione del rischio connesso alle sopravvenienze impeditive viene in rilievo anche nel caso dell’impossibilità per il debitore di eseguire la prestazione, imputabile al creditore. Non

---

<sup>4</sup> In giurisprudenza, vedi Cass., 27 settembre 1999, n. 10690, in *Contratti*, 2000, 113, con nota di Carnevali, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*. In dottrina, vedi Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 103 ss.; Vettori, *Contratto e rimedi*, III ed., Padova, 2017, 908.

<sup>5</sup> Cfr. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., 907 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici. Vedi altresì, nella prospettiva dell’emergenza da COVID-19, Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., 6 ss., il quale affronta la questione della sorte del contratto nell’ipotesi di impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore. In giurisprudenza, il *leading case* è rappresentato da Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Giur.it.*, 2008, 857 con nota di Bartolucci, *ivi*, 1133, con nota di Izzi, in *Contratti*, 2007, 993, *ivi*, 2008, 56, *ivi*, 241, con nota di Cavajon, in *Obbl. contr.*, 2008, 13, con nota di Parola, in *Foro it.*, 2009, I, 214, in *Nuova ciur. civ. comm.*, 2008, I, 531, con nota di Nardi, in *Danno resp.*, 2008, 845, con nota di Delli Priscoli. Più recentemente, cfr. Cass., 10 luglio 2018, n. 18047, in *Dir. maritt.*, 2019, 117, con nota di Cavanna.

si tratta di un'ipotesi "di scuola", come dimostrano le plurime fattispecie nelle quali, in forza di sconvolgimenti geopolitici, il creditore si sia visto vincolato da un embargo commerciale<sup>6</sup>. In tali ipotesi appare coerente dare un'applicazione per così dire inversa all'art. 1463 c.c., consentendo la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive accompagnata dal risarcimento dei danni in favore del debitore pregiudicato<sup>7</sup>.

Diversamente, l'impossibilità parziale della prestazione conferisce alla controparte contrattuale il diritto a una corrispondente riduzione della prestazione dalla stessa dovuta e la facoltà di recedere dal contratto, ove non residui, in capo alla medesima parte, un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.)<sup>8</sup>. In altri termini, il creditore della prestazione colpita dalla sopravvenienza può, alternativamente, esigere una riduzione della controprestazione da eseguire, ovvero esercitare il diritto potestativo di recesso, laddove non abbia interesse all'adempimento parziale. Tale diritto potestativo, tuttavia, deve essere misurato alla luce del criterio oggettivo della buona fede nell'esecuzione del contratto (di cui si dirà più ampiamente in seguito), per verificare se il suo esercizio possa valere a estinguere il rapporto con effetto liberatorio (art. 1375)<sup>9</sup>.

In tutti i casi sin qui considerati, dunque, la legge consente, da un lato, la liberazione – totale o parziale – del debitore della prestazione afflitta dalla sopravvenienza dall'obbligo risarcitorio derivante dall'inadempimento dell'obbligazione; e appresta, dall'altro, rimedi volti a garantire l'equilibrio contrattuale, per salvaguardare le ragioni del creditore.

Detto meccanismo opera a fronte dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, non imputabile al debitore, la quale impossibilità deve intendersi in senso oggettivo – essa non rileva, cioè, se riguarda solo quel dato debitore – ma non assoluto. In questa accezione, infatti, il concetto di impossibilità inerisce non tanto e non solo all'impedimento naturalistico invincibile, bensì all'inesigibilità dell'impegno necessario al debitore per vincere l'impedimento alla corretta esecuzione della prestazione, da valutarsi nel rapporto economico

---

<sup>6</sup> T. Genova, 11 luglio 1996, in *Cont. e impr.*, 1997, 115, nota di Rolli; T. Trento, 10 dicembre 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 853, nota di Danisi.

<sup>7</sup> Panarello, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, in Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 23.

<sup>8</sup> Si veda Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., 909 s.

<sup>9</sup> Panarello, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., 37.

tra mezzi e fini proprio dell'obbligazione di specie<sup>10</sup>. Occorre precisare tale concetto di inesigibilità della prestazione, onde evitare confusione con l'inesigibilità della prestazione oggetto di un'obbligazione sottoposta a termine non scaduto (art. 1185 c.c.), ovvero relativamente alla quale concorrano circostanze che attribuiscono al debitore un'eccezione dilatoria (es. art. 1460 c.c.)<sup>11</sup>. Nell'accezione qui considerata, l'inesigibilità si determina allorché la sopravvenienza renda l'esecuzione della prestazione contraria a un interesse del debitore da considerarsi preminente – nella scala dei valori protetti dall'ordinamento – rispetto a quello del creditore all'adempimento<sup>12</sup>. Dunque, l'impossibilità non va ricondotta agli impedimenti oggettivi della prestazione, ma costituisce un'autonoma causa esimente derivante dal divieto di abuso del diritto quale espressione del principio di correttezza (art. 1175 c.c.), assimilabile all'impossibilità solo negli effetti<sup>13</sup>. In questi casi, la liberazione del debitore si giustifica in quanto «al di là dell'esigibile diventa superfluo porre un problema di responsabilità, poiché sarebbe cessato il diritto e la persistente pretesa del creditore sarebbe abuso del diritto»<sup>14</sup>.

La disciplina dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore costituisce, dunque, un meccanismo normativo di allocazione del rischio, senza che venga in rilievo la responsabilità della parte impossibilitata né quella della controparte, liberata dall'obbligo di eseguire la controprestazione. Tale meccanismo opera sui due differenti piani dell'obbligazione (artt. 1256, 1258 c.c.) e del contratto a prestazioni corrispettive (artt. 1463, 1464 c.c.), nel qual caso, all'effetto liberatorio per il debitore, si cumula l'effetto risolutorio.

---

<sup>10</sup> Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, IV ed., Padova, 2004, 63. Per una descrizione in termini di temporanea inesigibilità della prestazione della sostanziale incapacità del debitore di adempiere determinata direttamente o indirettamente dall'emergenza da COVID-19, cfr. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., 6 s. In argomento, vedi anche Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, cit., 10 ss.; Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, cit., 4 ss.

<sup>11</sup> In argomento, vedi Finazzi, *Correttezza e buona fede*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Garofalo, vol. II, tomo IV, Padova, 2018, 1319 ss. Riflettono sul ruolo dell'eccezione dilatoria nell'ambito dei contratti "travolti" dagli effetti giuseconomici della pandemia da COVID-19, Benedetti, Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, marzo 2020, 3.

<sup>12</sup> Gabrielli, *Commento all'art. 1467 c.c.*, in Navarretta, Orestano (a cura di), *Dei Contratti in generale. Artt. 1425-1469-bis. Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, 622; Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, II ed., Milano, 2017, 352 ss. Vedi inoltre, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 18.

<sup>13</sup> Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1089 s.

<sup>14</sup> Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 276.

Esso esprime la reazione dell'ordinamento all'alterazione dell'equilibrio iniziale del programma negoziale, in un'ottica di tutela del sinallagma funzionale, quale espressione dell'interdipendenza delle prestazioni nell'attuazione della causa concreta del contratto<sup>15</sup>.

## 1.2 L'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti a prestazioni corrispettive: caratteri e limiti del rimedio di cui all'art. 1467 c.c.

Concentrando l'attenzione sulla disciplina dettata in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta, emerge con maggior chiarezza il rilievo assegnato dall'ordinamento alla necessaria cooperazione tra debitore e creditore, nell'ambito della relazione negoziale. In tale prospettiva, le norme di cui agli artt. 1467 e 1468 c.c. forniscono alle parti dell'accordo uno strumento di gestione del rischio delle sopravvenienze che – a fronte di un aggravio economico incompatibile con la distribuzione del rischio operata in sede di stipula – consente in un certo senso di “rimettere in discussione” il principio della vincolatività del contratto<sup>16</sup>. Tuttavia, tale disciplina non può dirsi esente da limiti intrinseci, idonei a condurre a un ricorso opportunistico al rimedio risolutorio.

Procedendo per gradi, occorre osservare in prologo come la disciplina del codice in materia di eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, nei contratti a prestazioni corrispettive a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita<sup>17</sup>, si discosti dal modello dell'impossibilità sopravvenuta esaminato in precedenza. Ove la sopravvenienza si estrinsechi nella maggiore onerosità della prestazione dovuta, che deve essere determinata da eventi straordinari e imprevedibili non rientranti nell'alea normale del contratto, la prestazione rimane possibile e vincolante per il debitore, al quale è tuttavia consentito di domandare la risoluzione del contratto. La controparte può evitare la dissoluzione del vincolo, offrendo di ricondurre l'accordo a equità,

---

<sup>15</sup> Panarello, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., 26. Descrive la causa in concreto come strumento per ricercare soluzioni alle crisi negoziali indotte dalle sopravvenienze Grifasi, *Sopravenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 7 ss.

<sup>16</sup> In argomento, cfr. Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 179 ss.

<sup>17</sup> Ricostruisce l'origine (a partire dal cosiddetto “mercato bellico”) e il fondamento del vigente art. 1467 c.c. Grifasi, *Sopravenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 145 ss.

mediante una modificazione delle sue condizioni (art. 1467, co. 3, c.c.)<sup>18</sup>. Per il caso di contratto in cui una sola parte abbia assunto obbligazioni nei confronti dell'altra, alla parte onerata è riconosciuta la possibilità di chiedere direttamente la riduzione della propria prestazione, ovvero una modificazione delle modalità di esecuzione della stessa, sempre al fine di ricondurre l'accordo a equità (art. 1468 c.c.)<sup>19</sup>.

In queste ipotesi, il fatto che la prestazione sia afflitta dalla sopravvenienza non determina la liberazione del debitore, né consente al creditore, autonomamente, di invocare i rimedi visti in precedenza a tutela delle proprie ragioni. La disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta richiede la cooperazione tra debitore e creditore, al fine di mantenere in vita l'originario accordo, modificandone le condizioni, consentendone altrimenti la risoluzione.

Tale disciplina, introdotta con il codice del 1942, fornisce ai contraenti strumenti di gestione del rischio delle sopravvenienze, elidendo il principio della vincolatività del contratto a tutela della regolare funzionalità del sinallagma e in vista della realizzazione del programma contrattuale. Nel caso dei contratti a prestazioni corrispettive (art. 1467 c.c.), a ciò si giunge mediante la dialettica tra rimedio risolutorio e offerta di riconduzione a equità; nel caso, invece, di contratti con obbligazioni a carico di una sola parte (art. 1468 c.c.), nei quali il rimedio risolutorio offrirebbe una opportunistica via di scioglimento dall'accordo alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza, il rimedio prescelto è invece quello del diritto a conseguire una riduzione della prestazione o una modificazione delle modalità esecutive<sup>20</sup>. Il sistema dettato dal codice civile può essere giustificato sia nella prospettiva della inattuabilità della prestazione da parte del debitore, se non a costo di un eccessivo sacrificio, sia in quella della tutela dell'equilibrio delle prestazioni, nell'ambito del sinallagma negoziale. Il dato fondante può essere individua-

---

<sup>18</sup> Sul fondamento della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, tema sul quale avremo modo di tornare più volte, si vedano le interessanti riflessioni di Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, Padova, 2017, 40 ss. Con specifico riferimento alla *reductio ad aequitatem* vedi, invece, Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 149 s.

<sup>19</sup> Nel delineare l'ambito di operatività della norma, la Suprema Corte ha ritenuto che l'assunzione – nell'ambito di un contratto di compravendita immobiliare – della garanzia di redditività del bene venduto non sia sufficiente a escludere il carattere di corrispettività dello scambio, con conseguente impossibilità di applicare al caso l'art. 1468 c.c. in luogo dell'art. 1467 c.c. Vedi Cass., 25 marzo 2009, n. 7225, in *Not.*, 2009, 367, in *Contratti*, 2009, 712.

<sup>20</sup> Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, in Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 121 s.

to, comunque, nella reazione predisposta, in relazione alle differenti fattispecie (contratti corrispettivi e non), a fronte di «un aggravio dell'impegno economico dedotto nell'affare, che supera il margine di rischio tipicamente connesso all'operazione compiuta»<sup>21</sup>, in termini non compatibili con l'assetto del rapporto e la distribuzione del rischio prefigurati dalle parti in sede di stipula dell'accordo.

Nondimeno, il rimedio generale della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, evitabile mediante offerta di riconduzione a equità (art. 1467 c.c.), presenta alcuni limiti intrinseci e strutturali, i quali rischiano di renderlo inidoneo a offrire, da solo, soluzione alle ipotesi variegata di alterazione dell'equilibrio sinallagmatico dovuto all'insorgere di sopravvenienze contrattuali. Tali limiti possono essere individuati, in primo luogo, nell'insussistenza di un diritto della parte colpita dalla sopravvenienza – e di un correlato obbligo della controparte – alla rinegoziazione dell'accordo, potendo questa unicamente chiederne la risoluzione. In secondo luogo, può osservarsi come la (mera) facoltà di formulare un'offerta di riconduzione a equità sia conferita proprio alla parte che, essendo avvantaggiata dalla sopravvenienza, di regola ha meno interesse a riequilibrare il rapporto e, comunque, può esercitare detta facoltà in una posizione contrattuale rafforzata precipuamente dagli effetti pregiudizievoli che la controparte subisce in ragione della sopravvenienza<sup>22</sup>.

A ciò si aggiunga che la disciplina codicistica in tema di eccessiva onerosità (e impossibilità) sopravvenuta nei contratti a prestazioni corrispettive – che

---

<sup>21</sup> Id., 126.

<sup>22</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in Tommasini (a cura di), *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003, 503 ss. Al contrario, Monteverde, *L'incursione del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 150 s., ritiene che, nel contesto delle ricadute della pandemia di COVID-19, la norma in discorso risulti idonea a garantire il miglior temperamento degli interessi delle parti. Contra, Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., 7 s.; Benedetti, Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., 2.; Roppo, Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., 4; Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., 4, per il quale la disciplina codicistica – elaborata avendo a riferimento il modello del contratto di scambio istantaneo – non offre «sufficienti anticorpi, ossia gli strumenti giuridici idonei per gestire le difficili vicende che potrebbero presentarsi alle corti». Indagano sulla possibilità di formulare una domanda di *reductio ad aequitatem* da parte del conduttore, nella prospettiva dell'emergenza da COVID-19, Crispino, Troncone, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, in *IlCaso.it*, 31 marzo 2020, 7 ss.

la giurisprudenza interpreta in maniera assai rigorosa<sup>23</sup> – è derogabile dalle parti<sup>24</sup>. Queste, infatti – introducendo nel regolamento contrattuale patti specifici, quali clausole di irrisolvibilità, di assunzione del rischio del *factum principis* o del caso fortuito, di inversione del rischio, ovvero di esclusione del diritto di recesso – possono intervenire sulla ripartizione del rischio connesso all’eventualità di sopravvenienze impeditive, mantenendo in vita il contratto. Tali deroghe possono incidere sulla struttura del contratto, modificandone lo schema tipico fino a renderlo intrinsecamente aleatorio. Per tali motivi, è opportuno e consueto che a detti patti si accompagnino clausole di riequilibrio del rapporto, che ne ripristinino il carattere commutativo, vuoi prevedendo l’esecuzione per equivalente della prestazione divenuta impossibile, vuoi imponendo un obbligo reciproco di rinegoziazione a fronte della sopravvenienza impeditiva, anche al fine di rendere più coerenti con l’equilibrio degli interessi i rimedi compensativi eventualmente adottati<sup>25</sup>.

Ipotesi non codificata ma speculare alla fattispecie dell’eccessiva onerosità sopravvenuta è quella dello svilimento della controprestazione, che si verifica allorché l’equilibrio sinallagmatico sia frustrato da una diminuzione di valore della prestazione di cui la parte è creditrice, tale da rendere inesigibile la prestazione dovuta da quest’ultima o indebita quella già eseguita dalla medesima. Proprio il carattere speculare di cui si è detto suggerisce di disciplinare la fattispecie in discorso ricorrendo a un’applicazione dell’art. 1467 c.c. riformulato ponendosi nella prospettiva del creditore e consentendo a quest’ultimo di ri-

---

<sup>23</sup> La Suprema Corte (vedi recentemente Cass., ord. 26 gennaio 2018, n. 2047, in *Pluris*, [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it)) mantiene un certo rigore interpretativo nel dare applicazione all’art. 1467 c.c., statuendo che la parte che subisce l’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto (purché non abbia già eseguito la propria prestazione), ma non ha diritto di ottenere l’equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l’azione di risoluzione, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l’eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l’altro contraente accetti l’adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite.

<sup>24</sup> Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010, 222; Gambino, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 355; Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell’equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, 78. Nella prospettiva dell’emergenza da COVID-19, cfr. Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., 11 ss.

<sup>25</sup> Panarello, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., 40 ss. Sulla rilevanza, quale *factum principis*, delle misure emergenziali di contrasto alla diffusione dell’epidemia di COVID-19, cfr. Sparano, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell’unitarietà*, cit., 3; Dolmetta, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *IlCaso.it*, 23 aprile 2020, 4; Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell’emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., 3 s.

solvere il contratto (salvo il caso di offerta di sua riconduzione a equità) a condizione che la controprestazione svilitasi non sia stata eseguita in suo favore<sup>26</sup>.

In seguito, saranno ulteriormente approfondite le questioni relative alla configurazione di un generale rimedio manutentivo che consenta l'adeguamento dei contratti di durata esposti a sopravvenienze. Ciò che può porsi in luce, all'esito di questa breve rassegna di norme, è che il sistema dei rimedi delineato dal codice civile, muovendo dalla fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per giungere, attraverso l'ipotesi della risoluzione per inadempimento, a quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, testimonia la consapevolezza del legislatore circa la necessità di fornire un sistema rimediale calibrato sull'esigenza del contraente che, nelle differenti ipotesi, viene in rilievo. Così, questi potrà orientarsi tra le richiamate norme a seconda che si venga a trovare di fronte a un pregiudizio macroscopico del sinallagma negoziale derivante da causa imputabile (inadempimento) o meno (impossibilità sopravvenuta) al debitore<sup>27</sup>, ovvero a un pregiudizio relativo, apprezzabile solo in rapporto all'interesse concreto delle parti allo scambio delle prestazioni, il cui equilibrio originario sia stato frustrato dalla sopravvenienza<sup>28</sup>.

### 1.3 Il venir meno della presupposizione come ipotesi atipica di sopravvenienza contrattuale

Fra le ipotesi di sopravvenienze non codificate rientra altresì la figura del venir meno della presupposizione<sup>29</sup>. In tale prospettiva, il valore dell'equilibrio contrattuale è preso in considerazione in una prospettiva maggiormente

<sup>26</sup> Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, 69.

<sup>27</sup> Sulla valutazione di imputabilità della causa dell'inadempimento ha inteso incidere la disciplina di cui all'art. 91, co. 1, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, ai sensi del quale, come detto, la necessità di rispettare le misure di contenimento della diffusione del contagio da COVID-19 «è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». In argomento, cfr. Tilli, *Contratti e Covid19: ipotesi e soluzione nello scenario dei possibili inadempimenti futuri*, cit.

<sup>28</sup> Boselli, voce *Eccessiva onerosità*, in *Nss. D. I.*, VI, 1960, 332.

<sup>29</sup> Per un inquadramento generale, cfr. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 91 ss.; Trubiani, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbl. contr.*, 2012, 137 ss.; Petrone, *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, *ivi*, 2005, 163 ss. Svolgono alcune riflessioni sulla figura, nella prospettiva dell'emergenza da COVID-19, Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, cit., 7 s.; Roppo, Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., 3.

soggettivista, focalizzando peraltro l'attenzione sulla fase di formazione dell'accordo<sup>30</sup>.

Basandosi su di una concezione volontaristica del contratto per offrire soluzione alle problematiche di conflitto tra circostanze ed esecuzione della prestazione, la dottrina della presupposizione, nella sua forma primigenia<sup>31</sup>, individuò un limite alla volontà dichiarata contrattualmente in quelle supposizioni relative a circostanze influenti sul contratto che fossero state determinanti per la conclusione dell'affare, che considerò giuridicamente rilevanti qualificandole come condizioni inesprese<sup>32</sup>. Detta teoria ha successivamente conosciuto un'evoluzione che ha portato a riconoscere il diritto di recesso al contraente danneggiato dall'insussistenza o cessazione di quelle circostanze sulle quali – per una rappresentazione mentale comune alle parti, ovvero individuale ma comunque nota alla controparte – si fosse fondato il consenso<sup>33</sup>.

La precisazione inerente il carattere comune della rappresentazione mentale (o la sua conoscenza da parte dell'altro contraente) si è resa necessaria, giacché affrontare il problema delle sopravvenienze contrattuali ricorrendo alla dottrina in esame reca con sé il rischio di considerare giuridicamente rilevanti circostanze non contemplate nelle clausole contrattuali, in quanto non prese in considerazione dai contraenti, condizionando così l'adempimento a interessi non contrattualmente rilevanti, in termini incompatibili con la tutela del legittimo affidamento della controparte contrattuale, in tal modo minando in radice l'utilità concreta della stessa dottrina<sup>34</sup>. Tuttavia, la considerazione del presupposto in parola non risolve adeguatamente il problema del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali. Da un lato, infatti, la mera conoscenza delle rappresentazioni mentali determinanti le altrui decisioni non può comportare l'assunzione del rischio delle circostanze che potrebbero deluderle, dovendosi collocare più adeguatamente la problematica in esame sul piano della responsabilità contrattuale<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> Vedi Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 32.

<sup>31</sup> Per un'ampia ricostruzione delle origini, del fondamento e dell'evoluzione della figura, cfr. Grifasi, *Soppravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 163 ss.

<sup>32</sup> Per un'ampia rassegna estesa anche al codice abrogato, cfr. Centeleghe, *Teoria della presupposizione e "crisi" del principio volontaristico. Profili della storia di un dogma*, in *Giur. merito*, 1974, 20 ss.

<sup>33</sup> Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 327, 333.

<sup>34</sup> In argomento, vedi Coppi, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 3 ss.; Del Bene, *Nozioni critiche sull'effettività del canone ermeneutico ex fide bona tra tutela dell'affidamento e presupposizione*, *ivi*, 1997, II, 247 ss. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale italiano attorno alla presupposizione, cfr. Grifasi, *Soppravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 167 ss.

<sup>35</sup> Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, cit., 336.

Dall'altro lato, le incertezze sono riemerse allorché si sono poste le questioni della collocazione sistematica della teoria della presupposizione e delle conseguenze giuridiche del suo venir meno, in un'ottica di distribuzione del rischio del verificarsi delle sopravvenienze. In tale contesto, i tentativi di legare la figura della presupposizione al concetto di causa<sup>36</sup>, come strumento per la soluzione delle problematiche relative alla realizzazione degli scopi e al soddisfacimento degli interessi delle parti, hanno finito per comprimerne eccessivamente l'ambito di operatività. Infatti, il riferimento alla causa da un lato espone alle incertezze terminologiche e argomentative che ne hanno deviata la qualificazione – non senza esitazioni – da funzione economico-sociale del contratto a causa concreta rappresentativa della sintesi degli interessi individuali delle parti<sup>37</sup>; dall'altro, in ossequio al dogma dell'irrelevanza dei motivi, impedisce di considerare meritevoli di tutela tutti quegli interessi che, pur senza inerire alla causa, non costituiscano mere rappresentazioni mentali, bensì elementi significativi dell'assetto economico contrattuale<sup>38</sup>. Inoltre, tale qualificazione della presupposizione si riflette inevitabilmente sul piano delle conseguenze dell'accertamento del suo venir meno: determinando la nullità del contratto esposto a sopravvenienze, il ricorso alla teoria della presupposizione quale elemento di rilievo causale determinerebbe il sacrificio tanto del residuo interesse contrattuale delle parti quanto del valore condiviso della sicurezza nei traffici commerciali.

Neppure può accettarsi l'avvicinamento della presupposizione all'errore quale vizio della volontà<sup>39</sup>, non rinvenendosi una *ratio* sovrapponibile relativamente alle due figure, l'una volta a preservare l'equilibrio contrattuale nella fase esecutiva, l'altra incidente sulla fase genetica del contratto, a tutela della libera espressione della volontà negoziale, attuata peraltro circoscrivendo entro ipotesi tassative la possibilità di annullare l'accordo (art. 1429 c.c.)<sup>40</sup>.

Quanto infine all'art. 1467 c.c.<sup>41</sup>, occorre precisare che questa norma è dettata esclusivamente in riferimento ad avvenimenti straordinari e imprevedibili,

---

<sup>36</sup> In argomento, cfr. Villanacci, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2016, 61 ss.; Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 194 ss.

<sup>37</sup> Maggiolo, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 875; Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, cit., 101 s.

<sup>38</sup> Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, cit., 327.

<sup>39</sup> In argomento, cfr. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 173 ss.

<sup>40</sup> Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, cit., 340.

<sup>41</sup> Per una panoramica del rapporto tra presupposizione e rimedi risolutivi, cfr. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 207. In giurisprudenza, cfr. Cass., 5 maggio 2010, n. 10899, in *Pluris*, [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it).

con la conseguenza che la relativa disciplina non può trovare applicazione anche in relazione alle molte sopravvenienze prevedibili, ciò non escludendo, tuttavia, la possibilità di considerare altrimenti rilevanti anche tali ipotesi<sup>42</sup>.

L'inquadramento più coerente dal punto di vista sistematico pare essere quello che mette in relazione la figura della presupposizione con la clausola generale di buona fede quale strumento di governo delle sopravvenienze e di integrazione del contratto<sup>43</sup>, dando applicazione, per l'ipotesi del suo venir meno, al regime degli effetti della risoluzione.

Il legame tra criterio di buona fede e integrazione del contratto viene in luce facendo rientrare il primo, come enunciato fra l'altro dall'art. 1375 c.c., nell'ambito di quanto previsto dall'art. 1374 c.c., da intendersi nel senso che il contratto obbliga le parti anche alle conseguenze che derivano da quanto in esso previsto alla luce del criterio legale della buona fede<sup>44</sup>.

Avuto riguardo al tipo contrattuale prescelto dalle parti (o a quello cui si siano le medesime ispirate concludendo un contratto atipico)<sup>45</sup> per determinare la fisiologica distribuzione del rischio delle sopravvenienze tra le stesse, la valutazione di compatibilità tra le circostanze sopravvenute e l'adempimento della prestazione avrà a oggetto l'equilibrio economico del rapporto, secondo correttezza (della pretesa o del rifiuto della prestazione) e normalità (rispetto al comune comportamento degli operatori e alle circostanze del caso di specie)<sup>46</sup>. Alla valutazione di incompatibilità il giudice farà pertanto seguire la risoluzione del contratto e conseguentemente – non essendo il sistema degli artt. 1458, 2033 e

<sup>42</sup> Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, cit., 340.

<sup>43</sup> Sul punto, anche in riferimento al ricorso alla buona fede oggettiva quale metro di valutazione della compatibilità tra circostanze sopravvenute e pretesa di adempimento alle condizioni originariamente contrattualizzate, cfr. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 175 ss.

<sup>44</sup> Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004, 111 ss. Vedi anche Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 31 ss., che offre indicazioni altresì sul "potenziamento costituzionale" della buona fede ex artt. 2, 3 e 41 Cost. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 24 aprile 1981, n. 2452, in *Foro it.*, 1982, I, 34, nota di Silvestrini.

<sup>45</sup> «L'adozione di un certo tipo contrattuale infatti è sempre indice della scelta dei contraenti in merito alla ripartizione dei rischi che possono derivare dal contratto in base al modello negoziale al quale le parti hanno fatto riferimento che può aiutare a desumere, quanto meno in prima approssimazione, quale dei contraenti debba sopportare le conseguenze che inevitabilmente vengono ricollegate allo schema giuridico formale nel quale l'intera operazione economica è stata sussunta» (in questo senso, Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 149).

<sup>46</sup> Al recupero dell'economia del contratto, anche nella prospettiva comparatistica, sono dedicate le riflessioni di Gabrielli, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi urbinati di scienze giur., pol. ed econ.*, 2003, 167 ss. Per ulteriori letture circa il fondamento della dottrina della presupposizione, cfr. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 202 ss.

2041 c.c. adeguato al fine di salvaguardare l'equilibrio economico – procederà a distribuire i pregiudizi derivanti dal venir meno dell'accordo secondo buona fede, nel senso sin qui chiarito<sup>47</sup>.

Tuttavia, la difficoltà di valutare la concreta incidenza delle circostanze che determinino la risoluzione, nella sfera economica dei contraenti, specialmente ove legati da accordi di durata, evidenzia come dalla soluzione proposta possano comunque derivare rilevanti pregiudizi per ciascuna parte, individuabili sia nella perdita dell'utilità perseguita tramite il contratto terminato, sia nei costi di sua esecuzione, sia, infine, in quelli di nuova contrattazione<sup>48</sup>.

## 1.4 L'ipotesi di lavoro e i criteri direttivi nello studio dei rimedi alle sopravvenienze contrattuali

Nelle pagine che precedono, sono stati evidenziati i limiti intrinseci della disciplina normativa in tema di sopravvenienze; in quelle che seguiranno, troverà spazio l'analisi del fenomeno giuridico ed economico dei contratti cosiddetti di durata e del correlato e specifico interesse alla realizzazione delle complesse operazioni economiche a essi sovente sottese. In tale prospettiva, risulta interessante valutare se non sia possibile ovvero preferibile fornire alle parti e agli interpreti strumenti rimediali ulteriori – rispetto a quelli “classici” di tipo ablativo – in grado di incentivare il mantenimento dell'accordo esposto alle sopravvenienze, riducendo lo squilibrio da queste ultime indotto tra le prestazioni nella fase esecutiva e disincentivando i comportamenti opportunistici. Nel farlo, occorre bilanciare l'interesse all'adeguamento (e mantenimento) del contratto con quello alla sua esecuzione alle condizioni originarie, salvaguardando la libertà contrattuale delle parti.

A tali fini e all'esito di questa panoramica introduttiva, sarà utile ricorrere a una concezione empirica delle sopravvenienze contrattuali come fenomeno rilevante per il diritto, la quale consenta di individuarne le differenti manifestazioni e di muoversi tra di esse sotto la guida di regole generali comuni desumibili dall'osservazione delle singole fattispecie (impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità sopravvenuta e venir meno della presupposizione). In termini preli-

<sup>47</sup> Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, cit., 344 e 346.

<sup>48</sup> Id., 345. La teoria della presupposizione, dunque, se da un lato consente di ampliare l'ambito applicativo dei rimedi codicistici, dall'altro non riesce a garantire la conservazione del rapporto, attraverso l'adeguamento del contratto, recando bensì alla sua risoluzione. Vedi Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 31.

minari e sintetici<sup>49</sup>, possono individuarsi i criteri utili a selezionare le sopravvenienze rilevanti ai fini di studio. Il perimetro di riferimento può essere, così, circoscritto fissando le regole generali della inesecuzione della prestazione afflitta dalla sopravvenienza (questa rileva solo se interessa un'attribuzione che deve essere ancora eseguita); della irrilevanza delle sopravvenienze autoindotte (la parte che ha concorso a determinare un mutamento della situazione di fatto sulla base della quale il contratto fu concluso non può addurre tale sopravvenienza al fine di sottrarsi al dovere di adempimento); e dell'incidenza della mora sul rischio delle sopravvenienze, nel senso che la parte costituita in mora non può addurre la sopravvenienza al fine di sottrarsi al dovere di adempimento, salvo che esigenze di equità emergenti dalle circostanze del caso concreto rendano preferibile addossare alla parte che ha semplicemente tardato (senza messa in mora) a eseguire la prestazione le conseguenze pregiudizievoli della sopravvenienza nel frattempo prodottasi a suo danno<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. *amplius*, Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, cit., *passim*.

<sup>50</sup> Cass. civ., 17 giugno 1983, n. 4177, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 421.

# IL CONTRATTO DI DURATA: LA RILEVANZA DEI CARATTERI STRUTTURALI E DEGLI INTERESSI SOTTESI NELLA FASE ESECUTIVA

## 2.1 Il fattore tempo come elemento qualificante, sotto il profilo causale, dei contratti di durata

Come anticipato, l'interesse per un nuovo approccio allo studio di rimedi in grado di assicurare il mantenimento dei contratti esposti alle sopravvenienze emerge anche da un'attenta analisi della fenomenologia contrattuale che si esprime nell'età contemporanea. Nel tempo che viviamo – perlomeno in una branca significativa del mercato – alla contrattazione individuale e istantanea (assunta come modello dal codice civile) si è sostituita una contrattazione di tipo prevalentemente imprenditoriale e professionale, caratterizzata dalla durata delle relazioni negoziali e dall'importanza degli investimenti posti in essere in vista e in occasione delle negoziazioni, che vengono remunerati nel corso dello svolgimento del rapporto<sup>1</sup>. In questo tipo di contrattazioni, risulta valorizzata la dimensione effettuale dell'esecuzione del contratto, rispetto a quella volontaristico-strutturale della sua conclusione<sup>2</sup>.

Per questi motivi (e non solo) la presente indagine si concentrerà sul fenomeno dei contratti di durata o a lungo termine<sup>3</sup>.

Detto fenomeno esprime l'interesse dei contraenti a pianificare la loro attività economica, instaurando una relazione contrattuale<sup>4</sup>, e si traduce, sul piano

<sup>1</sup> La riflessione è sviluppata, nella dialettica tra i rimedi di cui agli artt. 1467 c.c. e 1664 c.c. da Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 167.

<sup>2</sup> Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., 143 s.

<sup>3</sup> Un autorevole inquadramento generale della fattispecie, anche in riferimento alle sue origini, è operato da Oppo, *I contratti di durata* (parte I), in *Riv. dir. comm. obbl.*, 1943, I, 143 ss.; Id., *I contratti di durata* (parte II), *ivi*, 1944, I, 18 ss., ora in Id., *Obbligazioni e negozio giuridico*, in Id., *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992. Per una riflessione sulla fattispecie al tempo del COVID-19, cfr. Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, cit., 6 ss. Per un'originale rilettura dei contorni della fattispecie, cfr. Longobucco, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale: spunti per una riconcettualizzazione*, in *Studium Iuris*, 2016, 23 ss.

<sup>4</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 1.

giuridico, nella centralità del momento dinamico-esecutivo del rapporto obbligatorio, rispetto a quello formativo, fondamentale nel discorso intorno ai contratti di scambio a effetti istantanei, sui quali è in larga parte modellata la disciplina codicistica generale dei contratti<sup>5</sup>. In concreto, la relazione contrattuale di durata non si esprime necessariamente mediante la conclusione di un solo accordo, ben potendo articolarsi anche nella sottoscrizione di differenti contratti, tutti tesi alla realizzazione della medesima operazione economica complessa. Ciò che rileva, al fine dell'inquadramento tematico qui proposto, è che, anche qualora le parti intendessero realizzare l'operazione economica mediante una successione di differenti contratti tra loro collegati, «l'interesse dedotto in contratto rimarrebbe unitario, nonostante la struttura negoziale del procedimento possa articolarsi nella conclusione di un contratto iniziale e di successivi contratti relativi a singoli elementi del rapporto»<sup>6</sup>. Anche la giurisprudenza è ricorso, del resto, alla teoria del collegamento negoziale per dare applicazione, in simili fattispecie, al rimedio manutentivo della rinegoziazione<sup>7</sup>.

Come si è detto, le caratteristiche dei contratti riconducibili alla categoria in discorso attraggono l'attenzione dell'interprete sulla fase – che si protrae fisiologicamente nel tempo – nella quale il contratto dispiega i propri effetti, sulla base della dichiarazione di volontà resa contrattualmente dalle parti, in sede di stipula. Questa elementare considerazione consente di precisare ulteriormente i termini del discorso. Infatti, mentre la disciplina della struttura del contratto esprime il giudizio dell'ordinamento sulla sua validità (secondo un criterio formale di completezza e strutturale di liceità), la disciplina della sua funzione attiene alla verifica del rispetto del regolamento degli interessi diviso dalle parti, nel dispiegarsi degli effetti del contratto stesso<sup>8</sup>. Tale verifica, in ragione della durata prolungata della fase esecutiva, attiene al rapporto tra due parametri di riferimento: l'uno (fisso) dato dall'equilibrio delle prestazioni (sintesi degli interessi) emergente dal regolamento contrattuale originario; l'altro (susceptibile di mutamenti più o meno prevedibili) costituito dalle variazioni che detto

---

<sup>5</sup> Si vedano in argomento le riflessioni di Balestra, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1138. Secondo Grilli, *L'Italia dal 1865 al 1942: dal mito al declino della codificazione*, in Ascheri (a cura di), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino, 2008, 172, la particolare enfasi posta dal codice civile del 1942 sulla sicurezza e certezza delle transazioni, coniugando le clausole generali di correttezza e buona fede con il principio della tutela dell'affidamento, rappresenta un punto di emersione della cosiddetta commercializzazione del diritto privato (*amplius*, sul tema, Galgano, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980, 95 ss.).

<sup>6</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 86.

<sup>7</sup> Patti, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 122.

<sup>8</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 164 s.

equilibrio venga a subire nel tempo<sup>9</sup>. Può, dunque, configurarsi una categoria di contratti “aperti”, nei quali il tempo viene in considerazione non tanto come ciò che separa l’attuazione dalla conclusione del contratto, quanto piuttosto come l’elemento caratterizzante lo sviluppo – appunto – continuativo dell’attività dei contraenti, secondo un paradigma atipico cooperativo, necessariamente ordinato alla valorizzazione degli obblighi di correttezza e buona fede nella fase esecutiva del contratto<sup>10</sup>. Come si avrà modo di chiarire più nel dettaglio, in seguito, l’interprete, avendo riguardo alle peculiarità caratterizzanti il modello della contrattazione di durata, potrà cogliere l’emersione – dal generale obbligo di buona fede nell’esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) – di istanze di natura cooperativa e collaborativa delle parti, per la realizzazione dell’interesse comune al raggiungimento del risultato in vista del quale hanno scelto di impegnarsi in un contratto a esecuzione prolungata nel tempo<sup>11</sup>.

Ciò che è opportuno fissare, sin da subito, discorrendo della portata qualificante del fattore tempo, in relazione agli accordi di cui si è detto, è che «la connotazione temporale assume carattere causale del contratto, al punto da legittimare la convinzione che la durata del contratto individuerrebbe il tipo»<sup>12</sup>, cosicché gli interessi delle parti espressi nel regolamento contrattuale dovranno essere (ri)valutati avendo sempre quale parametro di riferimento la durata del contratto<sup>13</sup>. In altri termini, «il tempo concorre a determinare la struttura del rapporto, ponendosi quale nota individuatrice della prestazione, che si attua attraverso un adempimento continuato, adeguando il mezzo giuridico all’interesse da tutelare»<sup>14</sup>. Come si è rilevato, «l’attività in quanto legata, per sua intima natura, all’elemento della durata, risulta modellata attraverso il contratto, dal quale trae consistenza nonché elementi di regolamentazione sotto il profilo organizzativo»<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 13.

<sup>10</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 152.

<sup>11</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, 147.

<sup>12</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 82; Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l’art. 1468 c.c.*, cit., 145; Spangaro, *L’equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014, 113. Si veda anche, sul punto, Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 51 s.; Rossi, Conti, *La relazione fra causa e sopravvenienze: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze a rilevanza causale*, in *Foro pad.*, 2017, II, 26 ss.

<sup>13</sup> Rileva correttamente Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 12, che nei contratti di durata «essendo persistente nel tempo l’interesse da soddisfare, durevole dev’essere la realizzazione del diritto o della diversa situazione giuridica cui è affidata la tutela dell’interesse».

<sup>14</sup> Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, 19.

<sup>15</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 12.

Queste preliminari considerazioni consentono di affermare che i contratti a esecuzione differita, continuata o periodica, sinteticamente definibili come contratti di durata, si caratterizzano per la connaturale presenza di un intervallo temporale tra il momento in cui sorge il rapporto e quello in cui il medesimo viene compiutamente eseguito. Tale caratteristica li espone al rischio che sopraggiungano imprevisti mutamenti dello stato di fatto preso a riferimento dalle parti al momento della conclusione del contratto, i quali determinino un significativo squilibrio economico nel rapporto tra le prestazioni diviso dai contraenti. Si tratta di fattori obiettivi che rendono inattuale il contenuto del contratto – che resta pienamente valido ed efficace, ma la cui esecuzione determinerebbe risultati concreti non conformi all’equilibrio degli interessi trasfuso nell’originario programma negoziale – rispetto ai quali è ipotizzabile un rimedio legale manutentivo definibile come adeguamento del rapporto<sup>16</sup>.

## **2.2 La valutazione soggettiva dell’operazione economica e l’influenza dei costi transattivi sulla determinazione dell’equilibrio tra le prestazioni**

Seppur in termini generali, si è già avuto modo di sottolineare il rilievo economico delle sopravvenienze contrattuali che affliggano il contratto di durata: questi accadimenti alterano l’equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, sotto il profilo economico. Si è anche posto in luce come il fattore tempo – ovvero, più in particolare, il carattere fisiologicamente durevole e prolungato della fase esecutiva del rapporto – svolga un ruolo determinante nella qualificazione della categoria in discorso. Ciò comporta che il rischio di un’alterazione dell’equilibrio originariamente stabilito tra le prestazioni alla cui esecuzione le parti si sono vincolate è maggiore, nell’ambito di questo particolare tipo di contrattazione, di quanto non lo sia – o lo si avverta – nella contrattazione cosiddetta istantanea, laddove la valutazione soggettiva dell’equivalenza delle prestazioni è operata, in larghissima parte, nella fase precontrattuale<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> D’Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 493 e 496.

<sup>17</sup> Di particolare interesse le riflessioni di La Rocca, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. impr.*, 2018, 222 ss., che esamina le norme in materia di forma del contratto alla luce di ampie considerazioni in punto di politica economica e di incidenza dei costi transattivi sulla contrattazione, anche in riferimento al contratto di compravendita immobiliare. Per alcune considerazioni sulla rilevanza, a livello di politica economica, delle conseguenze dell’epidemia da COVID-19 sul mondo della contrattazione, cfr. Benedetti, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, cit., 7 s.

Tali considerazioni consentono di porre in luce un ulteriore elemento caratterizzante della fattispecie in discorso. Infatti, i contratti di durata sono stipulati sulla base di un'analisi costi-benefici che ciascuna delle parti conduce al tempo della conclusione, valutando il proprio interesse alla realizzazione, in astratto, dello scambio, pur nella consapevolezza che detta analisi potrebbe essere messa in discussione al momento in cui il proprio interesse diverrà concreto, indirizzandosi all'attuazione dello scambio medesimo<sup>18</sup>. In un tale contesto, la previsione contrattuale di uno o più strumenti rimediale potrebbe rivelarsi eccessivamente costosa, sia per le competenze tecniche necessarie, sia per il fisiologico carattere impreveduto e, in larga parte, imprevedibile delle sopravvenienze contrattuali<sup>19</sup>. Ciò spiega perché, nella contrattazione finalizzata alla conclusione di un accordo di durata, assumano un'importanza preponderante i costi legati all'accesso alle informazioni necessarie – parte delle quali è disponibile, mentre altre sono, come detto, oggetto di mere previsioni sulla futura fase di esecuzione del contratto – e allo svolgimento delle trattative, cui si sostituiscono, successivamente, quelli relativi al controllo sull'esecuzione del rapporto<sup>20</sup>. Per altri versi, il rilievo di detti costi è accresciuto dalla considerazione che gli investimenti in vista dell'instaurazione di una relazione contrattuale complessa e durevole nel tempo si presentano tendenzialmente inconvertibili, data la loro specificità (cosiddetti investimenti idiosincratici)<sup>21</sup>. Tali considerazioni – che saranno specificamente approfondite, in una prospettiva di analisi economica del diritto, nella seconda parte – consentono di tratteggiare le ragioni dell'incertezza caratterizzante la contrattazione di lungo periodo, sia nella fase genetica, sia in quella esecutiva.

---

<sup>18</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 507.

<sup>19</sup> In altri termini, la conclusione "frettolosa" del contratto evita alle parti i costi transattivi della negoziazione di una clausola per la ripartizione dei rischi relativi a ipotetiche e improbabili sopravvenienze. Vedi in proposito Grifasi, *Sopravenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 173; Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, 369.

<sup>20</sup> Il tema dei cosiddetti *enforcement costs* ha suscitato rinnovato interesse recentemente, in materia di *smart contracts*. In argomento, vedi Di Sabato, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 378 ss.; Sklaroff, *Smart contracts and the cost of inflexibility*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, Vol. 166, n. 1, 263 ss.; Schwartz, *Five things to know about smart contracts*, in *Monday - United States*, 28 June 2008. Per un inquadramento della figura, vedi recentemente Pardolesi, Davola, «Smart contract»: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in *Foro it.*, 2019, V, 195 ss.

<sup>21</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 29.

Tuttavia, come si è rilevato, la contrattazione di durata si presenta come fenomeno economico caratterizzante importanti segmenti della contemporanea economia di mercato. Gli operatori economici, pur consapevoli delle intrinseche asperità di tale contrattazione, concludono sovente contratti di durata; e alla conclusione si perviene anche allorché le parti – o una di esse – non possano o non vogliano sopportare i costi transattivi connessi all'individuazione di meccanismi o criteri di riparto delle conseguenze economiche derivanti dalle eventuali sopravvenienze. Entrambi i contraenti (ovvero quello che sarebbe in grado o potrebbe pretendere di affrontare tale preliminare attività) valutano cioè preponderante l'interesse alla realizzazione dell'operazione economica, rispetto alla quale è fondamentale raggiungere un accordo che consenta di dare inizio alla relazione contrattuale, ponendo in secondo piano l'interesse alla completezza della regolamentazione contrattuale<sup>22</sup>. Ciò consente di deviare leggermente la nostra attenzione dal piano dei costi a quello dei valori<sup>23</sup>.

Potremmo infatti affermare che, negli accordi caratterizzati dalla continuità della relazione contrattuale tra le parti, alla predeterminazione specifica e completa dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto – propria dei contratti a effetti istantanei – si sostituisce il valore giuridico della solidarietà fondata sul reciproco affidamento, in termini affini – seppur non analoghi – ai vincoli instaurati dai contratti associativi<sup>24</sup>. Ciò in quanto le tipologie negoziali di cui si discorre non costituiscono operazioni economiche isolate, che trovano nel mercato esclusivamente il proprio contesto, bensì contribuiscono esse stesse alla creazione del mercato medesimo, realizzando l'inte-

---

<sup>22</sup> Il tema dei costi di avvio dell'attività di impresa non è di scarso rilievo, soprattutto in un Paese, quale è l'Italia, in cui l'imprenditore sconta già significativi ritardi dovuti agli aggravati e alle lentezze della burocrazia, come ben esposto da Occhilupo, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività d'impresa in Italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Merc. concorr. reg.*, 2012, 39 ss.

<sup>23</sup> Calabresi, *Of Tastes and Values* (August 2014), Yale Law & Economics Research Paper No. 500, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2483947>; sull'argomento vedi anche Calabresi, *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Milano, 2018.

<sup>24</sup> Cfr. Cippitani, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, 293 ss. Sul ruolo della solidarietà nei rapporti contrattuali influenzati dalle conseguenze dell'epidemia di COVID-19 riflette Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, cit., 4; Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., 5, il quale ritiene che il valore della solidarietà, «tradotto tecnicamente nella clausola generale di buona fede o correttezza, costituisca una componente fondamentale della strumentazione argomentativa della quale si deve avvalere il civilista chiamato a fronteggiare i problemi derivanti dall'incidenza sul diritto dei contratti della pandemia in atto»; Dolmetta, *«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, cit., 10; Federico, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *questioneigiustizia.it*, 9 aprile 2020, 6.

resse comune degli operatori economici (essenzialmente imprenditori, ma non solo) in esso coinvolti<sup>25</sup>. Tali caratteri fondanti della categoria spiegano perché essa si componga di modelli per propria natura flessibili, anche in ragione della tendenziale insostituibilità – se non a costo di perdere ingenti investimenti – della controparte coinvolta nella relazione contrattuale di durata e degli alti costi transattivi connessi alla predeterminazione degli eventi perturbativi dell'equilibrio economico del rapporto.

Quanto sin qui osservato merita una precisazione. Il contratto di durata o a lungo termine resta pur sempre un contratto di scambio, nel quale confluiscono interessi contrapposti, alla cui soddisfazione è strumentale l'effettuazione dello scambio, che realizza l'assetto patrimoniale conseguente alla commutazione sinallagmatica. Vi è, dunque, una netta differenziazione del modello da quello dei contratti associativi: il mantenimento dell'accordo si giustifica solo in vista del raggiungimento del fine ultimo dello scambio economico. Pertanto, limitare l'applicazione del rimedio manutentivo ai soli contratti relazionali fra operatori specializzati<sup>26</sup> costituirebbe una restrizione arbitraria dell'ambito di operatività dei rimedi individuabili, a discapito di chi concluda solo occasionalmente contratti a lungo termine, senza effettuare investimenti caratterizzati da un alto grado di specificità e non funzionalizzati ad alimentare il mercato di riferimento<sup>27</sup>. Nondimeno, osservando la realtà economica contemporanea, va riconosciuta la marcata diversità che distingue il contratto della quotidianità da quello teso alla realizzazione di una complessa operazione economica; diversità che si articola sul piano della rilevanza degli interessi regolamentati, della complessità delle fasi prodromiche alla conclusione del contratto, nonché dell'analiticità dei contenuti<sup>28</sup>.

Il dato interessante da fissare, in questa fase, è che l'autonomia contrattuale delle parti che intendano concludere un contratto di durata si esprime pienamente nella rinuncia – fondata sull'affidamento che ciascun contraente fa sull'altrui esecuzione secondo buona fede – a prevedere meccanismi specifici (del resto, spesso, difficili da preconfigurare) di allocazione del rischio delle sopravvenienze.

---

<sup>25</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 56 e 58.

<sup>26</sup> Più in generale, sulla figura dei *relational contract*, vedi Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 40. Per alcune riflessioni critiche nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, cfr. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 467 ss. Nel contesto del contrasto alla pandemia da SARS-CoV-2, cfr. Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit., 10.

<sup>27</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 532.

<sup>28</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 18.

Ovviamente, tali considerazioni valgono esclusivamente in relazione a quegli eventi perturbativi che sospingano lo squilibrio sinallagmatico al di là del limite dato dall'alea normale del contratto di cui trattasi; ne risulterebbe, altrimenti, vulnerato il principio concorrenziale – caratterizzante il libero mercato – che consente a chi concluda buoni affari di arricchirsi, mentre non giustifica la previsione di tutele per chi si vincoli a un'operazione negoziale semplicemente sconveniente<sup>29</sup>. Fatte queste precisazioni e senza trascurare – né reprimere – la componente egoistica del soggetto che operi nel libero mercato, deve comunque riconoscersi che un esercizio profittevole della libertà di iniziativa economica privata richiede un sacrificio, in concreto, di parte delle proprie aspirazioni individualistiche, in funzione della conservazione delle relazioni dalle quali dipende la stessa esistenza di ciascuno all'interno della comunità<sup>30</sup>. È, del resto, la stessa Carta fondamentale a vincolare la libera iniziativa economica al rispetto dei valori dell'utilità sociale, della sicurezza e della dignità umana (art. 41 Cost.)<sup>31</sup>.

Riportando il discorso sul piano dei costi connessi alla contrattazione di durata, deve ribadirsi un dato consuntivo: la mancata previsione contrattuale di strumenti per il governo delle sopravvenienze nella fase attuativa del rapporto di lungo periodo non significa che le parti abbiano escluso l'applicazione di rimedi manutentivi che consentano di preservare il contratto e di portare a compimento l'operazione economica<sup>32</sup>. Al contrario – e sempre che i contraenti non abbiano escluso detta eventualità – l'aver contrattato pur nella consapevolezza che l'instaurata relazione contrattuale di durata sia suscettibile di essere influenzata – sino a stravolgere l'equilibrio economico dello scambio – da eventi imprevedibili testimonia come, nella figurata scala degli interessi, le parti abbiano collocato in posizione di indiscutibile rilievo quello alla realizzazione della specifica ope-

<sup>29</sup> Sul punto, vedi Tinti, *Convenienza economica e tutela dell'equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale*, in *Studium iuris*, 2017, 687 ss.

<sup>30</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 65.

<sup>31</sup> In argomento, vedi Vaccari, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2017, 17 ss.; Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 365 ss.; Sirena, *La categoria dei contrari d'impresa e il principio della buona fede*, relazione al convegno "Global law vs. local law", Brescia 12-14 maggio 2005, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 415 ss.; Morrone, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1471 ss.; Bessone, *La disciplina delle attività di impresa e le norme costituzionali a tutela della persona consumatore*, in *Giust. civ.*, 1981, 414 ss.

<sup>32</sup> Riflettono, nel contesto dei riflessi giuseconomici dell'epidemia di COVID-19, sull'utilità della conservazione dei contratti esposti a sopravvenienze, al fine di preservare il tessuto economico e sociale del Paese, Benedetti, Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., 1.

razione economica, come detto confidando nell'altrui buona fede quale espressione del dovere di solidarietà<sup>33</sup>. Per tali motivi, appare preferibile ricostruire un sistema legale di rimedi manutentivi che possa essere attivato all'evenienza, in assenza di una disciplina specifica (legale ovvero pattizia), per preservare – ove persistente – l'interesse comune alla realizzazione dell'operazione economica, mediante l'esecuzione soddisfacente del contratto.

In ciò, a ben vedere, si ravvisa la stessa *ratio* delle clausole di rinegoziazione, fonti convenzionali dell'obbligo di cooperare in buona fede per l'adeguamento – in vista della realizzazione del risultato finale – del contratto esposto alle sopravvenienze generalmente intese, stante la scarsa convenienza – in termini di costi transattivi – di predisporre una «formula di allocazione dell'alea degli sviluppi futuri il più possibile univoca e quindi sicura»<sup>34</sup>.

### 2.3 L'esecuzione del contratto di durata e il ruolo del parametro della buona fede (o correttezza)

Nel tratteggiare i caratteri della categoria dei contratti di durata, individuandone gli elementi strutturali sotto il profilo economico e giuridico, si è già avuto modo di fare riferimento al parametro della buona fede nella fase esecutiva quale espressione del principio di solidarietà sociale<sup>35</sup>. Tale stretta relazione tra gli elementi caratteristici della contrattazione di durata e la funzione della buona fede in senso oggettivo – o correttezza, ritenendo le due clausole generali espressive di regole di condotta coincidenti<sup>36</sup> – è significativa e non casuale. Infatti, la ricerca volta a circoscrivere l'ambito di operatività di un obbligo di fonte legale di rinegoziare, se-

<sup>33</sup> Vedi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 43, 60.

<sup>34</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 213.

<sup>35</sup> Sul ruolo potenzialmente "ipertrofico" del principio di correttezza e buona fede in materia di sopravvenienze contrattuali, vedi Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 109 ss. Secondo Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Quest. giust.*, 7 gennaio 2020, 7, il principio di buona fede finisce «per essere adoperato come una sorta di passepartout, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette»; *contra*, nella prospettiva dell'emergenza da COVID-19, Dolmetta, «*Rispetto delle misure di contenimento*» della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 10, per il quale: «in relazione alla emergenza pandemica che stiamo vivendo, c'è bisogno non già di una versione *light* della buona fede oggettiva, bensì di una sua lettura intensa, appassionata: come per l'appunto innervata in modo forte dal principio solidaristico».

<sup>36</sup> Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 17; Grifasi, *Soppravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 36 s.

condo buona fede, i termini del contratto di durata esposto a sopravvenienze perturbative deve essere condotta tenendo in primaria considerazione i caratteri peculiari del rapporto contrattuale a lungo termine che da esso scaturisce. Nell'ambito di simili contratti, come si è detto, stanti gli elevati costi transattivi derivanti da un'ipotesica – e comunque incerta negli esiti – predeterminazione di meccanismi di allocazione del rischio economico connesso al sopraggiungere di eventi perturbativi dell'equilibrio tra le prestazioni, è presumibile che le parti, in sede di stipula, rinuncino a tale sforzo di previsione, riservando alla futura rinegoziazione di buona fede la soluzione delle problematiche scaturenti da eventuali futuri squilibri, esorbitanti dai confini dell'alea normale. Questa scelta preliminare, da un lato, comporta che alla tipologia dei contratti di durata non pare utilmente applicabile lo schema rimediabile della ricostruzione – *ex post* – dell'ipotesica implicita volontà originaria dei contraenti circa l'allocazione del rischio connesso agli effetti di una determinata sopravvenienza<sup>37</sup>. Dall'altro, indica che l'individuazione – sulla base della condizione delle parti al momento della stipula – di quella maggiormente in grado di sopportare il costo della sopravvenienza (il cosiddetto *superior risk bearer*) rischia di rivelarsi inattuale e inadatta a configurare un efficiente rimedio manutentivo<sup>38</sup>. Infatti, la rinuncia a predeterminare meccanismi di allocazione del rischio, in primo luogo, impedisce di ricercare una volontà implicita, se non nel senso di aver voluto la conclusione del contratto nonostante l'incertezza<sup>39</sup>. In secondo luogo, tale contegno omissivo rende del tutto arbitraria la soluzione volta ad addossare le conseguenze pregiudizievoli su uno dei contraenti, circoscrivendo oltremodo – secondo considerazioni di fondamento squisitamente economico – l'ambito di operatività dei parametri valoriali in discorso (correttezza e solidarietà). Per questi motivi, la scelta di ricercare un obbligo legale di rinegoziare secondo buona fede, imposto alle parti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., quale strumento giuridico di adeguamento e mantenimento dei contratti che non reggano lo stress derivante dall'evento perturbativo – per insussistenza di adeguati meccanismi compensativi legali o convenzionali, atti a rigenerare un fisiologico disequilibrio (alea normale) – si rivela funzionale «a superare le difficili e incerte indagini sull'allocazione di rischi realisticamente mai allocati e a rimettere la vicenda negoziale

<sup>37</sup> In merito alla dottrina in discorso, cfr. Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 180.

<sup>38</sup> Cfr. Eloffson, *The dilemma of changed circumstances in contract law: an economic analysis of the foreseeability and superior risk bearer tests*, in *Columbia J. L. Soc. Problems*, 1996, 30, 2 ss. Per un inquadramento della figura del cosiddetto *superior risk bearer* vedi anche Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 10; Triantis, *Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III: *Regulation of Contracts*, Cheltenham, 2000, 108 ss.

<sup>39</sup> Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 60.

nella sua sede naturale, cioè nell'ambito della trattativa tra contraenti di buona fede»<sup>40</sup>, lasciando una funzione residuale – di deterrente – alla tutela giurisdizionale.

Il rilievo predominante della fase esecutiva del rapporto di durata e la fisiologica incertezza che connota la possibilità di mantenere all'interno dell'alea contrattuale l'equilibrio economico diviso dalle parti rendono manifesta l'importanza che assume il parametro della buona fede nella disciplina della condotta dei contraenti in sede di attuazione dell'accordo<sup>41</sup>. Sarebbe a dire che, nella disciplina dell'esecuzione dei contratti di durata, «il contratto (o la legge, mediata dalle disposizioni negoziali) indica l'esistenza, nonché il contenuto dell'obbligo, mentre il criterio della buona fede (ovvero della correttezza) offre lo strumento giuridico per individuare le modalità concrete dell'adempimento dell'obbligo»<sup>42</sup>. Un adempimento secondo buona fede consisterà, dunque, nell'esecuzione corrispondente all'attuazione del programma contrattuale, che si realizza conformando il proprio comportamento alle esigenze della controparte, rivalutate in relazione al tempo e ai mutamenti che esso abbia indotto sull'equilibrio delle prestazioni, secondo parametri di normalità che tengano conto della qualità dei soggetti, dell'attività economica da essi svolta e della tipologia (e disciplina legislativa) del rapporto che li lega<sup>43</sup>.

Come si è detto, le alterazioni dell'equilibrio sinallagmatico rilevanti ai fini della presente indagine sono quelle che superino l'alea normale accertabile – caso per caso – in relazione al tipo (o al non tipo) contrattuale prescelto<sup>44</sup>. Ciò, come noto, può aprire la strada al ricorso ai rimedi ablativi tipizzati, quali la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. Tuttavia, l'aver individuato la funzione qualificante dello strumento contrattuale di durata nella realizzazione del comune interesse all'esecuzione, nel corso del tempo, di un'operazione contrattuale complessa, costosa e difficilmente sostituibile – dal punto di vista sia oggettivo, sia soggettivo – sul mercato induce una considerazione ulteriore in ordine all'operatività del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto. Ponendo, cioè, attenzione alle caratteristiche peculiari dei contratti a lungo termine e dei rapporti che ne scaturiscono, si deve precisare che l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede si declina, tra l'altro, nel dovere della

<sup>40</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 309.

<sup>41</sup> Un'analisi ad ampio spettro sul ruolo della buona fede nelle dinamiche contrattuali è operata da Carbone, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2012, 153 ss.

<sup>42</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 355.

<sup>43</sup> Id., 131.

<sup>44</sup> Sul punto, si veda Gabrielli, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, I, 1705 ss.

parte che si venga a trovare in una condizione che legittimerebbe, astrattamente, il ricorso ai classici rimedi ablativi, in alternativa al mantenimento del contratto rinegoziato (impossibilità parziale, eccessiva onerosità sopravvenuta), «di proporre preliminarmente l'apertura della trattativa per verificare la consistenza della possibilità di adeguare il contratto e proseguire quindi l'esecuzione secondo gli interessi originari dei contraenti»<sup>45</sup>.

In ragione di tali considerazioni, l'adeguamento del contratto può essere considerato quale strumento di piena attuazione dell'autonomia contrattuale espressasi nella contrattazione di durata<sup>46</sup>, cui le parti possano ricorrere a prescindere dalla sussistenza dei requisiti idonei a dare accesso ai rimedi ablativi, ma che, in tali casi, imponga loro di fronteggiare la sopravvenienza adottando un comportamento conforme agli interessi espressi pattiziamente e, segnatamente, a quello verso la realizzazione – secondo correttezza e buona fede – dell'operazione economica divisata. Solo ove detta soluzione non abbia trovato spazio e si sia, dunque, escluso il ricorso opportunistico al rimedio ablativo, tale ultima via potrà essere intrapresa; e il giudice, decidendo della sorte del contratto, potrà ove richiesto valutare, a fini risarcitori, eventuali comportamenti opportunistici difforni dalle regole di condotta imposte dal dovere di buona fede.

---

<sup>45</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 399.

<sup>46</sup> Id., 154.

# SOPRAVVENIENZE E RIMEDI: VERSO LA CONFIGURAZIONE DI UN RIMEDIO MANUTENTIVO DI ORDINE GENERALE

## **3.1 L'emersione dell'interesse alla conservazione dei contratti di durata esposti a sopravvenienze, nell'ambito dei regolamenti contrattuali e delle discipline di settore, quale fondamento della configurazione di un rimedio manutentivo di ordine generale**

Per affrontare specificamente il tema del dovere di negoziare, secondo buona fede, l'adeguamento del contratto di durata esposto a sopravvenienze perturbative, occorre, dapprima, prendere in rassegna gli indici della sensibilità dell'ordinamento rispetto ai caratteri dei contratti di durata e ai rimedi idonei a tutelare l'interesse verso il mantenimento di detti accordi<sup>1</sup>. In seguito, è opportuno verificare che la configurazione di un rimedio manutentivo di ordine generale si presenti, nei fatti, necessaria e opportuna, non potendosi realizzare la medesima funzione ricorrendo ai rimedi generali che il legislatore già appresta. A tali fini è utile ricordare che, nell'ambito della fattispecie in discorso, il presupposto di operatività di qualsivoglia rimedio consiste nel sopravvenuto squilibrio economico tra le prestazioni dedotte in contratto, determinato da circostanze non prevedibili e, in ogni caso, non previste, che si ripercuotano sull'assetto negoziale originariamente fissato dai contraenti, pregiudicando gli interessi di una parte oltre il limite dell'alea normale. Nello specifico, la portata perturbativa della sopravvenienza contrattuale, rispetto all'interesse della parte, va valutata in termini oggettivi, distinguendo tra causa in concreto del contratto e motivi, e considerando rilevanti unicamente le ipotesi in cui la sopravvenienza frustra la possibilità di realizzare la prima<sup>2</sup>.

A fronte di tali eventi perturbativi, il rimedio manutentivo è chiamato a offrire tutela all'interesse delle parti alla realizzazione dell'operazione economica, disin-

---

<sup>1</sup> Sulla sensibilità dell'ordinamento italiano per la conservazione del contratto, cfr. Grifasi, *Sopraavvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 49.

<sup>2</sup> Panarello, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., 31.

centivando il ricorso opportunistico (contrario a buona fede) a rimedi che comportino il venir meno della relazione contrattuale di durata. La sussistenza di detto interesse può essere esplicitata direttamente dai contraenti, nell'esercizio dell'autonomia contrattuale; oppure può essere rilevata dal legislatore, che – discostandosi dai principi operanti nell'ambito dei contratti di scambio istantaneo – detti norme speciali volte a preservare il contratto esposto a sopravvenienze, prendendo in considerazione gli specifici caratteri della relazione di durata e gli squilibri di volta in volta considerati. Ponendo mente alla prima ipotesi, rispondono al fine, anzitutto, i meccanismi negoziali – “riconosciuti” dal legislatore – finalizzati a devolvere la determinazione di parte del contenuto del contratto all'attività sussidiaria di un terzo (cfr. art. 1349 c.c.)<sup>3</sup>, i quali non solo costituiscono una chiara (nonché piena) espressione dell'autonomia contrattuale, ma testimoniano altresì la concreta sussistenza di un interesse all'esecuzione cooperativa dell'accordo, in vista del suo mantenimento<sup>4</sup>. Per altri versi, i contraenti potrebbero inserire nel contratto una specifica clausola che, in caso di sopravvenienze perturbative, li vincoli a intraprendere una rinegoziazione dell'accordo secondo buona fede, declinandola vuoi in termini generali, vuoi specificamente, mediante la predeterminazione di un meccanismo automatico di adeguamento del valore delle prestazioni penalizzate dal mutamento delle circostanze (es. clausola di indicizzazione del prezzo<sup>5</sup>). A prescindere dalla precisione con cui sia dettata, la presenza di una clausola di adeguamento costituisce un chiaro indice dell'interesse delle parti alla conservazione del contratto; pertanto, ove la stessa non abbia preso specificamente in considerazione il tipo di sopravvenienza poi in concreto verificatasi e non consenta, dunque, una reazione adeguata agli effetti dalla medesima indotti nel rapporto contrattuale, il rimedio generale dell'obbligo di rinegoziazione – lungi dall'essere escluso dalla presenza di detta clausola – deve ritenersi operante proprio per salvaguardare, in concreto, l'interesse in essa espresso dalle parti in sede di stipula<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> In argomento, anche in ottica comparatistica, vedi Klesta, *La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della recente riforma francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 90 ss.

<sup>4</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 203 s.

<sup>5</sup> Goldberg, *Price Adjustment in Long-Term Contracts*, in *Wis. L. Rev.*, 1985, 527. Il tema delle clausole di indicizzazione è stato recentemente oggetto di studio in riferimento ai contratti di mutuo indicizzati ai tassi di cambio tra l'euro e differenti valute, in particolare il franco svizzero. Cfr. de Pamphilis, *Profili di nullità nei mutui indicizzati alla valuta estera*, in *Corr. giur.*, 2017, 1098 ss.; Dalmartello, *Trasparenza dei mutui in valuta estera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1154 ss.; Ferretti, Lunetta, *Clausole di indicizzazione al Franco svizzero e “floor”*, in *Società*, 2017, 85 ss. Per alcuni cenni critici relativamente alle esperienze francese e tedesca, vedi Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 179.

<sup>6</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 555.

Ponendo mente alle discipline speciali dettate dal codice civile con riguardo ai singoli contratti e limitando l'analisi unicamente ad alcune fattispecie di interesse, l'esigenza di offrire un rimedio manutentivo, nei termini sin qui precisati, emerge con chiarezza nella disciplina dell'appalto<sup>7</sup>. L'art. 1664 c.c. stabilisce – per le ipotesi di sopravvenienza ivi specificamente individuate nell'imprevedibile variazione dei costi oltre il decimo del prezzo e nelle altrettanto impreviste difficoltà di esecuzione (geologiche, idriche e simili) – un meccanismo rimediale marcatamente difforme da quello emergente dalla regola di cui all'art. 1467 c.c. e che recepisce e “attua” l'intrinseca relazionalità del contratto di appalto<sup>8</sup>. In tali ipotesi – e salva l'espressione pattizia di una comune volontà contraria<sup>9</sup> – il diritto alla revisione dei prezzi o all'equo compenso – quale elemento naturale del negozio – è assistito da una tutela di natura dispositiva, che deroga al principio generale dell'invariabilità delle condizioni contrattuali<sup>10</sup> e mantiene in vita il contratto di durata mediante la correzione dello squilibrio sopravvenuto del rischio economico<sup>11</sup>. Correzione, peraltro, limitata a quanto sufficiente a far rientrare lo squilibrio nell'ambito dell'alea normale (la differenza che eccede il decimo)<sup>12</sup>.

Anche l'analisi della disciplina del contratto di somministrazione<sup>13</sup> offre interessanti spunti, soprattutto a conferma di come il legislatore – allorché sia

---

<sup>7</sup> Vedi con specifico riferimento all'origine e al fondamento della norma del codice, Grifasi, *Sopraavvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 151 s. Un'ampia e approfondita analisi è inoltre operata da Tuccari, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 146 ss.; Id., *Sopraavvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Jus civile*, www.juscivile.it, 2019, 6.

<sup>8</sup> Vedi sul punto Grifasi, *Sopraavvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 159.

<sup>9</sup> Secondo la giurisprudenza di legittimità (vedi recentemente Cass., 6 marzo 2018, n. 5267, in *DeJure*), la disposizione di cui all'art. 1664 c.c. non ha carattere vincolante per le parti, le quali pertanto possono legittimamente derogarvi, con la conseguenza che, in caso di contrasto tra esse circa la reale portata delle clausole contrattuali sul punto della applicabilità o meno della norma *de qua*, è demandato al giudice di merito, al fine di accertare la reale volontà dei contraenti (se abbiano, cioè, voluto o meno escludere la revisione del prezzo del contratto di appalto), il compito di ricostruirne il comune intento negoziale avvalendosi dei comuni criteri di ermeneutica contrattuale, a partire da quello collegato all'elemento letterale delle clausole negoziali, considerando, all'uopo, che l'intento di derogare alla norma contenuta nell'art. 1664 c.c. non richiede l'uso di particolari espressioni formali, potendo per converso risultare, oltre che da una clausola espressa, anche dall'intero assetto negoziale nel suo complesso.

<sup>10</sup> Musolino, *Commento agli artt. 1655-1664 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, II, Milano, 2011, 108 ss.

<sup>11</sup> Per la sua formulazione, l'art. 1664 c.c. si presenta quale disposizione dettata prettamente per ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta. Vedi Tuccari, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 157.

<sup>12</sup> Cfr. Cass., 18 settembre 1992, n. 10693, in *DeJure*.

<sup>13</sup> Mauceri, *Sopraavvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1117 ss.

stato chiamato a regolamentare i singoli contratti di durata – abbia predisposto discipline conformate alle peculiarità strutturali ed economiche dei medesimi, nei sensi di cui si è detto. Lo stesso art. 1560 c.c., in tema di determinazione dell'entità della somministrazione, rappresenta un esempio emblematico di disciplina di un tipo contrattuale per definizione incompleto. In detta norma, trovano espressione e vengono contemperati, in vista della corretta esecuzione del contratto, gli interessi opposti del somministrato e del somministrante. Infatti, a tutela del primo, è previsto che la determinazione dell'entità sia commisurata al suo normale fabbisogno; tuttavia, detto fabbisogno viene valutato in riferimento al tempo della conclusione del contratto, preservando, dunque, il legittimo affidamento della parte somministrante<sup>14</sup>. La consapevolezza del legislatore del codice circa le caratteristiche peculiari delle relazioni contrattuali di durata emerge altresì dall'esame della disciplina della risoluzione per inadempimento e della sospensione dell'esecuzione (artt. 1564 e 1565 c.c.). Nel primo caso, al fine di garantire la stabilità del rapporto a tutela dell'interesse di entrambi i contraenti, la possibilità di sciogliersi dal contratto è circoscritta alla ricorrenza dei due requisiti della notevole importanza dell'inadempimento (diversamente, cfr. art. 1455 c.c.) e della lesione della fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti. Nella seconda ipotesi, invece, a fronte di un inadempimento di lieve entità da parte del somministrato, il somministrante non può sospendere l'esecuzione se non dando un congruo preavviso<sup>15</sup>.

Nel contratto di affitto, il rapporto di corrispettività tra le prestazioni è parametrato alla produttività del bene ed è assistito normativamente dai rimedi di tipo conservativo di cui agli artt. 1622 e 1623 c.c. Il primo prende in considerazione le sopravvenienze interne al rapporto (perdite determinate da riparazioni, secondo la rubrica della norma) che interferiscono direttamente con la capacità del bene di servire all'uso pattuito. Il secondo, invece, è volto a ripianare lo squilibrio sinallagmatico indotto da sopravvenienze esterne al rapporto (disposizioni di legge o provvedimenti autoritativi riguardanti la gestione produttiva<sup>16</sup>). In

---

<sup>14</sup> Bocchini, *Commento agli artt. 1559-1570 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, I, Milano, 2011, 190 ss.

<sup>15</sup> Id., 225 ss.

<sup>16</sup> Di cui le misure di contrasto alla diffusione della pandemia da COVID-19 rappresentano un chiaro esempio (le misure, a partire dalla dichiarazione dello stato di emergenza di cui alla Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, sono compendiate nella *Raccolta degli atti recanti misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemologica da COVID-19*, consultabile all'indirizzo <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglioArea/12>. Per ampliare lo spettro d'indagine ai provvedimenti locali, cfr. gli speciali pubblicati da Nomos Centro Studi Parlamentari, reperibili all'indirizzo <https://www.nomoscp.com/speciali-nomos.html>). In

entrambi i casi, è previsto il riequilibrio del rapporto mediante la riduzione o l'aumento del fitto. Invero, alle parti è data l'alternativa di risolvere il contratto; tuttavia, tale alternativa non è un rimedio altrettanto sicuro, in quanto la richiesta di risoluzione dovrà comunque essere valutata dal giudice secondo le circostanze<sup>17</sup>.

Vi sono, ovviamente, ulteriori specifiche ipotesi (cfr. ad es., la disciplina in tema di mutamento del rischio assicurato, di cui agli artt. 1897 e 1898 c.c.<sup>18</sup>, nonché le fattispecie prese in considerazione nelle discipline settoriali<sup>19</sup>), la cui trattazione può ritenersi, comunque, superflua al fine qui perseguito. Infatti, i rimedi previsti dal legislatore nell'ambito della disciplina dei singoli contratti di durata se, da un lato, testimoniano la consapevolezza del medesimo circa la struttura di detti rapporti negoziali e il rilievo giuridico che le sopravvenienze possono assumere in seno a essi, ispirando i meccanismi di protezione dell'equilibrio sinallagmatico di volta in volta configurati, dall'altro costituiscono ipotesi tipiche e specifiche, che paiono difficilmente suscettibili di generalizzazione,

---

tale contesto, tuttavia, stante il significativo impatto delle misure di contenimento sul settore del commercio e delle professioni, il tema della gestione delle sopravvenienze è venuto in rilievo piuttosto con riguardo al contratto di locazione commerciale, nella cui disciplina non si rinviene un'analoga disposizione. Cfr., in materia, Pandolfini, *Contratti di locazione commerciale: rinegoziare il canone ai tempi del Coronavirus*, in *quotidianogiuridico.it*, 6 maggio 2020; Dolmetta, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *ILcaso.it*, cit.; Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020 (il quale, rilevata la lacuna, formula altresì una proposta di intervento legislativo); D'Onofrio, *L'impatto del covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in *diritto.it*, 3 aprile 2020; Crispino, Troncone, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, cit.; Caranci, *Coronavirus e locazione ad uso commerciale: si può sospendere o ridurre unilateralmente in canone?*, in *quotidianogiuridico.it*, 26 marzo 2020.

<sup>17</sup> Mormile, *Commento agli artt. 1615-1627 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, cit., 421.

<sup>18</sup> Vedi in argomento Corrias, *Il contratto di assicurazione nel novero dei contratti di durata*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 8 ss., ora anche in Morera, De Poli (a cura di), *La rilevanza del tempo nei contratti bancari e finanziari*, Torino, 2017, 87 ss.; Landini, *Commento agli artt. 1882-1932 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, IV, Milano, 2011, 122 ss. Per un'analisi della disciplina in materia di contratto di fornitura, nella prospettiva dell'emergenza da COVID-19, cfr. Sparano, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*, cit., 4 s. Nella prospettiva della pandemia da SARS-CoV-2, cfr. Landini, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond*, in *giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020.

<sup>19</sup> Anche in questo caso è opportuno rinviare all'esauritiva analisi compiuta da Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 217 ss. V. anche Mirone, *La "rilevanza del tempo" nella disciplina dei contratti bancari di durata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 417 ss. Evidenzia le istanze di conservazione del contratto promananti dalla disciplina speciale Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 75 ss.

peraltro in assenza di un vuoto normativo nel sistema che, per le ipotesi non specificamente disciplinate, prevede l'applicabilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.<sup>20</sup>.

### **3.2 Il rimedio manutentivo di ordine generale tra ipotesi interpretative e operatività della regola dell'art. 1467 c.c.**

È opportuno, a questo punto, concentrare l'attenzione sulla ricerca di un rimedio manutentivo di ordine generale, che consenta di correggere il contratto di durata esposto a sopravvenienze, preservando l'interesse delle parti alla realizzazione dell'operazione economica. Come si è già anticipato, rispetto al richiamato fine, il meccanismo previsto dall'art. 1467 c.c., oltre ad essere derogabile dalle parti<sup>21</sup>, presenta evidenti limiti: la parte pregiudicata dagli effetti della sopravvenienza può solo chiedere la risoluzione, senza avere diritto alla rinegoziazione; la controparte ha, invece, la facoltà di formulare un'offerta modificativa, ma né vi è obbligata, né incentivata, essendo in concreto avvantaggiata dalla sopravvenienza. Ma, soprattutto, all'esito della breve rassegna svolta con riguardo ai singoli contratti di durata codificati, può ribadirsi, con maggior chiarezza, un dato consuntivo. Mentre le discipline settoriali prevedono specifici rimedi manutentivi a tutela dell'interesse al riequilibrio del rapporto esposto a sopravvenienze, in vista della sua conservazione, il rimedio generale di cui all'art. 1467 c.c. pare teso alla sua rimozione, lasciando privo di una piena e immediata tutela l'interesse all'adeguamento contrattuale. Il sistema delle tutele delineato dal codice pare, dunque, incompleto, esponendo – nella dialettica tra rimedio generale e rimedi particolari – soluzioni che rischiano di rivelarsi inattuali e contraddittorie<sup>22</sup>.

Pare dunque opportuno spostare l'attenzione sulla disciplina generale dei contratti, per trarre spunti utili a configurare una soluzione che ponga rimedio alla rilevata inefficienza rimediale. Occorre a tal fine osservare, in prologo, che, oltre alle previsioni dettate con riguardo ai singoli contratti di durata, vi sono norme di carattere generale idonee a costituire indici dell'autonoma rilevanza dell'interesse

---

<sup>20</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 502.

<sup>21</sup> Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., 222; Gambino, *Revisione del contratto e autonomia privata*, cit., 355; Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 78.

<sup>22</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 514.

alla prosecuzione del rapporto di durata e della necessità di una sua tutela normativa. In tal senso, può richiamarsi l'art. 1464 c.c. che, come si è già visto, in caso di impossibilità parziale sopravvenuta della prestazione, ammette il recesso del creditore solo in assenza di un suo apprezzabile interesse all'adempimento parziale; mentre, per il caso di mantenimento del rapporto, gli accorda comunque il diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da lui dovuta<sup>23</sup>. Tuttavia, a detta disciplina non può guardarsi per individuare un rimedio di ordine generale per riequilibrare i rapporti contrattuali esposti a sopravvenienze. Le sopravvenienze contrattuali, infatti, non determinano in ogni caso un'oggettiva impossibilità di eseguire, in tutto o in parte, il programma negoziale, ma un'impossibilità relativa – secondo il parametro soggettivo della convenienza dello scambio, in vista della realizzazione della causa concreta del contratto – di eseguirlo alle condizioni previamente determinate. Dunque, per darsi applicazione all'art. 1464 c.c. in tema di sopravvenienze contrattuali, occorrerebbe includere il rapporto commutativo (convenienza dello scambio) nell'oggetto del contratto, il che non pare ammissibile, anche in considerazione del fatto che il primo è influenzato da fattori esterni al contratto e dalle valutazioni soggettive di ciascun contraente<sup>24</sup>.

La via dell'applicazione analogica di altri rimedi di ordine generale, del pari, non si rivela soddisfacente, a testimonianza del fatto che, se una soluzione di ordine generale può essere individuata rispetto al tema del governo delle sopravvenienze in un'ottica manutentiva degli accordi di durata, essa va ricercata nella dialettica tra la clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto e il rimedio dettato dall'art. 1467 c.c.

Infatti, la ricostruzione di una disciplina rimediale per ricondurre a equilibrio il rapporto contrattuale interessato dalle sopravvenienze non pare potersi fondare sulla normativa codicistica in tema di errore<sup>25</sup>, ovvero sia qualificando la sopravvenienza contrattuale come vizio della volontà negoziale scaturente dalla mancata previsione dell'incidenza economica della sopravvenienza stessa sulla fase di esecuzione del contratto di durata, cui conseguirebbe il diritto della parte svantaggiata di chiedere l'annullamento del contratto, salvo che la controparte non si offra di eseguirlo conformemente al contenuto e alle modalità cui la prima avrebbe inteso concluderlo (art. 1432 c.c.). La soluzione, che comunque riproporrebbe il meccanismo sostanzialmente ablativo predisposto dall'art. 1467 c.c., rendendo la riconduzione a equità un evento

<sup>23</sup> Vedi *supra*, parte I, cap. 1.1.

<sup>24</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 526.

<sup>25</sup> Sul tema, vedi Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., 399 ss.

meramente ipotetico, non pare adeguata a prendere in considerazione l'ampio spettro delle sopravvenienze che, in concreto, affliggono i rapporti contrattuali. Infatti, per rilevare nei sensi di cui alla richiamata disciplina, la sopravvenienza dovrebbe essere preesistente (ma ignota) rispetto alla stipulazione, dovrebbe soddisfare il requisito dell'essenzialità (art. 1429 c.c.)<sup>26</sup> e, soprattutto, dovrebbe essere conosciuta o conoscibile dall'altro contraente (art. 1431 c.c.)<sup>27</sup>; mentre le sopravvenienze contrattuali, come comunemente intese, si caratterizzano per la loro insorgenza solo in sede di attuazione del rapporto, per la loro rilevanza prettamente economica nello squilibrare il sinallagma, nonché per il loro oggettivo carattere di imprevedibilità da parte di entrambi i contraenti<sup>28</sup>. Analoghe considerazioni portano, poi, a escludere il ricorso alle affini figure dell'errore di calcolo (art. 1430 c.c.), dell'adeguamento del prezzo per la vendita di immobili a misura (art. 1537 c.c.) o nel caso di vendita di cosa parzialmente altrui (art. 1480 c.c.)<sup>29</sup>.

Anche la già trattata figura della presupposizione<sup>30</sup> potrebbe essere richiamata quale criterio generale per disciplinare il tema delle sopravvenienze contrattuali, laddove queste, facendo venire meno un presupposto determinante nel fondare il consenso delle parti verso la conclusione e il mantenimento del vincolo contrattuale, lo rendano risolvibile per fatto non imputabile ai contraenti. Tuttavia, il rimedio in discorso è di tipo esclusivamente ablativo, sciogliendo il vincolo senza offrire tutela all'interesse all'esecuzione satisfattiva del contratto<sup>31</sup>.

Neppure gli strumenti dell'interpretazione del contratto paiono idonei ad affrontare il tema delle sopravvenienze contrattuali in un'ottica di riequilibrio del rapporto<sup>32</sup>. Occorrerebbe, infatti, fondare sul principio dell'interpretazione

---

<sup>26</sup> Cfr. Franco, *Rilevanza dell'errore: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Not.*, 1998, II, 287 ss.; Bessone, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pacta sunt servanda e alea normale del contratto*, in *Giur. merito*, 1978, 802 ss.

<sup>27</sup> Nella prospettiva risarcitoria, il tema è affrontato da Rocca, *Conoscenza e riconoscibilità dell'errore. Il danno emergente e il problema del lucro cessante nella responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 623 ss.

<sup>28</sup> Con riguardo alle sopravvenienze cosiddette atipiche, vedi Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 107 ss.

<sup>29</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 520 ss.

<sup>30</sup> Vedi *supra*, parte I, cap. 1.3.

<sup>31</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 522.

<sup>32</sup> In argomento, Lipari, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 711 ss. Vedi anche Camardi, *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 69, spec. 75 ss.

secondo buona fede (art. 1366 c.c.) un dovere reciproco di rinegoziare le condizioni contrattuali, a partire dal quale l'interprete potrebbe dare al contratto un'interpretazione adeguatrice, volta alla sua conservazione (art. 1367 c.c.), rispondendo alla domanda: se la circostanza sopravvenuta fosse stata conosciuta dalle parti in sede di stipulazione, su quale di esse sarebbe stato addossato il rischio? Pertanto, l'attività interpretativa si risolverebbe nell'individuazione del soggetto più idoneo a sopportare detto rischio (*superior risk bearer*), presumendosi che le parti, nella suddetta ipotesi, avrebbero deciso di addossare il rischio della sopravvenienza a quest'ultimo. Tale soluzione si espone ai rilievi critici di cui già si è dato atto, evidenziando come la rinuncia alla predeterminazione di un meccanismo di riparto del rischio corrisponda, in realtà, a una legittima e piena manifestazione dell'autonomia contrattuale, dettata dal carattere preminente dell'interesse verso la conclusione del contratto e l'instaurazione della relazione di durata, al fine di realizzare l'operazione economica divisata e facendo affidamento sulla reciproca correttezza e solidarietà. Da un lato, dunque, la presunzione di una volontà delle parti in ordine all'allocazione del rischio potrebbe rivelarsi spesso, in concreto, fallace: infatti, la rinuncia a prevenire le numerose ipotetiche – e intrinsecamente imprevedibili – sopravvenienze, mediante complessi criteri di allocazione del rischio, può essere una scelta concorde e consapevole delle parti che, in tal modo, rimuovono antieconomici costi transattivi. Dall'altro lato e con specifico riguardo al meccanismo interpretativo, va rilevato che l'interpretazione incontra il limite oggettivo del contenuto della dichiarazione programmatica (dato testuale), mentre le sopravvenienze contrattuali incidono sul contratto in quanto lo rendono inefficiente rispetto alla nuova situazione giuridico-economica venutasi a creare tra le parti<sup>33</sup>, rendendo perciò necessario procedere a una sua vera e propria revisione.

Concentrando l'attenzione sulle conseguenze economiche delle sopravvenienze contrattuali, la dottrina ha scartato anche l'impostazione che mirava a descrivere la situazione di vantaggio nella quale viene a trovarsi un contraente, allorché la controparte subisca gli effetti pregiudizievoli dell'evento perturbativo, quale arricchimento ingiustificato, che avrebbe recato a ritenere priva di giustificazione causale l'attribuzione patrimoniale conseguente, consentendo l'applicazione dell'art. 2041 c.c. alla fattispecie<sup>34</sup>. Tale tesi incontra, invero, alcuni

---

<sup>33</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 523 s.

<sup>34</sup> Sull'azione in parola, cfr. Carrisi, *L'azione di arricchimento senza giusta causa nella giurisprudenza di legittimità*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 5, 15 ss.; Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 379 ss.

rilievi critici, in quanto, in primo luogo, imporrebbe di accettare una nozione di causa contrattuale che ne contempra la radicale scomparsa nella fase attuativa del rapporto. In secondo luogo e soprattutto, per tale via si perverrebbe al riconoscimento, in favore della parte svantaggiata, di un indennizzo, il quale, oltre a rischiare di non essere compiutamente compensativo del pregiudizio subito, difficilmente riuscirebbe a intervenire efficacemente nell'ambito di quei rapporti di durata che, in quanto esposti a sopravvenienze, debbono essere rivisti in profondità, incidendo, al fine del loro mantenimento, su contenuto, misura e modalità di esecuzione delle reciproche prestazioni<sup>35</sup>.

Il percorso sin qui tracciato ha consentito di far emergere una tensione latente verso la predisposizione di meccanismi rimediali specifici per i contratti di durata, che ne privilegino – o, meglio, ne incentivino – la conservazione. Per altro verso, ha permesso di circoscrivere la collocazione sistematica e la portata della ricerca necessaria al fine di configurare concretamente un rimedio manutentivo di ordine generale, individuando nel parametro della buona fede nell'esecuzione del contratto e nella disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta i poli entro cui tradurre le considerazioni svolte circa la struttura dei contratti di durata e gli interessi a essi normalmente sottesi. Tale ricerca andrà condotta avendo particolare riguardo alla tutela e conservazione del principio dell'autonomia contrattuale privata, soprattutto allorché si tratti di individuare le modalità attraverso le quali l'autorità del giudice possa intervenire a integrarla, con facoltà di valutare sul piano risarcitorio i comportamenti contrari alla buona fede. In tal senso, si può sin d'ora anticipare che l'emersione, dall'analisi delle disposizioni dedicate dal codice civile ai contratti di durata, di un principio di preferenza – mai specificamente esplicitato – per il mantenimento di detti accordi consentirebbe di ammettere l'intervento del giudice (a seguito del fallimento delle trattative per la rinegoziazione), circoscrivendolo tuttavia alla formulazione di una ipotesi di esito della trattativa che le parti avrebbero dovuto condurre, secondo buona fede, in considerazione di tutti gli elementi del caso concreto, al fine di riequilibrare il rapporto, consentendo la prosecuzione della sua esecuzione «nel rispetto della base economica dello scambio originariamente accettata da entrambi i contraenti»<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 528.

<sup>36</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 16 s.

# IL DOVERE DI RINEGOZIARE: PRINCIPI ISPIRATORI, STRUTTURA E MECCANISMO APPLICATIVO

## **4.1 Il dovere di rinegoziare nella dialettica tra autonomia privata e giustizia contrattuale**

Come si è detto, l'art. 1467 c.c. costituisce il rimedio risolutorio di ordine generale mediante il quale l'ordinamento prende in considerazione l'ipotesi di sopravvenienza contrattuale dell'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. Una volta sopraggiunto l'evento perturbativo, alla parte che ne sia penalizzata è concessa la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto. Ove questa non venga richiesta (a meno che, a seguito della relativa istanza, la controparte non attivi il meccanismo manutentivo ed eventuale di cui al comma terzo della disposizione in discorso), il contraente svantaggiato resta vincolato al contratto, secondo le condizioni concordate in sede di stipula, ma che sono divenute economicamente incongrue (eccessivamente onerose) rispetto al mutato equilibrio sinallagmatico. Il vantaggio per la controparte è di tutta evidenza ed è il frutto degli effetti prodotti sul rapporto – a sua volta scaturito da un contratto concluso nel pieno esercizio dell'autonomia negoziale – da un evento non prevedibile ed eccezionale. Si è altresì notato come l'ordinamento non tuteli – in linea di principio – l'interesse alla conclusione di buoni affari; in questa prospettiva, potrebbe spiegarsi la scelta del legislatore che, nel dettare l'art. 1467 c.c., ha circoscritto all'ipotesi in cui il predetto vantaggio – e il correlato svantaggio – si riveli "eccessivo", per eventi straordinari e imprevedibili, la possibilità di attivare il rimedio risolutorio, restando così il contraente svantaggiato in balia del volere della controparte – e della valutazione del giudice – in ordine al mantenimento o meno dell'accordo modificato (mediante offerta di riconduzione a equità).

Rispetto a tale alternativa estrema – nella quale il contraente penalizzato dagli effetti della sopravvenienza può restare vincolato a un accordo divenuto eccessivamente oneroso, ovvero chiederne la risoluzione, esponendosi al concreto rischio di perdere gli investimenti fatti in vista della conclusione dell'accordo e della realizzazione dell'operazione economica – deve essere indagato il margine

di incidenza del dovere di eseguire il contratto secondo buona fede, quale fonte di un obbligo di rinegoziare il contratto, ovvero di un intervento correttivo da parte del giudice<sup>1</sup>. Il tema, come ovvio, porta alla luce la dialettica tra i valori dell'autonomia privata e della giustizia contrattuale<sup>2</sup>. «La relazione tra negozio e ordinamento statale è, a ben vedere, espressione della relazione tra libertà (rappresentata dal negozio) e autorità (espressa dall'ordinamento statale); cioè tra un sistema di valori (il negozio) espressione di specifici, circoscritti e personali interessi e un sistema di valori (l'ordinamento statale), espressione di una visione generale e totalizzante della realtà sociale»<sup>3</sup>. Il rapporto dialogico tra tali sistemi di valori è oggetto di una continua rilettura, che ha portato a emergere notevoli profili di interesse, che in questa sede possono essere poco più che tratteggiati. Il tema del contratto giusto – impostosi alla riflessione dei civilisti, a seguito della sua emersione in sede giurisprudenziale, quale rimedio a fronte degli squilibri contrattuali inaccettabili, in quanto contrastanti con i parametri costituzionali<sup>4</sup>

<sup>1</sup> In argomento, vedi recentemente Pennasilico, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 163 ss. Per una riflessione sull'obbligo di rinegoziare i contratti al tempo del COVID-19, cfr. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., 5.; Benedetti, Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, cit., 3; Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020, cit., 9 s.

<sup>2</sup> Sulla giustizia contrattuale, vedi Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 27 ss.

<sup>3</sup> Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, V ed., Rimini, 1995, rist. corretta 1997, 84.

<sup>4</sup> In proposito, anche in virtù della *ratio* ispiratrice della proposta di riforma della disciplina del codice civile in materia di sopravvenienze e rinegoziazione cui si è più volte accennato, è d'obbligo un richiamo alla giurisprudenza della Consulta in tema di eccessiva onerosità della caparra confirmatoria: C. cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, 3767, con nota di Astone, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Foro it.*, 2014, I, 382, con nota di Patti, in *Contratti*, 2014, 926, con nota di D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*; C. cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, in *Giur. cost.*, 2014, 1497, in *Foro it.*, 2014, I, 2035, con note di Scoditti, *Il diritto dei contratti fra costituzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, Pardolesi, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e Lener, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, in *Contratti*, 2014, 853, con nota di Pagliantini, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un "trompe l'oeil" concettuale?*. In argomento, vedi anche Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, 7 ss.; Canzio, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, *ivi*, 3 ss.; Scoditti, *Contratto, giudice e Costituzione*, *ivi*, 9 ss.; Mariotti, *L'applicazione diretta dei principi costituzionali e delle clause generali nei contratti assicurativi e di investimento: riflessioni critiche*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 10 ss.; Scoditti, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, 211 ss.; Grossi, *Dalle "clausole" ai "principii": a proposito dell'interpretazione come invenzione*, *ivi*, 2017, 5; Scoditti, *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, 417 ss.; Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

– ha messo in discussione sia il rapporto tra parte generale del contratto e normativa di settore (con un’espansione della seconda a discapito della prima), sia il classico parallelismo tra libero esercizio dell’autonomia privata nel momento genetico dell’accordo e intangibilità del regolamento contrattuale, sia, da ultimo, la relazione tra legge statutale e leggi di mercato<sup>5</sup>. Tali sommovimenti hanno condotto la dottrina a prendere atto di come «il regolamento contrattuale non possa più essere appannaggio della piena ed esclusiva disponibilità dei privati, ma debba essere, attraverso un meccanismo di sganciamento dalla fonte, attratto nella disponibilità conformatrice dell’ordinamento»<sup>6</sup>.

Poste tali premesse, gli interrogativi da porre, per procedere nella ricerca, sono molteplici: l’interesse al mantenimento dell’accordo di durata è meritevole di una tutela di ordine generale? Qual è la fonte positiva e quale la struttura di una simile tutela? E in quale posizione è opportuno collocarla rispetto al rimedio di cui all’art. 1467 c.c.?

Alla prima domanda può essere offerta risposta affermativa. Infatti, gli indici di rilevanza e i criteri di selezione degli interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico (art. 1322, co. 2, c.c.) appaiono mutati, nel passaggio che si determina, per tramite del canone della giustizia sostanziale, dal sistema formalistico e astratto delineato dal codice civile nel regolamentare il contratto a quello dei più recenti provvedimenti e progetti legislativi (si pensi alla disciplina dei contratti del consumatore<sup>7</sup>), più attenti a considerare giuridicamente rilevanti la posizione e gli interessi espressi dalle parti con la contrattazione<sup>8</sup>. Le considerazioni svolte circa le caratteristiche strutturali dei contratti di durata e delle relazioni che ne scaturiscono inducono a ritenere meritevole di tutela l’interesse al mantenimento del contratto – adeguato all’assetto degli interessi risultante dagli effetti perturbativi della sopravve-

---

2015, 787 ss.; Russo, *La correzione della caparra iniqua tra buona fede e proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 915 ss.; D’Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247; Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. cir. civ.*, 2014, 685 ss.

<sup>5</sup> Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 157 s. Di autonomia privata come “avatar” tra ragioni dell’economia e tutela dai di lei eccessi parla Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 4 ss. Vedi anche Lanzillo, *Regole nel mercato e congruità nello scambio*, in *Contr. impr.*, 1985, 309 ss.

<sup>6</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 138.

<sup>7</sup> In argomento, vedi de Pamphilis, *I contratti di consumo tra esigenze di armonizzazione e nuovi modelli negoziali*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 2019, 411 ss.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione della “parabola” dall’impostazione liberale a quella maggiormente protezionistica, cfr. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 21 ss.; Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l’art. 1468 c.c.*, cit., 155.

nienza – e alla realizzazione dell’operazione economica (causa concreta) che ha ispirato la sua conclusione<sup>9</sup>.

Un simile approccio rischia di sconfinare in un asservimento del diritto alle mutevoli ragioni dell’economia, imponendo la ricerca di un dato positivo al quale ancorare le soluzioni prospettabili. Infatti, il contratto è un fenomeno giuridico che fissa i corrispettivi diritti delle parti. Esso non è la mera risultante di leggi economiche, in quanto rimane pur sempre distinto dall’operazione economica sottostante<sup>10</sup>. Cionondimeno, l’osservazione del fenomeno economico della contrattazione di durata e delle peculiari problematiche che esso pone all’interprete è operazione imprescindibile. Infatti, se da un lato non può concedersi che gli operatori economici «si organizzino al di fuori del diritto», in una sorta di autodisciplina degli affari, dall’altro lato la ricerca di principi giuridici atti a risolvere le problematiche in discorso «non può ignorare il fenomeno economico, per la cui comprensione l’ordinamento fornisce tutti i necessari strumenti»<sup>11</sup>. E uno strumento particolarmente efficace, in tal senso, è rappresentato dalla possibilità di ricorrere alle clausole generali che – nell’ambito di un sistema legislativo misto, permeato di regole rigide ed elastiche – consentono di adeguare la norma giuridica all’esigenza del caso concreto, rendendola corrispondente alle nuove esigenze<sup>12</sup>.

Nell’ambito della contrattazione di durata, la dialettica tra il principio di intangibilità del contratto e la tutela dell’interesse alla sua conservazione mediante un intervento integrativo, fondato sui criteri dell’equità e della buona fede, viene in rilievo nelle ipotesi in cui – avendo il regolamento contrattuale rivelato un’irragionevolezza intrinseca, in ragione delle sopravvenienze, che non sia tuttavia suscettibile di sfociare in un sindacato sul vizio secondo le norme codificate (intervento “contro” il contratto) – si renda indispensabile, al fine di portare a compimento l’operazione economica divisata dalle parti, riequilibrare la ragione dello scambio “secondo” il contratto<sup>13</sup>. Occorre, a tal fine, tenere distinti i profili del giudizio sulla validità del contratto e della verifica della sua corretta esecuzione. Infatti, nell’esplicazione dell’autonomia contrattuale, si transita da una fase di enunciazione programmatica degli interessi da realizzare mediante l’operazione negoziale – rimessa alla disponibilità delle parti con i soli limiti derivanti dalla selezione degli interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento – a una

---

<sup>9</sup> Ulteriori argomenti a supporto di una simile impostazione sono recati dall’analisi economica del diritto: il tema è meglio sviluppato nella seconda parte.

<sup>10</sup> Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, III ed., Milano, 2019, 10.

<sup>11</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 69.

<sup>12</sup> Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 15.

<sup>13</sup> Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l’art. 1468 c.c.*, cit., 114.

fase di predisposizione e progressiva implementazione delle regole negoziali atte alla realizzazione degli interessi prescelti, nella quale un intervento correttivo, integrativo o sostitutivo pare configurabile<sup>14</sup>, nel rispetto della predetta enunciazione programmatica e in vista della realizzazione degli interessi in essa espressi.

In tale prospettiva, può essere proposta un'interpretazione delle norme di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. in senso solidaristico: l'esecuzione secondo correttezza e buona fede del contratto di durata si traduce, come sarà meglio approfondito in seguito, nel dovere di rinegoziare – sempre secondo buona fede – il contratto, nel caso in cui gli effetti delle sopravvenienze perturbative (non disciplinate pattiziamente) abbiano determinato uno squilibrio economico delle prestazioni che esuli dall'alea normale dello specifico contratto. Le clausole di correttezza e buona fede – come detto da ritenersi espressione di un'unica regola di condotta – hanno, infatti, acquisito una precisa valenza prescrittiva. Esse esprimono, nell'ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti, il rinnovato rapporto tra il criterio direttivo della giustizia e il valore della certezza del diritto. In tale rapporto, il valore della certezza del diritto viene ricollocato in una funzione servente, quale criterio formale della regolamentazione delle relazioni sociali, comunque improntata a criteri di contemperamento di interessi e di inter-delimitazione delle sfere giuridiche soggettive<sup>15</sup>.

Il rilievo giuridico della buona fede contrattuale emerge, del resto, dall'osservazione delle regole che disciplinano le relazioni contrattuali, dalla fase delle trattative sino all'esecuzione del contratto, che il legislatore ha inteso sottoporre ai principi di lealtà e correttezza<sup>16</sup>. Pertanto, può osservarsi come la “riscoperta” delle clausole generali e la loro valorizzazione nella disciplina delle moderne, complesse relazioni contrattuali abbia potuto fondarsi sul substrato predisposto dal codice civile, che ha posto l'accento «sulla moralità che deve connotare ogni rapporto giuridico»<sup>17</sup>.

In ragione di tali argomentazioni, può guardarsi alle posizioni discordanti circa il carattere precettivo della clausola di buona fede che si rinvencono nella giurisprudenza di legittimità. Secondo una prima sistemazione, deve escludersi il concorso della buona fede nella formazione e integrazione del regolamento contrattuale, in quanto ipotesi integrativa non codificata (art. 1374 c.c.) che si

---

<sup>14</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 49; Spangaro, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, cit., 8.

<sup>15</sup> Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., 135 s.

<sup>16</sup> Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 50.

<sup>17</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 157.

porrebbe in contrasto con il principio dell'autonomia privata<sup>18</sup>. Di contro, si è posto in luce come il principio di buona fede trovi specificazione in un dovere di reciproca cooperazione dei contraenti, a tutela dell'interesse della controparte e del giusto equilibrio degli interessi, quale espressione del canone costituzionale della solidarietà nei rapporti tra privati, da cui risultano permeati ed eventualmente integrati il contenuto del contratto e i suoi effetti<sup>19</sup>. Tale ultima sistemazione appare preferibile poiché, senza privare di un'adeguata tutela il valore della certezza nei rapporti tra privati di fonte contrattuale, consente di ricorrere alla clausola generale della buona fede quale tecnica di ricerca della regola del caso concreto operante – in mancanza di un modello preconstituito nella fattispecie astratta – sui materiali già presenti nell'ordinamento<sup>20</sup>, anche al fine di colmare eventuali lacune normative o contrattuali. Si è del resto rilevato che i valori affermati nella Carta costituzionale si trasmettono concretamente alle relazioni contrattuali, da un lato, per tramite del richiamo, quale fonte di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.), alla legge – nella quale certo rientra quella fondamentale – e, dall'altro lato, in ragione dell'attività di concretizzazione delle clausole generali (su tutte, la buona fede) demandata al giudice, che si avvale stabilmente dei principi oggettivi enucleati sulla base del testo costituzionale per individuare la regola più coerente con gli interessi divisati in contratto<sup>21</sup>. Su tali basi potrà essere proseguito il discorso, trattando più specificamente del dovere di rinegoziare, secondo buona fede, il contratto a lungo termine investito dalle sopravvenienze e di come esso si configuri e operi.

Prima di procedere, è opportuna un'ultima precisazione. Se, come detto, si potrà fare riferimento a correttezza e buona fede come a un'unica regola di condotta, analoga assimilazione non può ricorrere con il termine equità. Infatti, equità e buona fede si contraddistinguono per un differente ambito di operatività, essendo la prima vincolata alla necessaria previsione normativa e

<sup>18</sup> Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Giust. civ.*, 1990, I, 126, nota di Senofonte; in *Foro it.*, 1989, I, 2570, nota di Pardolesi, Di Majo e Mariconda; in *Banca Borsa*, 1989, II, 537; in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 1137 nota di Valignani.

<sup>19</sup> Oltre alle già citate C. cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, cit., e C. cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, cit., vedi Cass. civ., 20 aprile 1984, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159, nota di Morelli; Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Obbl. contr.* (on line), 2009, nota di Rubino; in *Contratti*, 2009, 1009; *ivi*, 2010, 5, nota di D'Amico; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 3, 1, 231; in *Riv. dir. civ.*, 2010, 6, 653, nota di Panetti; in *Danno resp.*, 2010, 347, nota di Mastrorilli; in *Giur. it.*, 2010, 556, nota di Monteleone e Scaglione; *ivi*, 2010, 809, nota di Salerno; in *Corr. giur.*, 2011, 1, 109 nota di Cenini e Gambaro; in *Foro it.*, 2010, 1, 1, 85, nota di Palmieri e Pardolesi; in *Obbl. contr.*, 2010, 172, nota di Orlandi.

<sup>20</sup> Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 89.

<sup>21</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 47.

costituendo la seconda, al contrario, lo strumento cui si può sempre ricorrere per filtrare valori sociali – quale è quello fondamentale della solidarietà – entro la forma giuridica, così giustificando l'intervento altrimenti arbitrario del potere alieno del giudice sul contratto<sup>22</sup>. Secondo la regola espressa dall'art. 1374 c.c., l'equità è fonte di integrazione del contratto unicamente nei casi in cui la legge demanda al giudice di intervenire sul regolamento contrattuale – per l'appunto – secondo equità, come avviene ad esempio nella valutazione dell'offerta formulata ai sensi del comma terzo dell'art. 1467 c.c. (ancora, vedi ad es. art. 1664, u.c., c.c.)<sup>23</sup>. Con riguardo all'equità, una precisazione è d'obbligo anche per chiarire la prospettiva d'analisi. Infatti, onde evitare che l'applicazione della clausola della buona fede si confonda con il giudizio di equità, dando ingresso a un inammissibile “paternalismo” giudiziario, occorre prendere sempre a riferimento, quale dato normativo di partenza, il contratto in veste di strumento di regolazione di interessi nell'ambito di un'economia di mercato, inserendo l'atto nell'attività in cui esso vada eventualmente a collocarsi e «dando rilievo a tutte le circostanze in grado di vivificare gli interessi sottostanti», così ricostruendo – in via ermeneutica – la regola privata nella sua completezza<sup>24</sup>.

## 4.2 Gli obblighi delle parti in vista del mantenimento del contratto

La ricerca di un fondamento giuridico del dovere di rinegoziare secondo buona fede il contratto esposto a sopravvenienze, nonché la correlata indagine sulla struttura e sulla collocazione sistematica di detto dovere, è come detto legata all'osservazione delle caratteristiche proprie della contrattazione di durata e degli interessi che la animano. A fronte di una sopravvenienza perturbativa, sorge un duplice interesse: quello al mantenimento dell'accordo e quello alla sua esecuzione alle condizioni originariamente pattuite<sup>25</sup>. Un efficace rimedio manutentivo dovrebbe salvaguardare il primo interesse, senza sacrificare irra-

<sup>22</sup> Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 29.

<sup>23</sup> Sul punto, vedi Rispoli, *Equità integrativa e potere correttivo del giudice*, in *Corr. merito*, 2013, 30 ss.; Riccio, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in *Contr. impr.*, 2005, 927 ss. Per un inquadramento della figura dell'equità nel sistema del codice civile e della sua valorizzazione per effetto delle fonti eurounitarie, vedi Grifasi, *Soppravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 41 ss.

<sup>24</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 161, 169 e 200.

<sup>25</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 509.

gionevolmente il secondo, ponendosi quale ulteriore strumento di espressione dell'autonomia contrattuale delle parti, senza che risulti pregiudicata la libertà di ciascuna di sciogliersi da un contratto per il mantenimento del quale non nutra più – per l'appunto – alcun interesse.

Discorrendo in termini generali di detto rimedio abbiamo parlato di adeguamento del contratto: si rende ora necessaria una precisazione della portata descrittiva e definitoria di tale espressione. Generalmente intesa, essa ricomprende tutte le vicende giuridiche modificative del rapporto contrattuale le quali, dunque, intervengono successivamente alla conclusione del contratto<sup>26</sup>. Ma, ai fini della nostra indagine, andrà considerata in senso restrittivo, volendo indicare l'esito della rinegoziazione instaurata tra le parti – con l'eventuale cooperazione di un terzo (privato o giudice) – secondo buona fede, per effetto di uno specifico dovere dettato dalla legge o dal contratto medesimo.

La fonte legale di detto dovere è stata individuata nelle norme che prescrivono l'esecuzione del contratto secondo buona fede e, nella prospettiva volta a considerare le caratteristiche strutturali della contrattazione di durata, il fine della rinegoziazione è stato individuato nella riconduzione dello squilibrio sinallagmatico indotto dalla sopravvenienza nell'alveo dell'alea contrattuale. Infatti, nel contratto di durata, il principio di proporzionalità tra diritti e obblighi viene in rilievo nella fase esecutiva del rapporto contrattuale – laddove questo sia esposto a sopravvenienze variamente considerate – quale criterio per la selezione di un rimedio che elimini le eccessive e ingiustificabili sproporzioni. Esso è suscettibile di operare in vista del mantenimento dell'accordo, in tutte quelle ipotesi in cui i rimedi ablativi tipici (es. rescissione e risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta) si rivelino inadeguati, sia fondando un vero e proprio principio generale di adeguamento del contratto, cui le parti dovrebbero attenersi nella fase esecutiva, sia consentendo un intervento correttivo del giudice che, in posizione concorrente con l'autonomia contrattuale, determini una riduzione della sproporzione tra le prestazioni<sup>27</sup>. Occorre, tuttavia, specificare ulteriormente che adeguamento del contratto non significa adesione a un criterio oggettivo (statico) di equivalenza e proporzionalità delle prestazioni; adeguare il contratto significa dare a esso un'esecuzione governata, in un'ottica cooperativa, dai principi generali di correttezza e buona fede, mediante i quali i contraenti possono rimettere in discussione l'elemento strutturale (equilibrio dinamico) del rapporto<sup>28</sup>. In quest'ottica, il rimedio della revisione

<sup>26</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 10.

<sup>27</sup> Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., 140.

<sup>28</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 146 s.

esprime la propria utilità in senso teleologico. Esso rappresenta l'alternativa alla rimozione del rapporto e consente di soddisfare il programma degli interessi fissato originariamente tra le parti. Ciò è possibile mediante l'esecuzione dell'accordo originariamente concluso, il quale viene sì mantenuto vigente tra (e cogente per) le stesse parti, ma in virtù e a seguito di un riequilibrio dei reciproci diritti e obblighi in considerazione dello squilibrio indotto dalla sopravvenienza<sup>29</sup>.

Riassumendo: anche a fronte dei rimedi manutentivi specificamente previsti dal legislatore, con riguardo a particolari tipi contrattuali, può individuarsi un obbligo generale di contrattare in buona fede la revisione del rapporto squilibrato dalle sopravvenienze contrattuali, fondato sul dovere di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., letti alla luce del principio solidaristico affermato nell'art. 2 Cost.<sup>30</sup>. La parte avvantaggiata dalla sopravvenienza sarebbe pertanto obbligata a rinegoziare i termini dell'accordo, in considerazione dei disequilibri indotti dalla sopravvenienza, sicché il rimedio risolutorio degraderebbe a ipotesi residuale, a fronte del generale dovere di cooperare alla revisione del rapporto secondo buona fede. Tale sistemazione produce il già ricordato effetto deflativo dei costi di contrattazione, in quanto sgrava i contraenti dell'onere di allocare preventivamente – secondo criteri probabilistici e intrinsecamente incerti – il rischio delle sopravvenienze contrattuali. Secondariamente, agli interpreti sarebbe risparmiata l'opera ricostruttiva dell'ipotetica distribuzione in concreto di detto rischio da parte dei contraenti, ove i medesimi, in sede di stipula, avessero conosciuto gli effetti che la sopravvenienza avrebbe successivamente prodotto sull'equilibrio economico del rapporto contrattuale. D'altro canto, ponendosi nella prospettiva del soggetto svantaggiato dagli effetti della sopravvenienza, ci si è spinti sino a intravedere un diritto potestativo alla revisione, cui corrisponde una posizione di soggezione della controparte contrattuale e a cui consegue una modificazione del rapporto che, senza subire alterazioni sostanziali, risulta adattato al fine di conservare e realizzare gli interessi fondamentali manifestati dai contraenti nel programma negoziale<sup>31</sup>.

Come si è detto, la disamina della struttura del rimedio manutentivo va di pari passo con l'indagine attorno al rapporto tra questo e il rimedio di cui all'art. 1467 c.c. In ragione di quanto affermato, i due rimedi possono essere osservati nella loro relazione di complementarità, consentendo di prendere in

<sup>29</sup> Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., 149.

<sup>30</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 537.

<sup>31</sup> Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., 150.

considerazione e tutelare adeguatamente tutti gli interessi che vengono in rilievo nell'ambito della relazione contrattuale di durata.

Questa relazione può essere meglio specificata. Se per tutti i rapporti contrattuali di durata esiste una regola generale di adeguamento fondata sulla clausola della buona fede, ancorata al valore costituzionale della solidarietà, allora l'art. 1467 c.c. subisce una ricollocazione sistematica, passando da norma rimediabile di livello primario a clausola di salvaguardia contro un abuso dei reciproci diritti scaturenti, in capo a ciascuna parte, a fronte dell'abbattersi degli effetti perturbativi della sopravvenienza sul rapporto, in vista della sua conservazione<sup>32</sup>. Infatti, «il contraente svantaggiato per effetto di impreviste sopravvenienze ha diritto alla rinegoziazione, ai sensi dell'art. 1375 c.c., costituendo ciò il riflesso del dovere della controparte di attivarsi per tutelare l'interesse alla prosecuzione del rapporto; al contempo, anche in capo alla controparte viene tutelato l'interesse alla prosecuzione del rapporto, poiché gli è concesso di neutralizzare l'eventuale domanda giudiziale di risoluzione del contratto attraverso un'offerta di riconduzione ad equità»<sup>33</sup>, la quale, ove ritenuta congrua dal giudice, determinerà il rigetto della domanda di risoluzione, impedendosi in tal modo alla parte svantaggiata di svincolarsi opportunisticamente dal contratto. Il profilo dell'abuso del diritto, il cui rilievo si è già avuto modo di segnalare, manifesta qui una portata discretiva di fondamentale importanza, in quanto «la linea che segna la demarcazione tra libertà contrattuale e intervento riequilibrativo ben può essere rinvenuta, alla stregua della proposta ricostruttiva della dottrina, nell'abuso, inteso come utilizzo dell'autonomia contrattuale contro l'altro contraente in spregio alle regole di buona fede e correttezza, come tale configurabile ogniqualvolta, senza alcuna giustificazione oggettiva, vi sia una palese incoerenza e incongruenza tra il complessivo assetto degli interessi perseguiti e le regole contrattuali, contenenti diritti e obblighi, predisposti al fine di renderne possibile la realizzazione»<sup>34</sup>.

Il rimedio revisionale presenta, dunque, caratteri specifici: (a) la finalità di conservare l'intendimento economico consacrato nel regolamento contrattuale, operando nell'ambito di un contratto validamente concluso e intervenendo sul rapporto contrattuale dal medesimo scaturente; (b) la fonte legale dell'obbligo di

<sup>32</sup> Particolare interesse presenta anche la tesi di una cosiddetta "terza via rimediabile", fondata sulla prevalenza del rimedio dell'adeguamento ex art. 1664 c.c., nei contratti riconducibili all'appalto, e sulla centralità della risoluzione ex art. 1467 c.c., negli altri rapporti di durata, proposta da Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 210 ss.

<sup>33</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 539.

<sup>34</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 203.

rinegoziazione, con l'intervento giudiziale – comunque limitato dai termini del regolamento contrattuale da preservare o rimuovere – relegato a ipotesi residuale, nel caso in cui detto obbligo sia inadempito; (c) l'impossibilità di operare sia in presenza di una clausola precipuamente deputata ad allocare il rischio della specifica sopravvenienza, sia in presenza di un regolamento contrattuale dalle parti consapevolmente sviato dal tipo commutativo a quello intrinsecamente aleatorio<sup>35</sup>.

Occorre infine ribadire, sul punto, che l'obbligo di rinegoziare si caratterizza in senso teleologico, attenendo – come si vedrà a breve – allo svolgimento di tutti quegli atti idonei a consentire alle parti di concordare l'adeguamento del contratto, alla luce delle concrete circostanze – sopravvenute – del caso: esso può dirsi adempito allorché le parti abbiano cooperato nell'instaurazione e conduzione – secondo correttezza e buona fede – della trattativa funzionale alla modificazione e al mantenimento del contratto<sup>36</sup>. Tale obbligo generale è suscettibile di specifiche concretizzazioni, a seconda della prospettiva di osservazione. Ponendo attenzione alla posizione del contraente svantaggiato, esso si esplicherà – ad esempio – nel dovere di informare compiutamente la controparte degli elementi perturbativi caratterizzanti la sopravvenuta posizione negoziale pregiudizievole, in modo da consentire una partecipazione consapevole dell'altro contraente alle trattative. Di contro, quest'ultimo dovrà principalmente assumere posizioni e deliberazioni congruenti con i caratteri e i contenuti dell'offerta ricevuta, evitando comportamenti opportunistici giustificati unicamente dal vantaggio economico conseguito in virtù dell'alterazione sopravvenuta dell'equilibrio sinallagmatico.

### 4.3 Il meccanismo di applicazione del rimedio manutentivo

Volendo trasporre i principi sin qui fissati sul piano della concreta operatività del rimedio manutentivo della rinegoziazione finalizzata all'adeguamento del contratto di durata colpito da sopravvenienze, occorre anzitutto fissare i limiti entro i quali il rimedio è destinato a trovare applicazione.

Si deve in primo luogo precisare che per applicare il rimedio manutentivo della rinegoziazione è sufficiente che il contratto a lungo termine sia posto in essere, a prescindere dalla circostanza che la sua esecuzione sia iniziata o meno:

---

<sup>35</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 544.

<sup>36</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 343 s.

infatti, come si è detto, la rinegoziazione si legittima in ragione dell'autonomo rilievo dell'interesse alla conservazione del rapporto<sup>37</sup> che, di volta in volta, guida i contraenti nella scelta tra il rimedio risolutorio e l'adeguamento del contratto.

Ulteriore elemento discretivo è dato dall'impatto perturbativo delle sopravvenienze che, come si è ripetuto più volte, deve essere tale da eccedere l'alea normale del contratto. Più nello specifico, l'alea normale – da accertarsi di volta in volta, secondo lo specifico schema negoziale prescelto – costituisce «l'elemento giuridico di congiunzione dell'affare, di cui il contratto è espressione, con il contesto del mercato»<sup>38</sup> e viene in rilievo allorché circostanze sopravvenute e imprevedibili – e comunque non previste dalle parti che avessero codificato un'alea convenzionale – determinino uno squilibrio del valore economico delle prestazioni, frustrando la possibilità di conseguire il risultato economico divisato mediante l'esecuzione del contratto secondo l'originario regolamento degli interessi.

Soddisfatti tali requisiti, a fronte dell'abbattersi dell'evento perturbativo, la sproporzione tra le prestazioni eccedente l'alea (prodotta da fattori esterni e sopravvenuti rispetto al parametro del contratto originario) determina l'insorgenza, in capo al soggetto penalizzato dalla sopravvenienza, dell'obbligo di comunicare la circostanza alla controparte, prima di eseguire la prestazione (o proseguirne l'esecuzione), e di fornire tutte le informazioni utili a dimostrare il carattere rilevante della sopravvenienza<sup>39</sup> e, quindi, gli effetti di questa sulla capacità del debitore di adempiere alle originarie condizioni. In conseguenza dell'adempimento di tali obblighi preliminari, utili a dar prova della ricorrenza dei requisiti per l'attivazione del rimedio manutentivo, sorge, in capo al creditore della prestazione influenzata dagli effetti perturbativi della sopravvenienza, un'obbligazione “di mezzi”, rappresentata dal dovere di rinegoziare secondo buona fede le condizioni del contratto, al fine di ricondurre tali effetti nell'alea normale di questo<sup>40</sup>. Nell'adempimento dell'obbligo di rinegoziare si dovrà aver riguardo al parametro della buona fede<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 563.

<sup>38</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 240.

<sup>39</sup> Vedremo nella terza parte come la condivisione delle informazioni rilevanti ai fini della rinegoziazione o dell'intervento giudiziale sul contratto rappresenti un aspetto centrale nella disciplina di *soft law* coniata in ambito europeo e internazionale.

<sup>40</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 556 ss.

<sup>41</sup> La radice del dovere di rinegoziazione si rinviene, dunque, nella clausola generale di buona fede (cfr. Grifasi, *Sopravenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 139; Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 465 s.).

che, da un lato, offre la possibilità di riequilibrare il rapporto, reagendo alla sopravvenienza e tutelando l'interesse alla conservazione del contratto; dall'altro, impedisce di vincolare al contratto modificato il contraente che – all'esito della rinegoziazione – si troverebbe obbligato a una prestazione divenuta – proprio in virtù dell'intervenuta rinegoziazione – eccessivamente onerosa, coerentemente con il disposto di cui all'art. 1467, comma 3, c.c.<sup>42</sup>.

Infatti, in caso di fallimento della rinegoziazione – o di inadempimento da parte del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza – il contraente svantaggiato potrà comunque invocare la risoluzione per eccessiva onerosità e – in sede giudiziale – la controparte potrà formulare l'offerta che ritenga idonea a ricondurre il rapporto a equità (art. 1467, co. 3, c.c.). Mediante questo meccanismo, si privilegia l'intervento delle parti – nell'esercizio della propria autonomia negoziale – per adeguare il contratto alle mutate condizioni<sup>43</sup>; mentre l'intervento del giudice è lasciato in secondo piano<sup>44</sup>. Ciò si spiega in ragione del fatto che le parti sono i soggetti più titolati – per competenza specifica e conoscenza dei caratteri e delle conseguenze economiche della sopravvenienza – a intervenire sul contratto dalle stesse concluso, modificandolo. Al contrario, la possibilità di investire il giudice della vertenza – chiamando a decidere un soggetto meno consapevole dei presupposti e degli interessi economici che tralucono dal contratto – costituisce un disincentivo rispetto all'adozione di comportamenti opportunistici in sede di rinegoziazione secondo buona fede<sup>45</sup>. Il giudice potrebbe, infatti, tanto rigettare la domanda di risoluzione – valutando non sussistenti i

---

<sup>42</sup> Di abuso del diritto nell'ottica della rinegoziazione trattano Cenini, Gambaro, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, 116 s. Vedi anche Tavassi, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus civile*, 2018, 9 ss.; Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 303 ss.

<sup>43</sup> In linea teorica, dunque, la rinegoziazione (sempre possibile per le parti) costituisce un non-remedio, ma un mero nuovo esercizio dell'autonomia negoziale. Cfr. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 133.

<sup>44</sup> Le parti, in sede di rinegoziazione, possono infatti godere di una ben più ampia discrezionalità nel conseguire l'accordo modificativo (cfr. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 70, 286). Sulla dialettica tra autonomia delle parti e intervento del giudice vedi spec. Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, 539 ss.

<sup>45</sup> *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, 499F. Supp. 53, 72 (W.D. Pa. 1980): «A rule that the Court may not act would have the perverse effect of discouraging the parties from resolving this dispute or future disputes on their own. Only a rule which permits judicial action of the kind the Court has taken in this case will provide a desirable practical incentive for businessmen to negotiate their own resolution to problems which arise in the life of long term contracts». Trad. it. in *Foro it.*, 1981, IV, 363.

presupposti di legge (su tutti, il superamento dell'alea normale; art. 1467, co. 2, c.c.), mantenendo in vigore il contratto originario ovvero accogliendo l'eventuale domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento – quanto accoglierla, valutando insufficiente l'offerta formulata *ex art.* 1467, co. 3, c.c. Non solo: egli potrebbe altresì riconoscere alla parte onerata il diritto al risarcimento del danno, a fronte di un'offerta tardiva ovvero lesiva dell'interesse dell'altra parte a conoscere tempestivamente l'intenzione di mantenere in vita il contratto, cioè frutto di un comportamento contrario a correttezza e buona fede. Una simile offerta – benché astrattamente equa – potrebbe finanche giustificare l'accoglimento della domanda di risoluzione, ove giunga a vulnerare, in concreto, l'interesse della parte svantaggiata alla conservazione del rapporto<sup>46</sup>.

Una valutazione consapevole di tali aspetti ci viene dalla giurisprudenza nordamericana in tema di *impracticability*<sup>47</sup>, che ha posto in luce come le controparti contrattuali siano sempre in grado – a fronte degli effetti perturbativi delle sopravvenienze contrattuali – di negoziare i termini di riequilibrio del rapporto e mantenimento del contratto adattato alle circostanze sopravvenute, ma anche come la configurabilità, in assenza di un loro accordo in tal senso, di un intervento giudiziale – come detto meno efficiente – svolga la funzione di incentivare le parti stesse a intraprendere, prima di adire il giudice e, comunque, in futuro, la via dell'autonoma rinegoziazione<sup>48</sup>.

La ricollocazione sistematica dell'art. 1467 c.c., quale rimedio complementare – in posizione residuale – rispetto al generale dovere di rinegoziare secondo buona fede il contratto esposto a sopravvenienze determina, altresì, una rivalutazione del ruolo dell'offerta di equa modificazione delle condizioni contrattuali, *ex art.* 1467, co. 3, c.c. La *ratio* di tale disciplina – che offre al convenuto la possibilità di paralizzare la domanda di risoluzione – risiede nel *favor* del codice civile per la conservazione del contratto; e l'offerta così formulata si qualifica come dichiarazione negoziale unilaterale, avente causa autonoma, che può essere resa unicamente dalla parte legittimata e preclude un'iniziativa officiosa del giudice<sup>49</sup>. Essa va valutata muovendo dall'indagine sull'alea normale del contratto<sup>50</sup>,

<sup>46</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 269.

<sup>47</sup> *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.

<sup>48</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 288.

<sup>49</sup> *Id.*, 265 s.

<sup>50</sup> Sulla figura, vedi ulteriormente Pierazzi, *L'alea nei contratti*, in *Contr. impr.*, 2011, 251 ss.; e, meno di recente, Bessone, *Il tipo negoziale e l'alea normale del contratto, la sua "causa" e il dogma della irrilevanza dei "motivi"*, in *Giur. it.*, 1979, 1035 ss.; Bessone, *Ratio legis dell'art. 1467 cod. civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 1979, 1

che deve prendere in considerazione non solo l'assetto originario degli interessi delle parti, ma anche «l'aspetto dinamico e attuale del contratto»<sup>51</sup>, valutando il contegno tenuto dalle parti nella sua esecuzione. In ragione di tali considerazioni, è idonea al fine di cui all'art. 1467, co. 3, c.c. l'offerta che colmi lo squilibrio economico tra le prestazioni in termini sufficienti a ricondurre detto squilibrio all'interno dell'alea normale del contratto. Tale valutazione è di fondamentale importanza, nella prospettiva del mantenimento del contratto e della possibilità di soddisfare il comune interesse delle parti per l'adempimento soddisfattivo delle reciproche obbligazioni, in vista della realizzazione dell'operazione economica complessiva. Per tale motivo, il sindacato del giudice, chiamato a valutare la congruità di un'offerta formulata – genericamente ovvero specificamente – ai sensi dell'art. 1467, co. 3, c.c., deve potersi esprimere in termini determinativi e/o integrativi del contenuto dell'offerta medesima. Ciò in quanto – oltrepassando le timide aperture<sup>52</sup> e nette chiusure<sup>53</sup> da parte della giurisprudenza e privilegiando un'osservazione empirica dei rapporti a lungo termine e dei relativi meccanismi convenzionali di adeguamento – la soluzione prospettata consentirebbe di offrire a entrambe le parti – una volta che la volontà di mantenere in vita l'accordo si sia espressa giudizialmente – un rimedio manutentivo il più possibile efficace. Entrambe, infatti, beneficerebbero dell'intervento spiegato in

---

ss.; Bessone, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pacta sunt servanda e alea normale del contratto*, cit., 802 ss. Con riguardo all'appalto, cfr. Lipari, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, 223 ss.

<sup>51</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 273.

<sup>52</sup> Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro It.*, 1990, I, 564, nota di Macario: «L'offerta di equa modificazione delle condizioni di un contratto divenuto eccessivamente oneroso (art. 1467, ult. comma, c.c.) è rimessa all'iniziativa della parte, mentre il giudice deve limitarsi a stabilire se le modificazioni sono idonee a normalizzare il rapporto contrattuale, senza poter integrare le eventuali deficienze della proposta o superarne la portata; tuttavia, qualora la parte, in sede di conclusioni, dichiari di offrire, a saldo del prezzo di una compravendita, una determinata somma o quella somma maggiore o minore che si ritenga equa, deve intendersi con ciò proposta una domanda subordinata di determinazione giudiziale dell'equo prezzo, in ordine alla quale il giudice, se ritiene che la somma quantificata sia idonea a far cessare l'eccessiva onerosità, deve necessariamente pronunciarsi, integrando l'offerta sulla base degli elementi di giudizio già acquisiti al processo».

<sup>53</sup> Cass. civ., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 2018, nota di Magni: «In tema di eccessiva onerosità sopravvenuta, nel caso in cui il convenuto nell'esercizio della facoltà di disporre liberamente dei propri interessi, anziché chiedere di rimettere al giudice la determinazione del contenuto delle modifiche da apportare al contratto per ricondurlo a equità, propone egli stesso il contenuto di dette modifiche, tale proposta, ove non accettata dalla controparte, perde il carattere di proposta negoziale rivolta a quest'ultima e assume il connotato di una specifica domanda processuale con la conseguenza, in tal caso, che il giudice ex art. 112 c.p.c. può soltanto pronunciarsi sull'efficacia di questa a impedire l'accoglimento della contrapposta domanda di risoluzione, non anche ridurre la somma offerta dal convenuto ritenendola eccessiva, perché così facendo deciderebbe *ultra petita* invadendo la sfera dispositiva delle parti».

tali termini dal giudice. L'offerente vedrebbe assicurato il risultato del mantenimento del contratto, senza esporsi all'alea della valutazione di congruità svolta da un soggetto terzo rispetto al rapporto e potendo limitarsi a formulare una generica offerta di riduzione a equità. L'altra parte, oltre a trarre vantaggio dalla certezza sulla sopravvivenza del contratto, vedrebbe rideterminato il contenuto della propria prestazione (nel rapporto sinallagmatico), alla luce della valutazione giudiziale del caso concreto, svolta anche in base agli effetti perturbativi della sopravvenienza allegati dalla medesima parte<sup>54</sup>.

Una tale sistemazione si caratterizza certamente (in assenza di una definizione di diritto positivo) per un certo grado di genericità<sup>55</sup>; ma non pare, tuttavia, sconosciuta alla nostra esperienza giuridica. Infatti, un indice della tensione dell'ordinamento verso la conservazione dell'equilibrio contrattuale nei contratti a lungo termine si rinviene nei rimedi adottati per i casi nei quali – essendo incerto il risultato finale dello scambio delle prestazioni, a fronte della determinazione originaria dell'oggetto del contratto – al convergere delle sopravvenute condizioni verso una realizzazione del programma contrattuale non conforme al rapporto degli interessi originariamente configurato si è reagito non già decretando l'invalidità del contratto, bensì attivando meccanismi di riequilibrio del rapporto sinallagmatico tra le prestazioni<sup>56</sup>. Così, al promissario acquirente di un immobile consegnato – anticipatamente rispetto al termine per la stipula del contratto definitivo di vendita – affetto da vizi incidenti sul suo valore commerciale, si è riconosciuta la possibilità di proporre, congiuntamente all'azione di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, l'azione di riduzione del prezzo ai sensi dell'art. 1492 c.c., configurando la pronuncia del giudice che tenga luogo del contratto non concluso – e fissi un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare – come un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 287 ss.

<sup>55</sup> È ben vero che i tentativi di tratteggiare un generale obbligo di negoziazione devono misurarsi con la critica di eccessiva genericità (vedi sul punto Tuccari, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 113, 125 ss.). Nondimeno, anche la lettura dell'attuale formulazione dell'art. 1467 c.c. reca a concludere che il legislatore abbia inteso affidare la soluzione della questione problematica del governo delle sopravvenienze a una norma generica e difficilmente "calcolabile" nei suoi esiti giudiziali, rispetto alla quale la prospettata "virata" avverrebbe solo in riferimento all'esito ablativo dalla stessa predicato. Tale "virata" andrebbe pertanto adeguatamente proceduralizzata, come si vedrà *infra*, anche in riferimento ai progetti di riforma.

<sup>56</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 98.

<sup>57</sup> Cass. civ., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, 3236. Vedi anche Cass., 27 febbraio 2017, n. 4939, in *Imm. propr.*, 2017, 253, in *Giur. it.*, 2017, 1529, con nota di Tirrito, in *Not.*, 2017, 272.

Come si è detto, però, la disciplina di cui all'art. 1467 c.c. deve ritenersi operante in via residuale, ove non sia possibile – o non si voglia – pervenire all'esito manutentivo dell'accordo per tramite della rinegoziazione, quale aspetto dell'esecuzione del contratto stesso secondo correttezza e buona fede. Infatti, è bene chiarire che l'obbligo di rinegoziare nasce dal contratto e ne costituisce parte integrante, dimodoché il suo inadempimento costituisca inadempimento del contratto originario<sup>58</sup>. Ne consegue che, se il contraente gravato dell'obbligo di rinegoziare il contratto secondo buona fede non vi adempie, la controparte contrattuale – che abbia interesse alla conservazione del contratto – potrà:

- a) restare vincolata al contratto e chiedere il risarcimento del danno corrispondente alla maggiore onerosità della propria prestazione – in relazione all'equilibrio sinallagmatico rappresentato nel contratto originariamente concluso – detratta la parte di detta onerosità rientrante nell'alea normale del contratto;
- b) chiedere la risoluzione ai sensi dell'art. 1467 c.c., conseguendo giudizialmente: 1) la risoluzione del contratto e (ove richiesto) il risarcimento del danno causato dalla lesione del proprio interesse alla prosecuzione del rapporto determinata dall'altrui violazione dell'obbligo di rinegoziare secondo buona fede (perdita di investimenti e spese effettuati in vista dell'esecuzione); 2) il mantenimento dell'accordo per l'intervenuta offerta della controparte di ricondurlo a equità (art. 1467, co. 3, c.c.), oltreché (sempre ove richiesto) il risarcimento del danno connesso al ritardato adempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto secondo buona fede<sup>59</sup>.

Per altri versi, a fronte di una situazione economicamente incongrua rispetto alle pattuizioni originarie, il rifiuto della parte avvantaggiata di rinegoziare il contratto secondo buona fede si espone alla censura di responsabilità rilevante,

---

<sup>58</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 402. Recentemente, le sezioni unite della Suprema Corte si sono concentrate sulla figura dell'inadempimento (non tanto dell'obbligazione, quanto) del contratto, in termini di imperfetta attuazione del risultato traslativo nel contratto di vendita e, più nello specifico, nella disciplina dei vizi della cosa venduta. Vedi Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, in *Foro it.*, 2019, I, 2726, in *Corr. giur.*, 2019, 744, con nota di Villa, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*; in *Not.*, 2019, 413, con nota di Ventura, *L'onere della prova in tema di garanzia per vizi della cosa venduta ex art. 1490 c.c. ed eventuali riflessi sulla vendita consumeristica*; in *Contratti*, 2019, 373, con nota di Dalla Massara, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle sezioni unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*; in *Giur. it.*, 2019, 1527, con nota di Calvo, *Luci e ombre nella cornice del congedo dalla garanzia edilizia*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1062 nota di Regazzoni, *Le sezioni unite confermano l'onere probatorio in materia di garanzia per vizi e la distinzione tra garanzia e obbligazione*.

<sup>59</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 566 ss.

oltreché in base al disposto dell'art. 1375 c.c., ai sensi dell'art. 1460 c.c., legittimando cioè la controparte a sospendere l'esecuzione e a pretendere il risarcimento del danno. Come si è infatti posto in luce, la clausola generale di buona fede offre copertura a un interesse, proprio di entrambe le parti e meritevole di tutela, nel peculiare ambito dei rapporti di durata: quello «all'esecuzione del contratto come mezzo per realizzare il risultato finale»<sup>60</sup>, cioè il compimento della complessiva operazione economica. In tale prospettiva, i principi di correttezza e buona fede devono fungere da criterio di valutazione del comportamento delle parti anche nel caso in cui sia sollevata un'eccezione di inadempimento<sup>61</sup>. Qualora, cioè, il contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza rifiuti di trattare per l'adeguamento del contratto, in ragione dell'inadempimento della controparte rispetto alle obbligazioni assunte con il medesimo accordo, ovvero nell'ipotesi in cui quest'ultima eccepisca l'avverso inadempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto secondo buona fede, per giustificare il proprio rifiuto di adempiere alle condizioni in essere. In tali casi, occorrerà operare una valutazione comparativa degli opposti interessi, procedendo a un bilanciamento dei medesimi guidato, per l'appunto, dal criterio della buona fede<sup>62</sup>.

In conclusione, la responsabilità connessa al non corretto comportamento in sede di rinegoziazione va qualificata come contrattuale, in quanto scaturente da un inadempimento posto in essere nella fase di esecuzione del contratto secondo buona fede<sup>63</sup>. Inoltre, nella valutazione e quantificazione del relativo risarcimento, assume particolare rilevanza il principio stabilito dall'art. 1227 c.c.<sup>64</sup>, laddove il legislatore, dimostrando un chiaro favore per l'atteggiamento cooperativo delle parti, sanziona i comportamenti colposi (o, nel nostro caso, opportunistici) del creditore<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 324.

<sup>61</sup> In argomento, vedi Venturelli, *Principio di buona fede e inadempimento "anticipato"*, in *Pers. mer.*, 2017, 15 ss.; Camilletti, *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, in *Contratti*, 2015, 1142 ss.; Gabrielli, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 167 ss.; Carboni, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corresponsività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 827 ss. Nella prospettiva dell'emergenza da COVID-19, cfr. Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, cit. 8.

<sup>62</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 397.

<sup>63</sup> Id., 401, che parla di "culpa in recontrahendo".

<sup>64</sup> Per una rassegna dell'applicazione giurisprudenziale della citata disposizione, cfr. Caredda, *Sulle oscillazioni applicative del concorso del fatto colposo del creditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1090 ss.; Signorelli, *Il concorso del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 110. In argomento, vedi anche Senocrate, *Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, 1° co., c.c. tra vecchi e nuovi problemi*, in *Obbl. contr.*, 2011, 611 ss.; Violante, *Concorso di colpa e allocazione della responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 483 ss.

<sup>65</sup> Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 414.

# IL RIMEDIO MANUTENTIVO NELLA PROSPETTIVA *DE JURE* CONDENDO

Come si è già avuto modo di segnalare, il legislatore italiano pare accingersi a mettere mano a una riforma – di ampio respiro – del codice civile e, per quanto di interesse in questa sede, a regolamentare specificamente il tema dell’obbligo di rinegoziare il contratto esposto a sopravvenienze perturbative.

Lo stadio embrionale della prospettata riforma e la decisione dei relatori di prefigurare tale novella secondo lo schema della delega legislativa al Governo, consentono di concentrare la nostra analisi solo sul criterio direttivo dettato, sul punto, nel disegno di legge delega<sup>1</sup>.

Si tratta, nondimeno, di un’analisi di indubbio interesse, in quanto consente di verificare – passo passo e senza alcuna pretesa di ingerenza – il recepimento o meno, da parte del legislatore, dei principi enucleati nelle varie fasi della presente ricerca.

Ove approvata, la legge delega assegnerebbe al Governo il compito di introdurre nel codice civile una norma che preveda il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l’adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti»<sup>2</sup>.

La *ratio* di tale prospettato intervento è esposta dalla relazione illustrativa del disegno di legge<sup>3</sup>, la quale, dopo aver ricostruito il meccanismo rimedi-

---

<sup>1</sup> Questo volume va in stampa mentre l’Associazione Civilisti Italiani è sul punto di licenziare una bozza di decreto delegato attuativo della riforma, a supporto dell’attività del legislatore, destinata a essere presentata nel corso del terzo convegno del ciclo triennale dedicato alla revisione del codice civile.

<sup>2</sup> Cfr. art. 1, co. 1, lett *i*), DDL Senato n. 1151/2019, cit. In argomento, cfr. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, cit., 5 s.

<sup>3</sup> La relazione fa corpo unico con il DDL Senato n. 1151/2019, cit. Ulteriori indicazioni utili sono fornite dal *Dossier sull’A.S. n.1151 “Delega al Governo per la revisione del codice civile”*, n. 131, redatto nel maggio 2019 dal Servizio Studi del Senato della Repubblica, Ufficio ricerche sulle

oggi operante ai sensi dell'art. 1467 c.c., rileva come – nel panorama del diritto vivente italiano – risultino assai limitati gli spazi di un intervento giudiziale correttivo dell'equilibrio contrattuale concordato tra le parti<sup>4</sup>.

A tale rilevata insufficienza del meccanismo rimediabile codificato fa da contraltare, sempre secondo la relazione, la prassi ormai consolidata che vede gli operatori economici impegnati nello strutturare e inserire nei propri contratti delle clausole di rinegoziazione<sup>5</sup> che possano intervenire – salvando il contratto – in quelle ipotesi per le quali il codice civile offrirebbe l'unica prospettiva della probabile risoluzione dello stesso accordo<sup>6</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, il legislatore ha avvertito la necessità di intervenire, mediante il criterio direttivo sopra citato, il quale, «prescindendo da apposite pattuizioni contrattuali», disegna un rimedio di generale applicazione, deputato a ristabilire l'equilibrio tra le prestazioni, inteso quale «equilibrio economico, per come fatto palese dal riferimento al ripristino della “proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti”, escludendosi perciò la possibilità di intervento giudiziale in caso di vizio genetico del contratto (tutt'al più rilevante per i casi di rescissione di cui agli articoli da 1463 a 1466 del codice civile)».

Nelle intenzioni del legislatore delegante, il nuovo rimedio dovrebbe operare in relazione a «ogni ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta», conferendo alla parte svantaggiata dagli effetti pregiudizievole della sopravvenienza, da un lato, la «possibilità»<sup>7</sup> di pretendere la rinegoziazione del contratto «secondo buona fede» e, dall'altro, la facoltà – «in caso di mancato accordo» in sede di rinegoziazione – di adire il giudice, chiedendo «l'adeguamento delle condizioni contrattuali».

Tale indubbia innovazione è dai relatori sia ancorata al referente costituzionale di cui all'art. 2 Cost., «come interpretata, tra l'altro, dalle succitate ordinanze della Corte costituzionale»<sup>8</sup>, sia collocata – con parallelismo non del tutto

---

questioni istituzionali, sulla giustizia e sulla cultura, consultabile all'indirizzo <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01112188.pdf>, vedi spec. 21 ss.

<sup>4</sup> La relazione richiama l'ipotesi di riduzione della penale e quella della declaratoria di nullità per contrasto con il precetto di cui all'art. 2 Cost. della caparra confirmatoria eccessiva, come configurata dalle ordinanze della C. cost. 24 ottobre 2013, n. 248, cit., e 2 aprile 2014, n. 77, cit. (per le quali il precetto di solidarietà «entra direttamente nel contratto in combinato contesto con il canone della buona fede»), ma rileva come in tale ultima ipotesi il rimedio (la nullità) si connoti per avere effetti caducatori e non manutentivi.

<sup>5</sup> La relazione parla più precisamente di «obbligazioni di rinegoziazione».

<sup>6</sup> Nel farlo, la relazione richiama il modello di *hardship clause* elaborato dall'UNIDROIT, specificamente preso in esame nella terza parte.

<sup>7</sup> Ma, come si è visto, il testo dell'articolato si esprime in termini di vero e proprio «diritto».

<sup>8</sup> Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248, e 2 aprile 2014, n. 77, cit.

lineare – nel solco dell’evoluzione indotta dalle fonti di derivazione eurounitaria, per tramite delle quali si è dato accesso (anche nel nostro ordinamento) a significativi poteri di sindacato e di intervento giudiziale sull’autonomia contrattuale dei privati<sup>9</sup>.

La sintetica rassegna che precede consente di svolgere qualche preliminare osservazione a commento del disegno di legge, mettendo a frutto quanto emerso nello studio sin qui approfondito.

In primo luogo, il criterio direttivo recato dal disegno di legge in materia di rinegoziazione si segnala per il carattere particolarmente enfatico della formulazione. A entrambe le parti del contratto deve essere attribuito il «diritto [...] di pretendere la rinegoziazione». Come già segnalato, la formula pare accentuare la dimensione obbligatoria della rinegoziazione<sup>10</sup>, prefigurando un vero e proprio diritto potestativo di fonte legale. Per altri versi, la netta enunciazione del diritto alla rinegoziazione solleva e alimenta l’interrogativo circa la dimensione della tutela di un simile diritto (vi è, in altri termini, un tema di coercibilità). Infatti, il DDL, limitandosi a prevedere l’intervento del giudice per riequilibrare il contratto, null’altro dice circa le conseguenze della violazione (anche manifesta) del diritto così configurato.

L’affermazione del diritto a rinegoziare è compiuta in riferimento a entrambe le parti. Il che, a nostro avviso, sebbene il criterio direttivo sia dettato esclusivamente in riferimento alla fattispecie dell’eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, rappresenta un ulteriore elemento a favore della tesi dell’applicabilità (per così dire “invertita”) del rimedio pure all’ipotesi dello svilimento della controprestazione<sup>11</sup>; anche se un richiamo espresso in tal senso avrebbe forse reso più agevole l’intervento del legislatore delegato.

Per altri versi, il riferimento all’eccessiva onerosità dei contratti e non delle

---

<sup>9</sup> Nota Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., XII, con riguardo all’autonomia privata, che «la realtà negoziale odierna ne ha mortificato l’intensità poiché al legislatore non si è posta alternativa alcuna al recepimento di istanze protezionistiche e formalistiche inconciliabili con le pulsioni volontaristiche del singolo». La relazione cita (e qui si annida la rilevata incoerenza) la tutela del contraente debole nell’ambito dei contratti tipicamente asimmetrici, mentre quello di cui all’art. 1467 c.c. è un rimedio di ordine generale, che non presuppone una disparità di forza contrattuale tra le parti. In materia di asimmetria contrattuale nella disciplina consumeristica, cfr. de Pamphilis, *I contratti di consumo tra esigenze di armonizzazione e nuovi modelli negoziali*, cit., 411 ss.

<sup>10</sup> La stessa relazione illustrativa “fotografata” una prassi che vede gli operatori economici intenti a inserire nei contratti obbligazioni di rinegoziazione.

<sup>11</sup> Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, cit., 69.; nella prospettiva dell’emergenza da COVID-19, cfr. Federico, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un’ermeneutica della dignità*, cit., 3.

prestazioni (secondo la formulazione dell'art. 1467 c.c.) pare potenzialmente feroce di confusione. Da un lato, infatti, non produce un sensibile allontanamento dal modello di cui all'art. 1467 c.c., che anzi pare un'ombra incombente sulla proposta di riforma, segnalando una certa insicurezza del legislatore nell'innovare tale settore ordinamentale. Ma, dall'altro lato, tale riferimento rischia di creare confusione con quanto previsto dal medesimo criterio direttivo, allorché riconnette il diritto alla rinegoziazione allo scopo di ripristinare la proporzione economica<sup>12</sup> «tra le prestazioni», come originariamente convenuta dalle parti.

Ciò che, invece, pare senz'altro dubitabile sotto il profilo dell'opportunità e dell'efficienza del rimedio proposto è il riferimento espresso alle «cause eccezionali e imprevedibili», il quale, se da un lato conferma ancora una volta che la paternità della nuova norma andrà ricercata nell'art. 1467 c.c. oggi vigente, dall'altro lato inserisce un elemento sclerotico nel meccanismo applicativo del rimedio in divenire<sup>13</sup>. Non solo in quanto rende assai arduo identificare il contenuto (e collocare nel tempo la nascita) del diritto a pretendere la rinegoziazione, ma anche e soprattutto perché non coglie l'occasione di recuperare un più adeguato grado di realismo delle premesse nel descrivere normativamente il fenomeno delle sopravvenienze contrattuali. Il criterio dell'eccezionalità o imprevedibilità dell'evento sopravvenuto, come si è visto, non si coniuga con il carattere necessariamente – e spesso volutamente – incompleto dei contratti di durata<sup>14</sup>. Durata che, peraltro, rende assai precario e in parte illogico ogni esercizio di prognosi (preventiva o postuma) circa la prevedibilità di una sopravvenienza della quale è assai più urgente e utile gestire, qui e ora, le conseguenze pregiudizievoli, nell'ottica di salvaguardare l'interesse delle parti alla realizzazione dell'operazione economica.

Tale profilo potrà essere meglio approfondito all'esito dello studio dedicato, nella seconda parte, agli apporti dell'analisi economica del diritto al tema del governo delle sopravvenienze contrattuali. In questa sede, merita di essere da ultimo sottolineato l'opportuno prospettato riferimento al potere del giudice di intervenire sul contratto per ricondurre a equilibrio le prestazioni. L'innovazione sarebbe positiva non tanto quale ulteriore rimedio manutentivo, quanto piuttosto

---

<sup>12</sup> Il riferimento all'equilibrio economico è espressamente esplicitato nella relazione illustrativa, di cui si è dato conto.

<sup>13</sup> Già in riferimento all'art. 1467 c.c. è stato, infatti, predicato un sostanziale assorbimento del criterio della straordinarietà in quello dell'imprevedibilità. Cfr. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 92.

<sup>14</sup> Come notato "orwellianamente" da Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 45: «premesso che tutti i contratti sono (economicamente) incompleti, i contratti a lungo termine risultano più "incompleti" rispetto agli altri».

sto quale utile strumento per incentivare una seria rinegoziazione dell'accordo da parte di quei soggetti (le parti) che, meglio conoscendone i contenuti e il substrato economico, sono senz'altro i più titolati a intervenire sul contratto per governare gli effetti della sopravvenienza perturbativa specificamente considerata.

In conclusione, all'esito di questa prima fase della ricerca, dedicata alla ricostruzione dei fondamenti giuridici di un rimedio manutentivo di ordine generale a fronte degli squilibri sinallagmatici indotti dalle sopravvenienze, può osservarsi come il disegno di legge in esame, da un lato, recepisca indubbiamente le esigenze degli operatori economici ma, dall'altro, prefiguri soluzioni a un primo esame incerte tanto nella struttura quanto negli esiti applicativi, pur con le riserve di un giudizio espresso a monte di un'attività legislativa delegata che certo potrà chiarire molti dei dubbi qua prospettati.



PARTE II

# **LE CARATTERISTICHE STRUTTURALI DEI CONTRATTI DI DURATA**

E L'ADEGUATEZZA DEI  
RIMEDI PER IL GOVERNO  
DELLE SOPRAVVENIENZE  
NELLA PROSPETTIVA  
DELL'ANALISI ECONOMICA  
DEL DIRITTO



# PREMESSA: IL RAPPORTO DIALOGICO TRA REGOLE DEL MERCATO E NORME GIURIDICHE NELLA RICERCA DI UN RIMEDIO MANUTENTIVO

A seguito dell'inquadramento generale della problematica fornito nella prima parte, è ora possibile proseguire la ricerca di ulteriori spunti di riflessione – in vista della configurazione di un'adeguata cornice rimediale per il mantenimento degli accordi di durata esposti a sopravvenienze – nell'ambito degli studi di analisi economica del diritto. Mediante tale percorso, potranno essere meglio chiariti aspetti – cruciali, nell'ambito della complessiva trattazione del tema della ricerca – quali l'incompletezza contrattuale, la sua peculiare rilevanza nell'ambito delle relazioni negoziali di lungo periodo e le funzioni economiche (di incentivo) connaturali alla scelta di un rimedio per la gestione degli effetti delle sopravvenienze contrattuali. Tali osservazioni se, da un lato, consentono di comprendere con maggior esattezza le dinamiche formative delle clausole contrattuali – e, segnatamente, di quelle volte a distribuire tra le parti il rischio delle sopravvenienze – dall'altro lato, rendono più agevole il compito del terzo (legislatore o giudice) chiamato a dettare per le parti (*ex ante* ovvero *ex post*) una simile regola.

All'indagine di tali particolari aspetti è bene, però, premettere alcune considerazioni di ordine generale, che consentano di inquadrare con maggior precisione i termini del discorso. Dal punto di vista storico ed economico, anzitutto, è opportuno considerare come, a partire dalla metà del secolo scorso, la riduzione dei costi di produzione (successivi alla conclusione del contratto) sia andata di pari passo con l'aumento dei costi transattivi (sopportati in vista della conclusione dell'accordo e della sua corretta esecuzione), in quanto le innovazioni tecnologiche, spingendo le imprese a realizzare investimenti fissi di notevole dimensione e lunga durata (caratterizzati spesso da un basso valore in usi alternativi), hanno determinato un aumento dei potenziali guadagni ricavabili da condotte opportunistiche<sup>1</sup>, nei termini che saranno meglio chiariti nel prosieguo della trattazione.

---

<sup>1</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, 79.

Sin d'ora, è opportuno comunque considerare come tali modificazioni di scala macroeconomica abbiano finito inevitabilmente per incidere sulle dinamiche delle relazioni contrattuali, singolarmente considerate, ponendo nuove sfide per gli operatori del diritto (privato), chiamati a farsi carico delle problematiche relative alla formazione e al mantenimento di accordi equilibrati. Infatti, gli scambi contrattuali alimentano il mercato e, in condizioni di libertà negoziale, producono un incremento della ricchezza complessiva, a prescindere dalla distribuzione delle utilità negoziate dalle parti<sup>2</sup>. Tale ultimo aspetto rileva su di un piano di efficienza allocativa del contratto e, più precisamente, di efficienza distributiva interna<sup>3</sup>. Nel rapporto tra diritto e mercato, dunque, il primo dovrebbe tendere, su di un piano generale, a incentivare la conclusione di contratti; mentre, nel particolare, dovrebbe regolamentare un'allocazione interna dell'utilità conforme ai principi ispiratori dell'ordinamento e scongiurare ogni forma di abuso<sup>4</sup>.

Tali compiti si presentano fondamentali e ineludibili, anche in quanto, focalizzando l'attenzione sui fattori (oggetto di specifica discussione nei successivi capitoli) che, nella realtà, impediscono di ottimizzare il comportamento degli operatori economici, si è messa in discussione e ormai superata l'idea che i sistemi economici e sociali tendano fisiologicamente e inevitabilmente verso l'equilibrio più efficiente (modello razionale), al punto da rovesciare l'originaria prospettiva: «alla presunzione di efficienza è subentrata una presunzione di inefficienza»<sup>5</sup>. Dunque, il diritto – come testimoniano le considerazioni svolte nella prima parte in ordine ai profili problematici della giustizia contrattuale – riafferma e riacquista un ruolo centrale nella promozione dell'efficienza di tali sistemi e nel governo dei fenomeni distorsivi che in essi trovino espressioni

---

<sup>2</sup> In argomento, cfr. Daly, *Against the Reductionism of an Economic Analysis of Contract Law*, in *Canadian Journ. Law & Jur.*, 2015, 28, 2, 245 ss.; Kraus, *Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, in *Nous*, 35, 1, 420 ss.; AA.VV., *Efficiency and a rule of 'free contract': a critique of two models of law and economics*, in *Harvard Law Rev.*, 1984, 97, 4, 978 ss.; evidenza il nesso tra contratto e mercato, nella prospettiva della crisi indotta dalla pandemia di CODIV-19, Dolmetta, «*Rispetto delle misure di contenimento*» della pandemia e disciplina dell'obbligazione, cit., 10.

<sup>3</sup> Di Ciommo, *Contratto e mercato*, in Amadio, Macario (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, vol. I, Bologna, 2014, 569.

<sup>4</sup> In altri termini, l'ordinamento non dovrebbe tendere all'equilibrio quantitativo tra le prestazioni, bensì alla parità delle condizioni giuridiche e alla protezione dagli abusi (cfr. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 23 s.). In argomento, vedi Belvedere, *Le dinamiche contratto-mercato*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso: contratto e mercato*, tomo I, Milano, 2013, 237 ss.; Perlingieri, *Diritto dei contratti e dei mercati*, ivi, 273 ss.

<sup>5</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 215 s.

ne. Come si è osservato, infatti, «la rigidità della legge e la discrezionalità del giudice nell'utilizzo delle clausole generali, quali elementi necessari pur dalla prospettiva della cosiddetta globalizzazione, smentiscono comunque una pretesa neutralità del mercato come sistema di scambi governato solo dalle leggi dell'economia»<sup>6</sup>.

Il rapporto di mutuo scambio tra regole economiche e norme giuridiche si evidenzia anche in considerazione del fatto che, nel moderno sistema socio-economico, è il mercato a rappresentare sempre più spesso il luogo di espressione dell'autonomia privata, sotto il profilo negoziale. Nel mercato, quale luogo ideale di incontro e componimento di interessi e bisogni, l'autonomia contrattuale svolge un ruolo fondamentale, non solo in quanto consente la realizzazione del singolo scambio, secondo logiche di convenienza, ma anche poiché, rivestendo il corretto esercizio dell'autonomia contrattuale rilievo primario nell'analisi sulla giustizia del contratto, la sua espressione concreta influenza necessariamente la valutazione del corretto funzionamento del mercato stesso<sup>7</sup> (es. libera concorrenza) e la predisposizione di regole adeguate<sup>8</sup>.

La prospettiva giuridica consente, in altre parole, di colorare le utilissime valutazioni quantitative operate dall'analisi economica di una sfumatura qualitativa, introducendo nel discorso sulle regole i termini della giustizia contrattuale. Del resto, non vi è chi non veda come il fondamento causale del contratto e l'individuazione della buona fede quale criterio di valutazione del rapporto negoziale, nel corso della sua complessiva espressione, costituiscano due importanti correttivi all'impronta oggettivistica del codice civile nella regolamentazione della circolazione della ricchezza; infatti, detti correttivi consentono di guardare a tale fenomeno economico ponendone in rilievo la giustificazione sostanziale e valutandone il funzionamento anche in un'ottica qualitativa<sup>9</sup>. Occorre, tuttavia, precisare che il giurista che si appresti allo studio della migliore regolamentazione delle prassi del mercato deve prendere le mosse dalla constatazione per la quale la tendenza a reprimere i comportamenti scorretti o lesivi dei valori

---

<sup>6</sup> Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 55. Sull'abbandono della teoria dell'autoregolamentazione del mercato, cfr. Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 27.

<sup>7</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 50 s.

<sup>8</sup> In materia *antitrust*, merita di essere menzionata la recente attuazione in Italia della direttiva in materia di azioni risarcitorie per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza, su cui cfr. Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017, *passim*.

<sup>9</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 62.

fondamentali della persona<sup>10</sup> non deve condurre a misconoscere il portato di esperienza che gli operatori economici, in quanto stabilmente calati nelle relazioni commerciali di un mercato in via di globalizzazione e standardizzazione, possono conferire nell'attività necessaria di elaborazione di regole efficienti<sup>11</sup>.

In tale ottica – richiamando le considerazioni svolte in precedenza sulla necessaria interdipendenza tra osservazione dei fenomeni sistematici e dei singoli rapporti – la questione della selezione di un adeguato meccanismo rimediabile riflette i propri effetti anche sul rapporto tra le esigenze di tutela dell'efficacia del contratto e quelle di promozione dell'efficienza del mercato<sup>12</sup>, spostando il piano della riflessione in ordine alla giustizia contrattuale su di un livello più generale. Infatti, come è agevole constatare, la possibilità, per la parte che ponga in essere investimenti specifici in vista della conclusione (e nell'esecuzione) di un contratto (incompleto) di durata, di vincolare a sé la controparte se, da un lato, incentiva lo svolgimento di tali investimenti, dall'altro rischia di incrementare i costi di ingresso sul mercato di altri potenziali concorrenti e, conseguentemente, di ridurre l'efficienza complessiva del sistema, determinando da ultimo un minor benessere sostanziale per i consumatori finali<sup>13</sup>.

Nelle successive fasi della ricerca, l'attenzione sarà concentrata sulle dinamiche dell'equilibrio interno alla relazione contrattuale. Dapprima, saranno poste le basi per l'analisi delle inefficienze e dei costi della contrattazione da traslarsi, successivamente, sullo specifico piano della contrattazione di durata, per valutare infine – in concreto – il funzionamento (l'efficienza) dei rimedi di volta in volta considerati. Il tutto nella consapevolezza che le regole dettate dalla legge o convenute tra le parti per la gestione delle sopravvenienze e le clausole generali che, sotto il profilo giuridico, possono essere ricondotte a matrici differenti, dal punto di vista economico paiono ricollegabili alla medesima funzione di offrire risposte ai costi di contrattazione segnalati dalla teoria economica<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Per approfondire il tema della dialettica tra diritti di rango primario ed espansione delle “logiche” del mercato, si veda Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011.

<sup>11</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 19.

<sup>12</sup> Sul tema, vedi Castaldo, Conte, Galeotti, *Buona fede e responsabilità precontrattuale: comportamenti opportunistici e “hold up” nelle trattative*, in *Merc. concurr. reg.*, 2012, 577 ss.

<sup>13</sup> Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, 319.

<sup>14</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 102.

# L'INCOMPLETEZZA CONTRATTUALE NELLA SUA RILEVANZA ECONOMICA: DAL MODELLO ASTRATTO DELLA CONTRATTAZIONE VERSO IL REALISMO DELLE PREMESSE

Nell'analisi del fenomeno dell'incompletezza contrattuale, è opportuno muovere da una serie di considerazioni critiche nei confronti dei modelli astratti della contrattazione, sulla cui base sono dettate la maggior parte delle disposizioni normative atte a regolare i rapporti negoziali, per recuperare un certo grado di realismo delle premesse<sup>1</sup>, fondamentale nella ricerca di rimedi adeguati alle peculiari problematiche di cui si tratterà più oltre. Secondo il modello economico tradizionale, conforme all'impostazione liberale fatta propria dal codice civile italiano, si suppone che le transazioni tra gli agenti economici siano regolate da un contratto completo; con ciò intendendosi un accordo che stabilisca, per ogni possibile situazione, attuale o futura, i reciproci obblighi delle parti, riguardo alle prestazioni che le stesse si sono impegnate a eseguire e il cui adempimento sia assicurato grazie alla capacità di verifica di un'autorità esterna e alla possibilità di imporre una sanzione alla parte inadempiente<sup>2</sup>.

Come si è già avuto modo di evidenziare, la realtà della contrattazione si discosta, tuttavia, da tale modello ideale, in misura variabile a seconda delle differenti tipologie di relazione contrattuale e dei distinti mercati di riferimento. Nella realtà, le parti perseguono con astuzia (non rispettando gli accordi, ovvero omettendo o falsificando informazioni rilevanti) finalità egoi-

---

<sup>1</sup> Nella differente prospettiva consumeristica, cfr. de Pamphilis, *I contratti di consumo tra esigenze di armonizzazione e nuovi modelli negoziali*, cit., 411 ss.

<sup>2</sup> Nicita, Scoppa, *Contratti e teoria economica. Un'introduzione*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, 17 ss.; de Pamphilis, *I contratti di consumo tra esigenze di armonizzazione e nuovi modelli negoziali*, cit., 423 ss.

stiche. E fanno ciò in un contesto caratterizzato da asimmetrie informative<sup>3</sup> (imperfetta conoscenza dell'affidabilità della controparte, delle qualità dei beni scambiati, ovvero dei rischi connessi alla contrattazione) e razionalità limitata (non onniscienza)<sup>4</sup> tanto dei contraenti medesimi (che, ad esempio, non sono in grado di prevedere eventi futuri che potrebbero influenzare la relazione contrattuale), quanto dell'autorità chiamata a garantire la corretta esecuzione del contratto, la quale difficilmente è in grado di verificare con precisione lo stato di attuazione di un rapporto, nonché l'effettivo contenuto e l'esatta interpretazione di un accordo. Per tali motivi, può affermarsi che la contrattazione si svolge, nella maggior parte dei casi, in una situazione di soggettiva e obiettiva incertezza, nell'ambito della quale, spesso (e sempre, nell'ambito della contrattazione di durata), ciascun contraente è chiamato a porre in essere investimenti specifici<sup>5</sup>, impegnando risorse non altrimenti – né altrove – valorizzabili, nonché a sopportare costi transattivi connessi sia alla fase di selezione della controparte e di contrattualizzazione, sia a quella successiva di monitoraggio e verifica della corretta applicazione del contratto<sup>6</sup>. Il rischio che ciascun contraente corre, nel momento in cui eventi perturbativi sopravvenuti causino un disequilibrio nel rapporto economico delle prestazioni corrispettive, è quello di rimanere vincolato in una relazione contrattuale foriera di significativi pregiudizi economici per una parte e di corrispondenti vantaggi per l'altra, non determinati dalla legge di equilibrio della domanda e dell'offerta, bensì dalle conseguenze delle sopra descritte ragioni di incompletezza contrattuale.

Il riflesso di una simile constatazione, sul piano dei rimedi, è di estrema utilità: occorrerà infatti porre alla base della ricerca di un adeguato sistema rimediabile – che sappia incentivare, piuttosto che disincentivare, la conclusione di contratti per loro natura incompleti – la considerazione che il meccanismo contrattuale (o, più in generale, la struttura di governo del rapporto) che

---

<sup>3</sup> La rilevanza delle asimmetrie informative nelle contrattazioni che hanno luogo nel mercato contemporaneo è indagata da Gentili, Cintio, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. e impr.*, 2018, 148 ss.

<sup>4</sup> Il tema della razionalità limitata e del suo impatto sul mondo del diritto è approfondito da Roppo, *"Behavioural Law and Economics"*, *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 ss.; Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771 ss. Vedi *amplius* Bellantuono, *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, Castellanza, 2001.

<sup>5</sup> Sul tema, cfr. Castelli, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contratti*, 2016, 185 ss.

<sup>6</sup> Sulla rilevanza dei costi, specialmente quelli transattivi, nella formazione del contratto, vedi Williamson, *I costi transattivi e la disciplina del contratto*, in Alpa (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998, 149 ss.

verrà effettivamente adottato dalle parti sarà quello che consenta, nel modo più efficiente, di evitare i rischi dell'opportunità e di minimizzare i costi di transazione<sup>7</sup>. In questa sede, tuttavia, simili considerazioni paiono premature; mentre è opportuno concentrare l'attenzione sui termini di riferimento e sull'analisi economica delle cause e degli effetti dell'incompletezza contrattuale, a cominciare dai cosiddetti costi transattivi.

Con l'espressione costi transattivi si indica una realtà complessa, che racchiude al suo interno differenti fenomeni rilevanti<sup>8</sup>. In primo luogo, a detti costi debbono ascrivere quelli sopportati per la ricerca di un partner interessato allo scambio (cosiddetti costi di ricerca)<sup>9</sup>, i quali presentano un differente rilievo in considerazione della specificità dei beni o servizi oggetto della futura relazione economica. Poi, i cosiddetti costi di negoziazione<sup>10</sup>, che variano a seconda del grado di asimmetria informativa sussistente tra le parti, delle eventuali ostilità in essere tra le medesime, nonché della maggiore o minore ragionevolezza di ciascun negoziatore nel perseguire il proprio vantaggio. Infine, occorre aver riguardo ai costi finalizzati ad assicurare l'esecuzione dell'accordo raggiunto (cosiddetti costi di *enforcement*)<sup>11</sup>. Nella fase formativa dell'accordo, più nello specifico, i costi di redazione del contratto dipendono dalle informazioni necessarie per descrivere uno stato di natura (evento o azione), dimodoché le parti inseriranno nel regolamento una clausola relativa a una determinata circostanza solo qualora il costo della sua redazione risulti inferiore ai benefici attesi, in relazione alla valutazione da esse condotta sulla probabilità del verificarsi della circostanza. In caso contrario, opereranno per una clausola generica la quale, seppur mantiene la circostanza (ad esempio il prezzo di un materiale) osservabile dalle parti, la rende tuttavia

<sup>7</sup> Nicita, Scoppa, *Contratti e teoria economica. Un'introduzione*, cit., 23.

<sup>8</sup> Vedi Bag, *Economic analysis of contract law. Incomplete Contracts and Asymmetric Information*, London, New York, Shanghai, 2018, 23 ss.

<sup>9</sup> Gilson et al., *Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design*, in *Cornell L. Rev.*, 2014, 100, 23, 26.

<sup>10</sup> Cfr. Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 36 s. e n. 21. La riduzione di tali costi potrebbe derivare anche attraverso l'implementazione di nuove soluzioni tecnologiche, quali la *blockchain technology*. In argomento, cfr. Echternacht, Magilton, *Confidence in Contracting and Cutting Transactional Costs. Why Attorneys Need to Pay Attention to the Rise of Blockchain Systems*, in *SC Lawyer*, 2018, 29, 5, 30.

<sup>11</sup> Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015, 42. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., 8, pone in luce gli alti costi amministrativi di una rinegoziazione ai tempi dello stato di emergenza da COVID-19, anche in ragione della sostanziale paralisi giudiziaria indotta dalle misure di contenimento dell'epidemia. Sul punto, vedi altresì Maffei, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020, 3.

non più agevolmente verificabile da parte del terzo-giudice<sup>12</sup>. In ragione di tali considerazioni, si comprende come l'incompletezza contrattuale dipenda dalla ragione esogena dell'impossibilità di predeterminare regole certe in vista di ogni possibile accadimento futuro, nonché da quella endogena caratterizzata dalla (probabile) deliberata scelta delle parti di concludere un contratto incompleto, al fine di ridurre i costi di transazione, rimettendo la specificazione della regola per le future contingenze non previste a una successiva negoziazione ovvero alla decisione di un terzo (ad esempio, il giudice)<sup>13</sup>. Infatti, in una prospettiva economico-giuridica, l'allocazione esplicita del rischio contrattuale<sup>14</sup>, volta a neutralizzarlo preventivamente (contratto completo o perfetto), imporrebbe alle parti – a costi transattivi notevolissimi – di spingere le proprie valutazioni oltre il limite della prevedibilità umana, attenendosi invece i contraenti nel loro operare – nella generalità dei casi – a criteri di normalità e razionalità. Quindi, i contratti più efficienti si presenteranno giocoforza imperfetti (incompleti), se non altro nella valutazione e attribuzione dei rischi più remoti<sup>15</sup>.

Tali constatazioni svolgono una funzione determinante nel discorso sui rimedi nei contratti di durata esposti a sopravvenienze, in quanto dimostrano l'inconsistenza dell'approccio volto a recuperare l'ipotetica volontà iniziale delle parti quale criterio discretivo nella distribuzione degli effetti pregiudizievole degli eventi perturbativi sopravvenuti. Infatti, secondo il criterio del contratto ipotetico<sup>16</sup>, a fronte della sopravvenienza contrattuale, si dovrebbe dare applicazione a quella regola che, in quanto più efficiente, sarebbe stata scelta dalle parti, ove le medesime non fossero state ostacolate da costi transattivi e avessero, quindi, contrattato specificamente sull'allocazione dei rischi derivanti dalla circostanza sopravvenuta<sup>17</sup>. In tale ipotesi, si assume che detti rischi sarebbero stati addossati sulla parte che, anche in considerazione del proprio grado di avversione al rischio, si fosse rivelata maggiormente in grado di gestirli al minor costo, ovvero più capace di sopportarli attraverso il

<sup>12</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 69 s.

<sup>13</sup> Clerico, *Analisi economica del contratto*, Milano, 2008, 261.

<sup>14</sup> Per un inquadramento della nozione "ampia ed elastica" di rischio contrattuale, vedi Grifasi, *Soprapvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 52 ss.

<sup>15</sup> Macario, *Soprapvenienze e rischio contrattuale*, in Amadio, Macario (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, vol. I, cit., 899.

<sup>16</sup> Per una critica alla teoria del contratto ipotetico nella giurisprudenza statunitense, cfr. Listwa, *Cooperative Covenants: Good Faith for the Alternative Entity*, in *Stanford Jour. Law, Busin. Fin.*, 2019, 24, 2, 137 ss.

<sup>17</sup> Sulla rilevanza delle clausole di allocazione del rischio contrattuale, vedi, nella recente giurisprudenza statunitense, *Performance Services, Inc. v. Hanover Ins. Co.*, 85 N.E. 3d 655 (Ind. Ct. App. 2017).

meccanismo assicurativo (il cosiddetto *superior risk bearer*). Ne deriva la regola generale in base alla quale la parte colpita dall'evento perturbativo impreveduto può liberarsi dalle proprie obbligazioni solo ove dimostri che la controparte avrebbe potuto prevenire detto evento o assicurarsi a un costo inferiore rispetto a quello sopportato dalla prima per effetto della sopravvenienza<sup>18</sup>. Come detto, tale sistemazione si rivela, tuttavia, insoddisfacente, allorché si tenti di recuperare un certo grado di realismo delle premesse, tenendo in adeguata considerazione i descritti fenomeni dell'incompletezza contrattuale<sup>19</sup>: costi di ricerca, razionalità limitata, costi transattivo-informativi. In quest'ottica, emerge come il criterio in discorso, da un lato, ricorra all'artificio della volontà ipotetica per selezionare, nei fatti, la regola più efficiente<sup>20</sup>; dall'altro, tenti di individuare detta regola sulla base di uno scenario (le prospettazioni *ex ante* dei contraenti) carente della considerazione dei rischi connessi all'evento poi verificatosi, ovverosia applicando i termini iniziali (del contratto incompleto) senza tener conto del mutato scenario frutto delle sopravvenienze (come se il contratto fosse completo)<sup>21</sup>. Per tali ragioni l'astratta applicazione del criterio del contratto ipotetico non soddisfa, in quanto affrontando il tema delle sopravvenienze soffermandosi sulla valutazione delle probabilità iniziali, limita la possibilità di proporre rimedi ai problemi non previsti nel momento in cui si presentano e in considerazione degli effetti concreti del loro verificarsi: «ignorare le lacune di un contratto incompleto è altrettanto inefficiente che integrarlo con una regola inadeguata»<sup>22</sup>.

Da ultimo, prima di approfondire il discorso con riguardo alla contrattazione di durata e di interrogarsi sui più efficienti rimedi, è opportuno precisare che, con incompletezza contrattuale, ci si sta qui riferendo all'incompletezza economica che, sul piano giuridico, si traduce nell'assenza di una specifica clausola di governo delle sopravvenienze, per quanto di interesse in questa sede. La precisazione non è priva di rilievo, in quanto il tema dell'incompletezza

<sup>18</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 116 ss.

<sup>19</sup> Ulteriormente, sul tema, vedi Palumbo, *Contratti e tutela giuridica*, in Ciocca, Musu (a cura di), *Economia per il diritto: saggi introduttivi*, Torino, 2006, 150 ss.

<sup>20</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 124 ss.

<sup>21</sup> Al contrario, un approccio *ex post* – preso atto della “fisiologica” incompletezza del contratto – dovrebbe tenere in considerazione gli effetti del rischio avvertatosi e, di fatto, non allocato preventivamente dalle parti. Vedi sul punto Grifasi, *Sopraavvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 12: alla sopravvenienza «non si può guardare come a una circostanza autonoma e indipendente dall'intera operazione negoziale, sganciata per la sua imprevedibilità dai meccanismi che presiedono la formazione dell'accordo e la creazione dell'atto ma, ci si deve affidare proprio a questi ultimi che assurgono al contempo a “punto di partenza” e “costante” della ricerca».

<sup>22</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 136 ss.

tezza contrattuale può essere affrontato sotto una differente prospettiva, ad esempio a seconda che si muova da un ordinamento di *civil law*, ovvero di *common law* (più avanti si prenderanno in esame, ad esempio, casi e discipline di origine nordamericana). Il giurista di oltre Manica, infatti, giudica un contratto incompleto, sotto il profilo giuridico, qualora le parti non abbiano espressamente disciplinato un aspetto del rapporto; mentre, per il giurista continentale, occorre l'ulteriore valutazione dell'insussistenza di una regola legale in grado di colmare detta lacuna<sup>23</sup>. L'incompletezza giuridica va tenuta distinta, inoltre, da quella economica, che si identifica nella mancata iniziale considerazione di una circostanza idonea a incidere sui guadagni attesi delle parti, e che può considerarsi in parte "recepita" (tradotta giuridicamente) nell'ambito degli ordinamenti giuridici mediante le regole atte a disciplinare le ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>24</sup>, a dimostrazione del fatto che il diritto tiene presente e tenta di disciplinare le inefficienze del mercato che la teoria economica consente di porre in luce.

---

<sup>23</sup> L'evoluzione del cosiddetto "diritto dispositivo" è presa in esame da Sacco, De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1379 ss.

<sup>24</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 71 s.

# L'INCOMPLETEZZA DEI CONTRATTI DI DURATA: DA IPOTESI ECCEZIONALE A ELEMENTO STRUTTURALE DELLA FATTISPECIE

Quanto esposto, in termini generali, in tema di incompletezza contrattuale si rivela di estremo interesse in riferimento alla peculiare figura del contratto di durata, di cui è opportuno illustrare la configurazione, dal punto di vista economico strutturale e funzionale. In particolare, sulla scia di quanto già rilevato nella prima parte, può osservarsi che nell'ambito del rapporto contrattuale di durata, soprattutto se fondato su di un contratto a esecuzione continuata o periodica, la significativa frequenza delle transazioni può determinare una trasformazione fondamentale del rapporto contrattuale medesimo, dimodoché quello che precedentemente poteva essere descritto come uno scambio tra contraenti autonomi diviene una sorta di monopolio bilaterale<sup>1</sup>, nel quale l'identità delle parti assume assoluto rilievo e la concorrenza *ex post* si rivela pressoché nulla. Tale co-specificità endogena, oltre a consentire alle parti di minimizzare i costi di transazione (ad esempio favorendo decisioni strategiche sinergiche, in ordine alla localizzazione degli impianti produttivi, alla complementarità tecnologica, ovvero alla predisposizione di clausole di esclusiva), determina altresì un forte incentivo alla continuazione del rapporto contrattuale nel tempo: infatti, anche l'investimento in conoscenza e in reputazione – al pari degli altri cui si è fatto cenno – può configurarsi come investimento specifico tale da determinare un ingente e reciproco costo opportunità in caso di rottura del rapporto<sup>2</sup>. Come si è osservato, nei contratti di lungo periodo la

---

<sup>1</sup> Questa la lettura del sintagma offerta in *R.S. & V. Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 917 F.2d 348 (7th Cir. 1990), 89-1290: «So long as the relationship is mutually beneficial, each party can by terminating it impose costs on the other (this is what it means to say the relationship is mutually beneficial), and this prospect is the cement of the relationship». Sulla figura, vedi Pindyck, Rubinfeld (ed. it. a cura di Bacchiega), *Microeconomia*, VII ed., Milano, 2009, 341; Duchini, *Economia politica*, II ed., Roma, 1961, 407 s.

<sup>2</sup> Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., 232 s.

durata non rappresenta una semplice variabile temporale, ma «vale a decretare l'instaurazione di una relazione che dà luogo a un'osmosi dal punto di vista economico in vista del raggiungimento del risultato»<sup>3</sup>.

Infatti, come detto, i costi di decisione, quale effetto della razionalità limitata degli operatori economici, variano in ragione della complessità dei fattori da considerare e dell'abilità dell'agente. Soprattutto nell'ambito di contratti a lungo termine, le parti saranno indotte a utilizzare solamente le informazioni cui possono accedere e che possono gestire a un costo ragionevole, essendo tuttavia probabile che la distribuzione iniziale dei costi e dei benefici sia influenzata da circostanze sopravvenute. Tale constatazione evidenzia la difficoltà di predisporre adeguate misure atte a prevenire il fenomeno economico (cosiddetto *hold up*) per il quale una parte si ritrova "intrappolata" in una relazione contrattuale divenuta squilibrata a suo danno, poiché sciogliere il contratto comporterebbe la perdita degli investimenti specifici già effettuati per consolidare la dinamica cooperativa di lungo periodo<sup>4</sup>. Risulta, dunque, evidente come la contrattazione di durata si presti fisiologicamente a essere gestita mediante un approccio dinamico, nel quale gli adattamenti del contratto ai mutamenti dell'ambiente economico siano la regola e non l'eccezione. Nell'ambito di tale relazione contrattuale si impone una prospettiva che consideri come gli incentivi trasmessi dalle scelte negoziali siano sostanzialmente differenti da quelli che si rinvengono nei contratti a esecuzione istantanea. Ciò rileva allorché, ai fini di integrare il contratto di durata incompleto, sia necessario svolgere un'indagine preliminare sulle funzioni di incentivo che le parti hanno attribuito a ciascuna clausola<sup>5</sup>, come si vedrà alla fine di questa parte.

Per quanto viene in rilievo in questa sede, è opportuno fissare un punto. Ove si afferma che l'incompletezza rappresenta un carattere fisiologico delle relazioni contrattuali, soprattutto se destinate a durare nel tempo, si fa leva sulla constatazione della sfasatura tra predisposizione e attuazione (esecuzione) del contratto, nell'ambito della quale si manifestano quelle lacune che un assai dispendioso procedimento transattivo può al più attenuare, ma non rimuovere. Ed è con riguardo a questa fattispecie problematica che il rimedio della rinegoziazione assume maggior rilievo<sup>6</sup>, anche in considerazione delle particolari sinergie che, nella fattispecie, caratterizzano il rapporto tra le parti.

<sup>3</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 134.

<sup>4</sup> Sul fenomeno del cosiddetto *hold-up problem* vedi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 51 s.

<sup>5</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 93 ss.

<sup>6</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 145 s.

In precedenza, abbiamo messo in relazione l'incompletezza contrattuale con i costi transattivi. Ampliando il discorso, è ora opportuno rilevare che l'inefficienza dei contratti di durata – fisiologicamente incompleti – può essere osservata anche dal punto di vista dei suoi effetti, avuto riguardo ai caratteri della relazione contrattuale di lungo periodo e alle peculiarità che contraddistinguono gli investimenti che le parti sono chiamate a realizzare in detto contesto. Si parla, in tal caso, di investimenti cooperativi<sup>7</sup>, i quali realizzano, in parte, l'effetto di aumentare il valore dello scambio per la controparte (come avviene, ad esempio, nel caso in cui una parte decida di adattare un processo produttivo in funzione delle esigenze della controparte). Facendo un salto in avanti, verso il tema dei rimedi (affrontato specificamente *infra*) e, segnatamente, nell'ottica della rinegoziazione del contratto esposto a sopravvenienze perturbative, possiamo osservare che detta tipologia di investimenti indebolisce la posizione contrattuale di chi li effettua, rafforzando quella di chi ne riceve i benefici, dimodoché la parte che ha effettuato l'investimento avrà maggiori difficoltà, in sede di revisione dell'accordo, a ottenere una parte consistente del surplus generato dall'investimento medesimo<sup>8</sup>. Di contro, in ragione della dinamica relazionale cui si è più volte accennato, va comunque segnalato che il corretto adempimento del contratto, oltreché dalla tutela di tipo legale, è favorito nei fatti dagli strumenti della reputazione delle parti e della presenza di standard etici o norme sociali, quali il principio di reciprocità e di giustizia distributiva, che possono promuovere il rispetto dell'accordo anche quando tale scelta si pone in contrasto con l'interesse privato di una parte<sup>9</sup>.

Quanto sin qui esposto consente di osservare le peculiarità proprie delle relazioni contrattuali di durata e di riguardare, dalla prospettiva di questa fattispecie, i problemi di incompletezza contrattuale già segnalati. Resta da indagare un ulteriore versante – che potremmo definire “esterno” – dell'incompletezza contrattuale, che assume assoluto rilievo nell'ambito dei contratti di durata, come potremo chiarire anche mediante un'esemplificazione. Infatti, secondo una particolare accezione, si può definire incompleto anche quel contratto i cui termini sono osservabili dalle parti contrattuali ma non verificabili ed eseguibili, in via forzosa, da terzi (ad esempio il giudice), nel caso in cui sorgano controversie. L'incompletezza del contratto, sotto il profilo della sua eseguibilità forzosa, può incentivare comportamenti opportunistici da parte

---

<sup>7</sup> Sulla figura, vedi Che, Hausch, *Cooperative Investments and the Value of Contracting*, in *Am. Econ. Rev.*, 1999, 89, 1, 125.

<sup>8</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 91.

<sup>9</sup> Clerico, *Analisi economica del contratto*, cit., 288.

del contraente interessato a rinegoziare i termini del rapporto ovvero a porvi fine: in ciò si rivela un'ulteriore potenziale inefficienza del contratto, ridotto a mera dichiarazione di intenti non vincolante, sempre rinegoziabile e poco credibile<sup>10</sup>. Tali considerazioni inducono a riflettere sull'incidenza degli investimenti specifici effettuati dalle parti che intendano vincolarsi a una relazione contrattuale di durata. Infatti, nell'ambito di una simile relazione negoziale, l'elevato grado di specificità dell'investimento<sup>11</sup> – ovvero la difficoltà di riutilizzare una determinata risorsa in impieghi alternativi, senza che ciò comporti una diminuzione del suo valore o significativi costi di adattamento – genera una significativa “quasi rendita”<sup>12</sup>, locuzione che designa la differenza tra il valore di un investimento all'interno di una data relazione contrattuale e quello del medesimo investimento nel migliore utilizzo alternativo.

Nell'ambito di una contrattazione di durata, ordinariamente caratterizzata da una rilevante specificità degli investimenti e da una fisiologica incompletezza contrattuale, la quasi rendita assume un rilievo preponderante nella gestione del rapporto. Infatti, l'aver realizzato investimenti specifici impedisce di ricorrere credibilmente alla minaccia di uscita dal contratto<sup>13</sup>, per stimolarne l'adeguamento a sopravvenute condizioni di squilibrio, a meno che non si abbia la certezza che la controparte subirebbe, da ciò, un pregiudizio economico quantomeno equivalente. Facendo un passo indietro, possiamo notare come anche sul piano economico la soluzione prescritta dall'art. 1467 c.c., nella sua interpretazione letterale<sup>14</sup>, si riveli inadeguata al fine di incentivare, considerandone le specificità, la conservazione della relazione contrattuale di durata, visto che l'assetto della norma è proteso, al contrario, verso la risoluzione del contratto<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., 197 ss.

<sup>11</sup> Le prime riflessioni sulla categoria degli *specific costs* si devono a Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *Journal of Law and Economics*, 1979, 22, 2, 233 ss.; Id., *Assessing Contract*, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1985, 1, 1, 177 ss.; Id., *Transaction cost economics: The comparative contracting perspective*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1987, 8, 4, 617 ss. Per un'applicazione empirica delle teorie di Williamson, vedi Joskow, *Contract Duration and Relationship-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Market*, in *The American Economic Review*, 77, 1, Mar. 1987, 168 ss.

<sup>12</sup> Il termine è stato coniato da Marshall, *Industry and Trade*, London, 1919-1923. Più recentemente, vedi Mülbacher, Amelung, Junke, *Contract design: the problem of information asymmetry*, *IJIC*, 2018, 18, 1, 1 ss.

<sup>13</sup> Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., 201.

<sup>14</sup> Cass., ord. 26 gennaio 2018, n. 2047, cit.

<sup>15</sup> Ed è proprio a partire da tale limite intrinseco che muove il progetto di riforma. Cfr. art. 1, co. 1, lett i), DDL Senato n. 1151/2019, cit.

Per altri versi, il grado di specificità di un investimento è difficilmente verificabile da parte di un soggetto terzo rispetto ai contraenti, ma ciò non significa che di tale profilo non si debba tener conto, nella ricerca di un adeguato meccanismo rimediabile che salvaguardi l'utilità essenziale del contratto per le parti. Nel contesto di una relazione contrattuale di lungo periodo, la gestione del rapporto contrattuale può attuarsi secondo due opposti paradigmi: quello della rigidità contrattuale e quello dell'adattamento *ex post*, i quali entrambi presentano indubbi vantaggi. Infatti, la rigidità contrattuale<sup>16</sup> (ad esempio la predeterminazione di un prezzo di scambio – o di un meccanismo di sua determinazione – fisso) può impedire forme di opportunismo ma, di contro, rischia di ostacolare forme di adeguamento efficiente del rapporto, inducendo nuove forme di opportunismo che sarebbero invece evitabili mediante un modello flessibile<sup>17</sup>, votato alla rinegoziazione *ex post* delle condizioni contrattuali. Potrebbe, anzi, giungersi al paradosso per il quale proprio la parte che – nel ruolo di potenziale vittima di un avverso prevedibile comportamento opportunistico – abbia preteso la rigidità contrattuale a tutela dei propri interessi si trasformi in carnefice, forte di detta rigidità<sup>18</sup>.

Le osservazioni sin qui svolte, in termini generali, possono essere esemplificate, richiamando il già citato caso *Aluminum vs. Essex*<sup>19</sup>, che ha visto opposte le società Alcoa, impresa produttrice di alluminio grezzo e semilavorato, ed Essex, impresa concorrente intenzionata a sviluppare una nuova linea di produzione di cavi di alluminio, per la quale necessitava di concludere un contratto per la fornitura di materiale semilavorato (*Molten Metal Agreement*). In sede di contrattazione, Essex aveva manifestato la propria volontà di localizzare i propri impianti vicino a quelli di Alcoa. Ciò avrebbe potuto indurre futuri comportamenti opportunistici di quest'ultima. Alcoa, infatti, avrebbe potuto incrementare i costi di vendita (a Essex) del prodotto, reintroducendovi quei costi (di trasporto, logistica e stoccaggio) che Essex avrebbe risparmiato (rispetto agli ulteriori concorrenti di Alcoa) scegliendo di collocare i propri impianti vicino a quelli di Alcoa. Per prevenire questo rischio, Essex aveva chiesto l'inserimento nel contratto di lungo periodo (21 anni di durata, tra il 1967 e il 1988) di un

<sup>16</sup> Cfr. Sklaroff, *Smart contracts and the cost of inflexibility*, cit., 263 ss.

<sup>17</sup> In argomento, anche nella prospettiva delle *Public private partnerships* (PPP), vedi Cruz, Marquez, *Flexible contracts to cope with uncertainty in public-private partnerships*, in *Intl. Jour. Proj. Manag.*, 2013, 31, 3, 473 ss.

<sup>18</sup> Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., 215 ss.

<sup>19</sup> *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.

meccanismo fisso di determinazione del prezzo del prodotto semilavorato, con lo scopo di azzerare la discrezionalità di Alcoa nella determinazione di detta variabile e di assicurare una tendenziale stabilità di prezzo. Secondo la clausola, in larga parte redatta da Alcoa, il prezzo del prodotto sarebbe stato determinato dalla somma tra il prezzo fisso pattuito per il materiale e il prezzo di remunerazione dei costi di produzione sopportati da Alcoa, a loro volta costituiti da costi fissi, costi del fattore lavoro (*labor costs*) e costi diversi (*non-labor costs*, es. costi energetici). Per garantirsi un profitto netto, assicurato dalla stabile copertura dei costi di produzione, Alcoa inserì inoltre un meccanismo di indicizzazione di ciascuna voce di costo. In particolare, la parte di prezzo destinata a coprire i costi diversi (*non-labor costs*) sarebbe stata determinata, secondo un rapporto di proporzione diretta, sulla base dell'andamento del prezzo all'ingrosso della materia prima (*Wholesale Price Index-Industrial Commodities*, WPI-IC), fino a un tetto massimo preteso da Essex.

In principio, la clausola assicurò la stabilità e la mutua proficuità dell'operazione. Successivamente, i costi di alcuni input di Alcoa subirono un imprevisto aumento. Segnatamente, la crisi petrolifera degli anni Settanta (a cominciare dalla politica di aumento del prezzo del greggio intrapresa dall'OPEC dal 1973)<sup>20</sup> determinò un rilevante incremento dei prezzi pagati per l'approvvigionamento energetico. Parallelamente, la politica di progressivo inasprimento delle misure di contrasto all'inquinamento perseguita dal Congresso degli Stati Uniti<sup>21</sup> generò ulteriori imprevisti costi di produzione. Come è agevole osservare, si tratta di sopravvenienze che le parti difficilmente avrebbero potuto prendere in considerazione all'epoca della stipula e della strutturazione della clausola di indicizzazione del prezzo. Tali repentini mutamenti del quadro macroeconomico generarono un significativo – anzi, eclatante – scostamento tra la costante ma contenuta crescita dell'indice di riferimento (WPI-IC) e l'aumento – superiore al 100% – dei costi diversi (*non-labor costs*) sopportati da Alcoa. Conseguentemente, il prezzo di vendita determinato sulla base del meccanismo di indicizzazione si rivelò di fatto di gran lunga inferiore al prezzo medio di mercato, generando un'ingente perdita potenziale per Alcoa, in ragione della lunga durata

---

<sup>20</sup> La crisi manifestò una rilevante incidenza sui vigenti contratti del trasporto marittimo, come ben esposto da Berlingieri, *Sulla clausola "worldscale as amended"*, in *Dir. maritt.*, 1977, 612 ss. Più in generale, sull'argomento, vedi Issawi, *The 1973 oil crisis and after*, in *Jour. Post Keynesian Ec.*, Winter 78/79, 1, 2, 3 ss.; Maserà, *La crisi petrolifera e l'Italia*, Roma, 1974.

<sup>21</sup> Per una più ampia ricostruzione di tale evoluzione normativa, cfr. Bailey, *Congress and air pollution. Environmental politics in the U.S.*, Manchester, New York, 1998, 84 ss.

del contratto cui la medesima si era vincolata<sup>22</sup>. Ciononostante, Essex pretese il rispetto dell'originario accordo, costringendo Alcoa ad agire in giudizio chiedendo, fra l'altro, la modificazione del contratto.

Il tribunale distrettuale ha fondato la propria decisione su di un'analisi approfondita e dettagliata della fase delle trattative, ponendo in rilievo gli interessi e le aspettative per la soddisfazione dei quali entrambe le parti si erano determinate a contrarre e avevano predisposto la clausola di determinazione del prezzo. In particolare, il giudice ha posto in luce come Alcoa avesse predisposto tale clausola – con l'assistenza del noto economista Alan Greenspan – a seguito di un attento studio del rapporto tra la variazione dell'indice WPI-IC e l'andamento dei costi diversi (*non-labor costs*) della produzione sopportati dall'impresa, con l'obiettivo di garantirsi un profitto netto di quattro centesimi di dollaro per libbra. All'esito di detto studio, era stato valutato che il massimo scollamento tra indice e costi si sarebbe assestato in tre centesimi di dollaro per libbra, dimodoché il profitto netto avrebbe potuto oscillare tra uno e sette centesimi per libbra. Di contro, Essex, intenzionata ad avviare una nuova linea di produzione di cavi di alluminio, aveva interesse a garantirsi una fornitura continua, di lungo periodo e a prezzo tendenzialmente fisso. Per tale motivo, aveva accettato la clausola di determinazione del prezzo, a seguito di uno studio sull'andamento passato dell'indice di riferimento che ne aveva messo in rilievo la tendenziale stabilità, ma aveva comunque preteso l'inserimento di un tetto massimo (*ceiling*) oltre il quale il prezzo non avrebbe potuto spingersi.

La motivazione, sull'impulso delle domande dell'attrice, ha preso a riferimento le dottrine dell'errore<sup>23</sup>, dell'*impracticability*<sup>24</sup> e della *frustration of purpose*<sup>25</sup>. In punto di diritto, in sintesi, il giudice ha evidenziato come tutte e tre le menzionate dottrine possano condurre alla liberazione del debitore dall'obbligo

---

<sup>22</sup> I testimoni sentiti nel corso del processo indicarono che «ALCOA was facing a loss of at least \$75 million or more over the remaining potential life of the Molten Metal Agreement» (*Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.).

<sup>23</sup> In argomento, vedi MacMillan, *Mistakes in contract law*, Oxford, Portland (Oregon), 2010, spec. 181 ss.

<sup>24</sup> Con specifico riferimento alla *commercial impracticability*, vedi Dnes, *Principles of law and economics*, III ed., Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2018, 142. La figura viene in rilievo anche nell'ambito dell'emergenza da COVID-19, come esposto da Vanin, *Covid-19: force majeure e frustration del contratto*, in *quotidianogiuridico.it*, 15 aprile 2020.

<sup>25</sup> Cfr. Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 461 ss., ove è posto in luce come la rigidità delle corti inglesi nell'applicazione della dottrina in discorso rappresenti uno dei motivi della proliferazione delle clausole di *hardship* nei contratti commerciali. Roberts, *Commercial Impossibility and Frustration of Purpose: A Critical Analysis*, in *Canad. Journ. Law & Jurisp.*, 2003, 16, 1, 129 ss. Nella giurisprudenza di *common law*, vedi il celebre *coronation case: Kerry v. Henry*, [1903], in 2 K.B. 740.

di eseguire la prestazione quando un presupposto assunto come fondamentale dalle parti risulti *lato sensu* pregiudicato, determinando un significativo squilibrio nel valore dello scambio.

Su tali premesse, la pronuncia ha svolto una serie di deduzioni concernenti la struttura del contratto e l'adeguatezza del rimedio da adottare nel caso concreto, sulla base della ricostruzione dei fatti come sopra sintetizzata, prendendo le mosse dalla dottrina dell'errore e indagando i presupposti della comunanza dell'errore medesimo (*mutual mistake*), della sua essenzialità e del fondamentale squilibrio da esso indotto nel sinallagma. In primo luogo, l'errore è stato considerato errore su di un fatto (e non su di una mera previsione), rappresentato dall'inadeguatezza dell'indice prescelto. Fatto, come detto, non noto all'epoca della conclusione del contratto né facilmente conoscibile, ma di cui non poteva comunque negarsi l'esistenza. È vero, infatti, che l'errore sul prezzo o sulle future condizioni del mercato non è idoneo, di per sé, a liberare il debitore; ma ciò non perché le considerazioni sul prezzo siano irrilevanti, bensì perché, nei fatti, le parti sovente dimostrano di aver allocato contrattualmente il connesso rischio. Tanto è vero che, se l'errore sul prezzo deriva ad esempio dall'errore sulla natura dell'oggetto venduto, la tutela del debitore è garantita, così come avviene allorché l'aumento dei costi sopportati da una parte sia determinato da contingenze imprevedibili che alterino essenzialmente la natura della prestazione.

Nel caso di specie, dunque, la tutela richiesta da Alcoa è stata ritenuta applicabile in quanto, in ragione della strutturazione delle complesse e prolungate trattative e degli obiettivi in esse specificatamente perseguiti dalle parti, l'errore è stato ritenuto comune: Essex ben conosceva la funzione attribuita da Alcoa all'indice prescelto. Inoltre, l'errore è stato considerato essenziale, vista la sua incidenza sulla struttura della relazione negoziale di lungo periodo, nonché tale da determinare un rilevante squilibrio delle prestazioni, arrecando un grave pregiudizio ad Alcoa nella restante durata del contratto.

Ulteriori considerazioni di indubbio interesse sono state svolte dal giudice in ordine alla distinzione tra le ipotesi di ignoranza consapevole e di errore comune, nonché al correlato profilo dell'eventuale assunzione del rischio della sopravvenienza da parte di Alcoa, che aveva predisposto il meccanismo di indicizzazione e non vi aveva inserito una clausola di salvaguardia analoga al tetto massimo preteso da Essex: il meccanismo prevedeva un tetto (*ceiling*), ma non un pavimento (*floor*).

Secondo il tribunale, si ha ignoranza consapevole allorché le parti determinino le clausole del contratto sulla base della reciproca consapevolezza dell'incertezza intrinseca di un elemento dello scambio, che potrà dissolversi nella

fase successiva alla stipula. Al contrario, si parla di errore comune (*mutual mistake*) per segnalare il caso in cui le parti concludano il contratto sulla base di un comune presupposto erroneo, che si rivela tale successivamente alla conclusione dell'accordo. Esempificando, nel caso dell'ignoranza consapevole, il venditore e il compratore sanno che l'oggetto compravenduto potrebbe essere di vetro o di diamante e il prezzo pattuito rispecchierà la loro consapevolezza di tale incertezza, cosicché nessuno dei due potrà rimettere in discussione l'accordo allorché l'oggetto rivelerà l'una o l'altra natura. Invece, nel caso dell'errore comune, le parti contratteranno sulla base del presupposto comune che l'oggetto compravenduto sia di diamante, salvo poi rivelarsi – dopo la conclusione del contratto – di vetro, consentendo l'accesso alla tutela legale. In termini economici, il primo caso si differenzia dal secondo per l'esplicita assunzione del rischio da parte di una o entrambe le parti; elemento che non si rinviene nell'ipotesi dell'errore comune.

Riportando tali considerazioni al caso concreto, il giudice ha dato ancora una volta prova del primario rilievo dell'analisi del contratto nella sua fase formativa (trattative) e secondo le sue caratteristiche strutturali (contratto di durata). Secondo la motivazione, la questione da risolvere non è tanto se le parti fossero o meno a conoscenza dell'incertezza caratterizzante un elemento fondamentale del contratto, ma se esse avessero creduto che detta incertezza rientrasse effettivamente in un determinato intervallo (*range*), tale da rendere estremamente improbabili esiti comportanti uno squilibrio del rapporto esorbitante il rischio consapevolmente assunto da ciascuna parte. Questa considerazione di ordine generale – entro la quale il giurista continentale non può non sentir risuonare l'eco dell'alea normale – viene poi tradotta in termini numerici. Si è visto, in precedenza, come Alcoa avesse negoziato la clausola di indicizzazione con l'obiettivo, noto alla controparte, di garantirsi un profitto netto (quattro centesimi di dollaro per libbra), pur accettando una contenuta e ben determinata oscillazione del prezzo di vendita ( $\pm$  tre centesimi per libbra). Ciò, secondo il giudice esclude un'assunzione, da parte di Alcoa, del rischio della sopravvenienza poi verificatasi in concreto e tale da incidere in termini esiziali sulla funzionalità della clausola di indicizzazione. Anche la mancata previsione di una clausola di salvaguardia contro un'eccessiva riduzione del prezzo (clausola "pavimento") non è stata ritenuta dal giudice indice di un'assunzione del rischio da parte di Alcoa. Infatti, l'analisi delle complesse dinamiche negoziali delle trattative – caratterizzate da frequenza degli incontri, esperienza dei soggetti coinvolti, accuratezza degli studi e contesto concorrenziale – ha indotto a considerare la scelta di non prolungare detta fase per introdurre una simile clausola come dettata dalla

volontà di ridurre i tempi e i costi transattivi, garantendosi la conclusione di un contratto appetibile anche per i concorrenti.

All'esito di tali considerazioni e al fine di preservare l'utilità fondamentale dell'accordo per entrambe le parti, riconducendo comunque a equilibrio il rapporto sinallagmatico, il tribunale ha provveduto a una rideterminazione della clausola sul prezzo, prendendo spunto dagli elementi introdotti dalle parti nell'originario accordo, ma tenendo presenti le sopravvenute circostanze. Per effetto dell'intervento giudiziale, il prezzo è stato rideterminato nel minor valore – da calcolarsi trimestralmente – tra, da un lato, il tetto massimo previsto contrattualmente per volontà di Essex e, dall'altro, il maggior valore tra il prezzo determinato sulla base dell'originaria clausola di indicizzazione e il prezzo tale da garantire ad Alcoa un profitto netto di un centesimo di dollaro per libbra, secondo il rischio massimo dalla medesima accettato contrattualmente.

A giustificazione della propria decisione, e consapevole della delicatezza di simili questioni, il giudice ha offerto una serie di interessanti considerazioni generali, fondate sull'osservazione dell'evoluzione delle dinamiche commerciali e negoziali e delle caratteristiche specifiche delle contrattazioni di durata. Secondo il tribunale, il contratto di durata rappresenta un importante strumento commerciale, comune in molti settori economici. Se l'ordinamento rifiuta un'appropriate cornice rimediale per il caso in cui un contratto di durata accuratamente costruito subisca delle distorsioni, il rischio connesso alla conclusione di tale tipologia di contratti è destinato a crescere ulteriormente, disincentivandone l'utilizzo da parte degli operatori economici, i quali sarebbero costretti a sostenere ritardi e costi per stabilire contrattualmente quei rimedi che la legge potrebbe agevolmente fornire sulla base di una regola generale. Del resto, il nuovo spirito del diritto dei contratti si esprime anche nella necessità di prestare sempre maggiore attenzione alle legittime aspettative economiche delle parti, ai loro propositi di evitare il rischio di gravi perdite e al loro bisogno di definire un meccanismo rimediale che preservi l'essenza dell'accordo. Indubbiamente, il meccanismo predisposto dalle parti, in sede di negoziazione o rinegoziazione, sarà più efficiente di quello scelto dal giudice terzo. Ma, in assenza di un simile accordo, si può ritenere che le parti siano maggiormente soddisfatte da una decisione resa sulla base delle circostanze sopravvenute, piuttosto che da una pronuncia fondata sulla letteralità di clausole formatesi quando le dette circostanze non erano nemmeno prese in considerazione, in quanto imprevedibili. Per altri versi, solo una regola che consenta l'intervento giudiziale sul contratto fornisce un pratico e desiderabile incentivo affinché le parti negozino autonomamente una soluzione ai problemi che insorgono nella lunga vita del contratto di durata.

# LA SELEZIONE DEI RIMEDI IN VISTA DEL MANTENIMENTO DEL CONTRATTO: PROSPETTIVE DI APPROCCIO, REGOLE DI *DEFAULT* E RINEGOZIAZIONE, NEL GOVERNO DELLE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI

Dopo aver analizzato le questioni sollevate dall'incompletezza contrattuale, declinata specificamente nell'ambito dei contratti di durata, è ora opportuno concentrare l'analisi sulle problematiche emergenti sul piano dei rimedi. L'obiettivo è verificare l'adeguatezza di ciascuna ipotesi rimediale, sia sotto il profilo della funzione di incentivo svolta dalla selezione (*ex ante*) di una determinata regola di *default*, sia con riguardo all'adeguatezza dei meccanismi rimediali nell'affrontare (*ex post*) la problematica del disequilibrio indotto, nel contratto di durata, dagli eventi perturbativi sopravvenuti.

Le due prospettive sono fortemente interrelate. Infatti, più la regola di *default* è efficiente nell'incentivare la conservazione del contratto mediante una nuova espressione dell'autonomia privata (rinegoziazione in senso stretto), più l'eventuale intervento di un terzo potrà essere efficace nel delineare l'esito manutentivo che le parti non sono riuscite a conseguire autonomamente. A tale fine, è necessario stimolare il più possibile la condivisione delle informazioni rilevanti circa le valutazioni sul rischio delle sopravvenienze effettuate in sede di stipula, nonché relativamente al concreto impatto economico-giuridico della sopravvenienza verificatasi nella sfera del debitore della prestazione divenuta eccessivamente onerosa (o del creditore della prestazione svilitasi).

## 4.1 Gli ambiti e le prospettive di operatività dei rimedi legali, in rapporto al libero esercizio dell'autonomia negoziale

Come si è visto in precedenza, il problema delle sopravvenienze contrattuali impone giocoforza una dialettica tra autonomia privata e intervento regolatore eteronomo. Nell'ambito del sistema italiano, le norme del codice civile in tema di sopravvenienze contrattuali hanno natura suppletiva e dispositiva, in quanto volte non già a tutelare interessi di rilevanza generale (seppur espressione di un'insopprimibile esigenza di giustizia), bensì a disciplinare (riequilibrandola) una vicenda, interna al rapporto, che ne comprometta l'equilibrio sinallagmatico<sup>1</sup>. Per tale ragione, una preliminare osservazione porta a considerare come, nell'ambito del diritto dei contratti e, segnatamente, dell'inadempimento contrattuale, l'approccio giuseconomico concentri la propria attenzione sulle regole giuridiche volte a governare le dispute contrattuali, nelle ipotesi in cui – per aver reputato improbabile un dato evento ovvero per aver ritenuto eccessivi i costi transattivi per la specifica predeterminazione negoziale di una regola – le parti non abbiano stabilito in anticipo come risolvere la problematica insorta<sup>2</sup>. Occorre, tuttavia, precisare sin da subito che, in applicazione del criterio di ragionevolezza, non può comunque escludersi l'applicabilità – anche a fronte della stipulazione di una clausola, ad esempio, di adeguamento del prezzo contrattuale – della disciplina generale in materia di eccessiva onerosità, allorché si presentino sopravvenienze talmente eccezionali nella loro natura o entità da rendere concretamente inoperante il meccanismo pattizio di adeguamento del contratto<sup>3</sup>, ipotesi adeguatamente rappresentata, in termini esemplificativi, dal caso analizzato nelle pagine precedenti.

In tali sensi, pare corretto parlare di una vera e propria dialettica tra autonomia e fonti eteronome, in quanto l'espressione dell'una non esclude il ricorso alle altre. Nella prospettiva dell'interprete, infatti, occorre segnalare come difficilmente una decisione volta a riequilibrare le sorti di un rapporto contrattuale

---

<sup>1</sup> Macario, *Sopravenienze e rischio contrattuale*, cit., 902.

<sup>2</sup> Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., 75 s.

<sup>3</sup> Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Giur. It.*, I, 672; in *Foro it.*, I, 2132, nota di Pardolesi. Il caso esaminato dalla Corte riguardava un contratto di fornitura di un prodotto petrolifero raffinato, il cui prezzo, a causa dell'aumento di costo del petrolio greggio causato dalla guerra arabo-israeliana del 1973, aveva fatto sì che la clausola di adeguamento inserita nel contratto, riferita solo in parte agli aumenti di costo del greggio, non fosse più sufficiente a evitare la fornitura in perdita. Pertanto, anche in considerazione del fatto che le parti non avevano inteso sopportare l'alea di una simile sopravvenienza, la circostanza sopravvenuta è stata valutata di gravità tale da rendere vano, in concreto, il funzionamento di detta clausola e da impedire, quindi, la perequazione del prezzo.

investito dalle sopravvenienze potrà fondarsi unicamente sull'analisi dell'operato delle parti nella loro autonomia, senza cioè disporre di una regola generale di *default* che funga da guida nella selezione degli interessi da tutelare con preferenza. Ciò in quanto dai risultati di una transazione non è possibile risalire alle azioni scelte dagli individui o alle loro caratteristiche, poiché i risultati sono influenzati anche da fattori casuali, al di fuori del controllo delle parti<sup>4</sup>. Risulta evidente, dunque, la necessità di poter svolgere l'attività di interpretazione e, eventualmente, di integrazione del contratto avendo comunque a disposizione un rimedio residuale fisso, in grado di trasmettere incentivi nei confronti delle parti e di fornire al terzo, chiamato a risolvere un'eventuale vertenza, una chiara indicazione normativa.

Riferendoci a questa ipotesi, parleremo di regola di *default* con alcune necessarie precisazioni. La nozione di *default rule*<sup>5</sup>, di stampo economico e di derivazione anglosassone, non può essere accostata con leggerezza al concetto di norma dispositiva. Infatti, mentre nel nostro sistema la selezione tra norme dispositive e norme imperative è operata dalla legge, nel sistema di *common law* è dato rinvenire detta distinzione anche all'interno delle norme a formazione giurisprudenziale e si considerano *default rules* anche gli usi commerciali codificati dalle associazioni di categoria, così come le clausole abitualmente inserite nei contratti standard<sup>6</sup>. Una ulteriore precisazione può essere svolta con riguardo al ruolo dell'autonomia delle parti nell'applicazione della *default rule*, in ragione dell'esaminata differenza di approccio dei giuristi di *common law* e *civil law* nella valutazione della lacunosità di un regolamento contrattuale. Il giurista di *common law*, infatti, premette all'applicazione della *default rule* una valutazione circa la possibilità, per le parti, di raggiungere autonomamente un risultato efficiente e, solo a fronte di elevati costi transattivi, rilevanti asimmetrie informative o limitata razionalità, giustifica l'applicazione di una fonte eteronoma; mentre, nella tradizione continentale, l'assenza di una disciplina pattizia è condizione necessaria e sufficiente per l'applicazione della norma legale dispositiva<sup>7</sup>. Le *default rules* non sono classificabili,

---

<sup>4</sup> Scoppa, *Asimmetrie informative, contratti e incentivi*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, cit., 30.

<sup>5</sup> Per un'ampia ricostruzione dell'origine della figura e del suo utilizzo nel *common law*, nonché per ulteriori riferimenti bibliografici, vedi Schwartz, Scott, *The common law of contract and the default rule project*, in *Virginia Law Rev.*, 2016, 102, 6, 1523 ss.

<sup>6</sup> Sul tema, cfr. Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 2003, 70, 4, 1203 ss.; e, nella prospettiva UE, Collins (edited by), *Standard contract terms in Europe: a basis for and a challenge to European contract law*, Alphen Aan Den Rijn (NED), 2008.

<sup>7</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 104 ss.

quindi, come norme imposte dall'ordinamento secondo equità o giustizia<sup>8</sup>, ma costituiscono regole (di varia derivazione) implicitamente approvate dalle parti che hanno deciso di non modificarle, collocandosi così a metà strada tra le regole ricavabili dal testo del contratto o dalle circostanze (regole *implied in fact*) e quelle sottratte alla disponibilità delle parti (regole *implied in law*)<sup>9</sup>.

Poter contare sull'applicabilità di una regola di *default* costituisce un particolare vantaggio, nell'ambito della ricerca di un adeguato meccanismo rimediabile per le problematiche peculiari dei contratti di durata<sup>10</sup>. Infatti, disporre di una *default rule* consente di scindere tra approccio *ex ante* e approccio *ex post*, nell'affrontare il tema del mantenimento degli accordi di durata da riequilibrare, in quanto esposti alle sopravvenienze. La regola generale di *default* e la possibilità, sempre garantita, di un nuovo intervento dell'autonomia negoziale (rinegoziazione) non necessariamente esauriscono la cornice dei rimedi. Si rivela, anzi, di estremo interesse analizzare l'ambito di operatività di un intervento eteronomo sul contratto<sup>11</sup>, effettuato non sulla base di una regola generale dettata *ex ante*, ma secondo un approccio che tenga conto (*ex post*) delle condizioni sopravvenute, preso atto della mancanza di un rimedio di fonte negoziale. La preferibilità di detto ultimo approccio, con riferimento alla contrattazione di durata e all'ipotesi delle sopravvenienze contrattuali, secondo una prospettiva di funzionalità e di efficienza del rimedio, pare ormai evidente. Come si è rilevato, infatti, «gli incentivi trasmessi dall'interpretazione letterale sono efficaci per quella parte del contratto che può essere redatta a costi accettabili»<sup>12</sup>, ovvero sia relativamente a quelle clausole rispetto alle quali i costi dell'integrazione giudiziale siano superiori ai costi che le parti devono affrontare per la loro redazione (cosiddetta incompletezza contrattuale evitabile). Al contrario, qualora i costi transattivi superino il valore della clausola e l'incompletezza contrattuale risulti inevitabile,

<sup>8</sup> Macario, *Commento all'art. 1374 c.c.*, in Navarretta, Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, vol. II, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011, 708 s.

<sup>9</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 109. Sui vantaggi di poter contare su di una regola legale che renda prevedibile l'esito delle controversie, nella prospettiva della gestione delle sopravvenienze contrattuali indotte dall'emergenza da COVID-19, riflette Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, cit., 9.

<sup>10</sup> Vedi, sul punto, Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 175: «Mediante l'elaborazione e l'evoluzione del diritto dispositivo legislatori e giudici tendono a realizzare un giusto equilibrio tra gli interessi tipici delle parti che nello stesso tempo vengono incoraggiate a omettere la pattuizione di singoli punti, confidando nella ponderazione delle regole dispositive offerte in caso di necessità e riducono il costo delle trattative».

<sup>11</sup> Nella prospettiva comparatistica, vedi Momberg, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: comparative perspectives*, Cambridge, 2011, 242 ss.

<sup>12</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 200 s.

non essendovi ragione di penalizzare i contraenti, si dovrebbe preferire un'interpretazione del regolamento contrattuale più attenta ai dati extratestuali e alle circostanze di fatto come modificatesi nel tempo. Tale ultima osservazione appare di assoluto rilievo con riguardo ai contratti relazionali di lungo periodo. Simili contratti, come si è visto, si caratterizzano, da un lato, per i significativi costi transattivi e, dall'altro, per un'elevata probabilità di errore nella valutazione degli elementi extratestuali<sup>13</sup>. Anche alla luce di tali considerazioni, dunque, l'approccio più attento alle dinamiche relazionali si rivela preferibile, sia nella prospettiva generale, sia in riferimento al singolo scambio. Sotto il primo profilo, infatti, un simile approccio offre il vantaggio di avviare un processo di apprendimento, da parte degli interpreti, delle caratteristiche tipiche e peculiari delle operazioni commerciali innovative, garantendo una progressiva riduzione delle probabilità degli errori giudiziari. Inoltre, nell'ottica maggiormente incentrata sulla singola relazione negoziale, tale approccio scoraggia i comportamenti opportunistici della parte che, facendo leva su di un'interpretazione letterale, cerchi di accaparrarsi i vantaggi indotti dalle sopravvenienze contrattuali, con probabilità di successo ben maggiore di quelle che avrebbe la controparte di giungere al medesimo risultato, sulla base di elementi non risultanti dal contratto<sup>14</sup>.

Quale conclusione preliminare, può dunque osservarsi come – nella particolare ipotesi problematica in esame e a prescindere dal sempre possibile nuovo intervento dell'autonomia privata – la regola legale per il mantenimento dell'accordo di durata debba essere formulata sulla base delle circostanze risultanti dalla sopravvenienza contrattuale, secondo una prospettiva *ex post*<sup>15</sup>.

## 4.2 Funzione di incentivo e adeguatezza del rimedio nella scelta tra tutela risarcitoria e tutela inibitoria

Sia nell'ottica dell'individuazione di una funzionale ed efficace regola di *default*, sia per dettare una disciplina atta a porre rimedio alle conseguenze economiche

---

<sup>13</sup> Posner, *Parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principle of contractual interpretation*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1997, 146, 533, 557 s.

<sup>14</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 207 ss. Sul tema della rilevanza della forza contrattuale nella rinegoziazione, nella prospettiva dell'emergenza da COVID-19, cfr. Maffei, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, cit., 5.

<sup>15</sup> Cenni, Luppi, Parisi, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, in Hondius, Grigoleit (edited by), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011, 36; Trimarchi, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in *International review of law and economics*, 1991, 11, 66.

delle sopravvenienze contrattuali, ponendo in luce vantaggi offerti e limiti imposti da ciascun rimedio, è interessante prendere in considerazione, in termini generali, la tutela inibitoria e quella risarcitoria.

Da un punto di vista di analisi economica del diritto, la tutela debole risarcitoria (cosiddetta *liability rule*)<sup>16</sup> mima il mercato, imponendo a un soggetto il prezzo che il medesimo avrebbe dovuto pagare per conseguire un bene con il consenso del suo titolare (scambio non consensuale); mentre la tutela forte inibitoria (cosiddetta *property rule*)<sup>17</sup> è volta a prevenire (mediante un ordine giudiziale) una futura attività illecita, senza il consenso del titolare del diritto<sup>18</sup>. Le due ipotesi non sono marcatamente alternative, in quanto le parti, nell'esercizio della propria autonomia, possono sempre negoziare una mancata messa in esecuzione dell'inibitoria, dietro il pagamento di un corrispettivo<sup>19</sup>, mimando – a loro volta – il funzionamento della tutela debole.

Una simile, preliminare, distinzione si arricchisce di profili di interesse, allorché si guardi al contesto di *common law* americano, nell'ambito del quale i giudici dimostrano un'acuta sensibilità nella ricerca dei rimedi maggiormente in grado di garantire la piena tutela della parte danneggiata. Infatti, le corti statunitensi, a seconda delle circostanze del caso concreto, possono sanzionare l'inadempimento imponendo un risarcimento dei danni calibrato sulle figure degli *expectation damages* (assegnando al promissario l'equivalente della prestazione promessa)<sup>20</sup>, dei *reliance damages* (che offrono copertura al costo opportunità determinato dalla perdita di un'occasione favorevole, ponendo il promissario nella posizione che avrebbe avuto qualora non avesse contrattato)<sup>21</sup>, dei *restitutionary damages* (che sanzionano l'inadempimento imponendo la restituzione del vantaggio, ulteriore rispetto alla mancata esecuzione della prestazione promessa, conseguita

---

<sup>16</sup> In argomento, cfr. Paces, *Il ruolo economico della responsabilità giuridica*, in Ciocca, Musu (a cura di), *Economia per il diritto: saggi introduttivi*, cit., 159 ss. Vedi anche Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 143 ss.

<sup>17</sup> Sulla differenza di approccio tra *liability rule* e *property rule*, vedi Liao, *The application of the theory of efficient breach in contract law: a comparative law and economics perspective*, Cambridge, 2015, 91 ss.

<sup>18</sup> Sull'integrazione tra *property* e *liability rule* vedi Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, cit., 92 s.; e, nella prospettiva riformatrice ispirata dalla necessità di contrasto della pandemia da SARS-CoV-2, Crispino, Troncone, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, cit., 12.

<sup>19</sup> Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., 49 s.

<sup>20</sup> Cfr. Goller, *Expectation Damages and Bilateral Cooperative Investments*, in *Am. L. & Econ. Rev.*, 2014, 16, 2, 473 ss.; Bridge, *Expectation Damages and Uncertain Future Losses*, in Beatson, Friedmann (edited by), *Good faith and fault in contract law*, Oxford, New York, 1995, 427 ss.

<sup>21</sup> McLauchlan, *Reliance Damages for Breach of Contract*, in *New Zeal. Law Rev.*, 2007, 3, 417 ss.

dalla parte inadempiente)<sup>22</sup>, nonché sulla nuova figura dei *disgorgement damages*, dalla natura quasi punitiva, la quale, imponendo all'inadempiente di riversare (*disgorge* significa, nel lessico colloquiale, “rigurgitare”) i profitti conseguiti nella propria attività, può addirittura eccedere l'ammontare dei benefici conseguiti con lo specifico inadempimento<sup>23</sup>. Tali rimedi, peraltro, vanno presi in considerazione in rapporto alla *specific performance*, che si esprime in un ordine di astensione da un determinato comportamento o di esecuzione della prestazione promessa, ma che può essere richiesta solo dando la prova dell'inidoneità o insufficienza del rimedio risarcitorio a compensare il pregiudizio subito, tanto da essere applicata solo in ipotesi in cui l'unicità dell'oggetto del contratto non ne consenta una pronta traduzione in termini quantitativi ovvero non sia possibile attivare una misura legale di danni<sup>24</sup>.

Tali osservazioni consentono di cogliere un dato di fondo di assoluto rilievo, spostando l'attenzione sulla funzione di incentivo svolta dalla consapevolezza, per le parti, che il terzo (giudice) sarà in grado di imporre l'uno o l'altro rimedio. La possibilità di conseguire una tutela in forma specifica<sup>25</sup>, infatti, si riflette anche sul piano dei costi transattivi, in quanto, in questa ipotesi, la determinazione del prezzo non viene svolta dal giudice – come avviene, al contrario, in caso di applicazione di un rimedio risarcitorio – ma dalle parti (dal mercato). Ciò, da un lato, semplifica le negoziazioni e riduce i costi di adempimento forzoso del contratto (*enforcement*) e, dall'altro, non impedisce comunque un ulteriore ricorso alla negoziazione per determinare, in luogo dell'applicazione della tutela in forma specifica, una diversa allocazione della ricchezza<sup>26</sup>. I limiti entro i quali è possibile e preferibile, in una prospettiva economica, dare applicazione alla tutela in forma specifica debbono, però, essere valutati attentamente.

In particolare, nel valutare la possibilità di dare applicazione a una tutela in forma specifica ovvero in forma risarcitoria, occorre tenere in considerazione che,

---

<sup>22</sup> Vedi, sulla figura, nel panorama europeo, Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 441 ss.; e a livello internazionale, Edelman, *The Measure of Restitution and the Future of Restitutionary Damages*, in *Restit. Law Rev.*, 2010, 18, 1 ss.; Fox, *Restitutionary Damages to Deter Breach of Contract*, in *Cambridge Law Journ.*, 2001, 60, 1, 33 ss.; e, in termini critici, Doyle, Wright, *Restitutionary Damages-The Unnecessary Remedy*, in *Melbourne Univ. Law Rev.*, 2001, 25, 1, 1 ss.

<sup>23</sup> In termini critici rispetto a forme di risarcimento sovra-compensative, cfr. Klass, *Contracting for cooperation in recovery*, in *Yale Law Journ.*, 2007, 117, 1, 2 ss.

<sup>24</sup> Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., 80 ss.

<sup>25</sup> Nell'ambito della disciplina codicistica italiana, si vedano le approfondite riflessioni di Prussiani, *Il risarcimento in forma specifica dei danni da responsabilità contrattuale: lo spazio di operatività della tutela risarcitoria nei rapporti con l'adempimento coattivo e l'esecuzione forzata*, in *Contr. impr.*, 2019, 1111 ss.

<sup>26</sup> PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., 116.

nei casi in cui il costo necessario per conseguire l'esecuzione della prestazione sia tale da rendere più efficiente – dal punto di vista dei costi di transazione associati al rimedio – il risarcimento del danno, quest'ultimo rimedio dovrebbe prevalere (cosiddetta dottrina dell'*efficient breach*)<sup>27</sup>, con un'importante precisazione sul piano dell'estensione del risarcimento. Infatti, ampliare ovvero ridurre lo spettro dei pregiudizi risarcibili (ricomprendendovi, ad esempio, le aspettative di guadagno della parte adempiente)<sup>28</sup> costituisce una scelta che, sul piano economico, trasmette differenti incentivi nei confronti delle parti, rendendo più o meno vantaggioso l'inadempimento. Tale profilo è di particolare rilievo nell'ambito dei contratti esposti a sopravvenienze, in cui la parte penalizzata dagli effetti perturbativi dell'evento sopravvenuto sarà giocoforza indotta a valutare comparativamente i danni che le possono derivare, da un lato, dall'esecuzione della prestazione divenuta eccessivamente onerosa e, dall'altro, dall'inadempimento. Il tutto senza trascurare il rilievo della scelta del rimedio sul piano dell'incentivo a condotte opportunistiche da parte del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza.

In considerazione di tali rilievi, può concludersi che, per incentivare il promittente ad adempiere, è preferibile accordare, in caso di inadempimento, un risarcimento non solo basato sull'equivalente della prestazione promessa, ma che tenga altresì conto dell'aspettativa di guadagno del promissario<sup>29</sup>. Tuttavia, al fine di incoraggiare altrettanto la cooperazione del promissario in vista dell'adempimento – anche mediante la rinegoziazione del contratto – andrebbero considerati, quali fattori di riduzione del risarcimento accordato, le spese sostenute dal promittente – nell'ambito della relazione negoziale complessivamente considerata – per incentivare il promissario alla collaborazione. Sarebbe a dire detrarre dal *quantum* la quota di valore della prestazione che rappresenta gli investimenti cooperativi effettuati dalla parte inadempiente<sup>30</sup>; investimenti

<sup>27</sup> Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., 222.

<sup>28</sup> Nell'ambito della responsabilità precontrattuale, cfr. Scumace (a cura di), *Lucro cessante e interesse negativo*, in *Contratti*, 2018, 467 ss. Sul ruolo delle regole di responsabilità, tra *expectation interest* e *reliance interest*, vedi anche Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 434 ss.

<sup>29</sup> Il tema della quantificazione del risarcimento a fronte dell'inadempimento è studiato a fondo nella letteratura anglosassone. Vedi *ex multis* Giancaspro, *Quantifying Damages in Cases of Advantageous Breach: The Curious Case of McDonald's Milkshakes*, in *Stetson Law Rev.*, 2018, 48, 1, 69 ss.; Hasif, *The Problem with Quantification of Unquantifiable Damages for Breach of Contract*, in *Singap. Comp. Law Rev.*, 2018, 32 ss.; Goldberg, *Reckoning Contract Damages: Valuation of the Contract as an Asset*, in *Washington & Lee Law Rev.*, 2018, 75, 301 ss.; Markovits, Schwartz, *The myth of efficient breach: new defenses of the expectation interest*, in *Virg. Law Rev.*, 2011, 97, 8, 1939 ss.

<sup>30</sup> Non tenere in considerazione tali valori, infatti, trasmetterebbe un disincentivo nei confronti delle parti, che sarebbero trattenute dall'effettuare un livello ottimale di investimenti in vista dell'adempimento reciproco del contratto. Vedi Klass, *Contracting for cooperation in recovery*, cit., 2 ss.

che la controparte potrebbe preservare, ponendo in essere le iniziative ragionevolmente attuabili in vista dell'adempimento, ma non sfruttare come leva per mantenere la controparte vincolata all'accordo alterato nel suo fondamentale equilibrio sinallagmatico, in quanto il promittente inadempiente li vedrebbe presi in considerazione ai fini della riduzione del risarcimento dovuto. Tale meccanismo, andrebbe, infine, ancorato a una clausola di salvaguardia, la quale assicuri, comunque, che «il valore della responsabilità sia superiore al costo residuo per adempiere»<sup>31</sup>. In tal modo, da un lato, si incentiva l'adempimento, mentre, dall'altro, si disincentiva il comportamento opportunistico del promissario, che potrebbe far leva sugli investimenti specifico-cooperativi realizzati dalla controparte nell'ambito del rapporto (*hold up*), per lucrare i vantaggi del sopravvenuto squilibrio economico del sinallagma.

Un esempio specifico del funzionamento di un simile meccanismo si può rinvenire nel nostro ordinamento. Infatti, la norma sulla possibilità, per il giudice, di ridurre la penale manifestamente eccessiva ha lo scopo di incentivare la cooperazione del creditore con il debitore, in funzione dell'adempimento da parte di quest'ultimo, neutralizzando il comportamento opportunistico votato a conseguire il profitto insito nell'applicazione automatica della clausola penale medesima<sup>32</sup>. Tale meccanismo costituisce un'interessante manifestazione – mediante una regola generale dettata *ex ante* ma applicata secondo un approccio *ex post* – di quella dialettica tra autonomia privata e intervento eteronomo, volta a prendere in considerazione e correggere le inefficienze del mercato segnalate dalla teoria economica.

### **4.3 La rinegoziazione e il ruolo della *default rule* nella costruzione di un meccanismo rimediale tendenzialmente manutentivo**

Prendendo in esame le dinamiche formative e strutturali del contratto di durata, quale fattispecie problematica sia dal punto di vista giuridico sia da quello più strettamente economico-commerciale, è stato possibile sottolineare l'opportunità e la convenienza, per entrambe le parti, di poter intraprendere una fase di ne-

<sup>31</sup> Clerico, *Analisi economica del contratto*, cit., 250 s.

<sup>32</sup> Di Ciommo, *Contratto e mercato*, cit., 576; Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 62 ss. Inoltre, le già citate ordinanze della Consulta in materia di eccessiva onerosità della caparra confirmatoria offrono nuovi spunti di analisi anche al di là della fattispecie della clausola penale: C. cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, cit., e C. cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, cit.

goziazione successiva alla conclusione del contratto, per riequilibrare il rapporto economico tra le prestazioni, alterato dagli eventi perturbativi sopravvenuti. Il tema della rinegoziazione e del concreto funzionamento di detto rimedio è centrale nella ricerca di strumenti per il mantenimento degli accordi di lungo periodo esposti a sopravvenienze e merita, quindi, uno specifico approfondimento anche in questa sede.

In primo luogo e in termini generali può osservarsi che «allo scopo di massimizzare il surplus contrattuale è socialmente opportuno implementare regole che, a fronte di una credibile minaccia di inadempienza, consentano, ove possibile, una rinegoziazione delle clausole contrattuali»<sup>33</sup>. Tuttavia, la mera previsione di un dovere di rinegoziare l'accordo squilibrato dalle sopravvenienze non è di per sé sufficiente né funzionale a garantire la possibilità di mantenere in vita il contratto ricondotto a equilibrio, in quanto è necessario tenere in adeguata considerazione come le caratteristiche strutturali di una relazione di lungo periodo si riflettano anche nella fase della rinegoziazione. Infatti, come si è già avuto modo di porre in luce, il mutamento dell'equilibrio contrattuale recato dalla sopravvenienza può indurre la parte avvantaggiata a tenere comportamenti opportunistici in sede di rinegoziazione, volti a conseguire un accordo più vantaggioso, lucrando sulla quasi rendita degli investimenti specifici svolti dalla controparte negoziale, sino a giungere a vere e proprie situazioni di *hold up*. Il pericolo di comportamenti opportunistici può, a sua volta, indurre le parti, in sede di negoziazione (e di rinegoziazione), a realizzare investimenti subottimali<sup>34</sup>, i quali consentono sì di ridurre la perdita prodotta dai comportamenti predetti, ma comportano anche la diminuzione dei benefici dello scambio. Inoltre, sulla base della difficile verificabilità del carattere opportunistico della rinegoziazione da parte del giudice, le parti possono essere portate a ritenere maggiori i benefici di un contratto più complesso rispetto ai suoi costi transattivi<sup>35</sup>.

Ciò che tali preliminari considerazioni consentono di chiarire è che, nei contratti di durata, se la divisione del surplus dello scambio, all'inizio del rapporto, è determinata nel processo competitivo, in sede di rinegoziazione si realizza, invece, sulla base dei vincoli che derivano, per ciascuna parte, dagli investimenti effettuati, i quali sono difficilmente verificabili da parte del giudice. Per tali motivi, un efficiente processo di rinegoziazione dovrebbe consentire di tenere

---

<sup>33</sup> Clerico, *Analisi economica del contratto*, cit., 257.

<sup>34</sup> Cfr. Persons, *Renegotiation and the impossibility of optimal investment*, in *Rev. of Fin. Stud.*, 1994, 7, 2, 419 ss. Vedi anche Cherkasova, Zakharova, *Suboptimal Investments And M&A Deals in Emerging Capital Markets*, in *Economic Annals*, 2016, 61, 208, 93 ss.

<sup>35</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 75 ss.

conto delle circostanze sopravvenute e, allo stesso tempo, incentivare ciascuna parte a effettuare investimenti a livello ottimale<sup>36</sup>. Sotto questo profilo, come si vedrà, la selezione di una regola di *default* in grado di trasmettere alle parti gli adeguati incentivi, destinata a operare in combinato con il dovere di rinegoziazione e l'eventuale e residuale intervento manutentivo del giudice, si presenta di fondamentale importanza.

Sullo sfondo di una simile analisi, resta sempre ferma la possibilità, per le parti, di predeterminare esse stesse una clausola volta a impegnarle alla rinegoziazione del contratto esposto a sopravvenienze<sup>37</sup>. L'inserimento di un meccanismo di rinegoziazione nel contratto è in grado di garantire una più adeguata divisione del surplus, incentivando le parti a realizzare investimenti ottimali. Tale risultato può essere ottenuto, ad esempio, imponendo penali o richiedendo depositi iniziali infruttiferi<sup>38</sup> a una parte, così attribuendo l'intero potere contrattuale, nell'ambito della rinegoziazione, all'altra parte. Quest'ultima infatti, vista la possibilità di acquisire il surplus nella sua interezza, sarà incentivata a investire a livello ottimale nella rinegoziazione. Tali osservazioni, tuttavia, presuppongono un perfetto funzionamento del meccanismo di rinegoziazione diviso dalle parti, il quale – come rilevato – può essere influenzato sia dalla eventuale presenza di asimmetrie informative in sede di rinegoziazione, sia dalle inefficienze connesse alla possibilità di ricorrere alla decisione di un terzo-giudice, il quale ben potrebbe mettere in discussione le clausole destinate a governare la fase di adeguamento dell'accordo<sup>39</sup>.

Nondimeno, la ricostruzione di un meccanismo rimediale di portata generale può incentivare e influenzare sia la predisposizione, da parte dei con-

---

<sup>36</sup> Id., 84 ss.

<sup>37</sup> Sull'utilizzo delle clausole di recesso e di adeguamento nella disciplina pattizia per il governo delle sopravvenienze, vedi *amplius* Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 260 ss. Con riguardo all'esperienza registrata nel diritto amministrativo, cfr. Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 1911 ss. In riferimento, invece, al mercato del gas naturale, cfr. De Gaudio, *L'obbligo di take or pay: qualificazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Contratti*, 2013, 605 ss.

<sup>38</sup> Forse il più celebre esempio, nel nostro ordinamento, è quello di cui all'art. 11, l. 12 luglio 1978, n. 392, che prevede la corresponsione del deposito cauzionale con finalità di tutela preventiva del proprietario dell'immobile rispetto agli inadempimenti del locatario. Vedi Cuffaro, *Garanzia del locatore e autonomia delle parti*, in *Arch. loc. cond.*, 2004, 533 ss.; Tiscornia, *Le regole del deposito cauzionale*, *ivi*, 2003, 657. Ma analoga funzione può rinvenirsi nel cosiddetto contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*), su cui vedi Renna, *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 138 ss.; Cuccovillo, *Garanzia "a prima domanda" e funzione cauzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 408 ss.; Carbone, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia*, in *Corr. giur.*, 2012, 1208 ss.

<sup>39</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 88 ss.

traenti, di una simile clausola, sia la rinegoziazione stessa. Pur nella consapevolezza delle incertezze e delle difficoltà caratterizzanti una simile operazione ricostruttiva, le questioni affrontate in questa fase della ricerca offrono alcune fondamentali indicazioni. Nella selezione di una regola adeguata a governare l'impatto delle sopravvenienze contrattuali nell'ambito delle relazioni di durata, è necessario disincentivare i comportamenti opportunistici della parte avvantaggiata. Al contempo, è opportuno perseguire la riduzione dei costi di rinegoziazione<sup>40</sup>, che sono a loro volta costi transattivi, legali, giudiziali, nonché, eventualmente, costi connessi all'adozione di un rimedio inefficiente<sup>41</sup>. Tali costi infatti potrebbero indurre le parti a preferire e perseguire un opportunistico inadempimento ovvero lo scioglimento del contratto, con dispersione degli investimenti effettuati secondo la dinamica relazionale propria di simili scambi.

Possiamo esemplificare questo ragionamento prendendo a riferimento la disciplina dell'art. 1467 c.c. e i limiti che ne sono stati in precedenza evidenziati.

In generale, si può osservare che una regola che preveda l'esonero del debitore sarà tanto più efficace, quanto più sarà credibile la sua minaccia di sciogliersi dal vincolo obbligatorio, circostanza che sarà a sua volta favorita da un'elevata probabilità di vittoria del debitore, in sede giudiziale. A fronte di una minaccia credibile, il creditore sarà disincentivato a porre in essere condotte opportunistiche per appropriarsi del guadagno inatteso; mentre le possibilità di un comportamento opportunistico del debitore saranno neutralizzate dal fatto che questi sarà comunque costretto a negoziare sotto la pressione di condizioni sfavorevoli di mercato<sup>42</sup>.

Il meccanismo operativo dell'art. 1467 c.c., nella sua interpretazione letterale, non rispecchia tale livello di efficienza, in quanto consente al creditore di adottare una strategia non condizionata dal pericolo di scioglimento del contratto, giacché egli, fino al passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione<sup>43</sup>,

---

<sup>40</sup> Cfr. Ferracuti, Morris, Arthur, *Renegotiation Costs, Financial Contracting, and Lender Choice*, in *SSRN Electr. Journ.*, 2017, 1 ss.; Gagnepain, Ivaldi, Martimort, *The Cost of Contract Renegotiation: Evidence from the Local Public Sector*, in *American Econ. Rev.*, 2013, 103, 6, 2352 ss.; Al-Najjar, Felli, Anderlini, *New Directions Of Incomplete Contracts: Reference Points, Communication, And Renegotiation*, in Aghion, Dewatripont, Legros, Zingales (edited by), *The impact of incomplete contracts on economics*, New York, 2016, 381 ss. Nell'ambito della Public Private Partnerships (PPP), vedi Guash, Benitez, Portabales, *The renegotiation of public private partnerships contracts (PPP): an overview of its recent evolution in Latin America*, in *Rev. Chilena de Econ. y Soc.*, 2016, 10, 1, 42 ss.

<sup>41</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 144.

<sup>42</sup> *Id.*, 146 s.

<sup>43</sup> Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, vol. I, t. 2, II ed., Torino, 2006, 1809.

è ammesso a formulare l'offerta di riconduzione a equità, anche in via subordinata rispetto alle difese volte a contrastare la domanda di risoluzione<sup>44</sup>.

Anche l'intervento del giudice sul contratto pone problematiche di rilievo. Da un lato, infatti, imporre una soluzione dall'esterno in un rapporto conflittuale – che, dunque, le parti dimostrano di poter difficilmente proseguire – non offre immediati vantaggi sotto il profilo dell'equa realizzazione dei valori presi a riferimento dall'analisi economica sin qui condotta<sup>45</sup>. Dall'altro lato, ogniqualvolta i limiti alla verificabilità delle circostanze sopravvenute lascino intravedere a una delle parti un vantaggio nella negoziazione, la funzione riequilibrativa dell'intervento giudiziale finisce per perdere attrattiva, esito a cui paiono giungere le aperture verso la possibilità – per il giudice adito *ex art.* 1467 c.c. – di sindacare e integrare l'offerta formulata ai sensi del terzo comma della disposizione in parola<sup>46</sup>. Tali rilievi andranno tenuti presenti, allorché si prenderanno in esame sia le soluzioni adottate nel contesto internazionale ed europeo, nel faticoso processo di armonizzazione del diritto dei contratti, sia le prospettive di riforma del codice civile italiano.

Ciò che emerge, comunque, dalle presenti considerazioni è che la previsione, nell'ambito di un meccanismo rimediabile volto a governare gli effetti distortivi delle sopravvenienze contrattuali negli accordi di durata, di una necessaria fase di rinegoziazione, che richiami all'azione l'autonomia delle parti, in una prospettiva (*ex post*) volta a tener conto delle circostanze sopravvenute, si pone quale dato imprescindibile per promuovere la conservazione di tali contratti. Un simile meccanismo, comunque, dovrà fondare la sua operatività – e la sua concreta funzionalità in vista dello scopo indicato – sulla base di una regola di *default* in grado di trasmettere adeguati incentivi verso il mantenimento dell'accordo e diretta a non lasciare priva di una seppur limitata tutela la parte svantaggiata dalla sopravvenienza, regola di cui si sono tratteggiati i contorni trattando specificamente dei criteri sulla base dei quali operare la quantificazione del risarcimento del danno da inadempimento. Proprio con riguardo a tale ultimo profilo, è opportuno svolgere un approfondimento conclusivo.

L'efficienza della regola di *default* deve essere riguardata sotto una tripla prospettiva, prendendo a riferimento, *in primis*, la sua rispondenza al grado di

<sup>44</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 150.

<sup>45</sup> Vedi in particolare la visione di Seligman, *Moral diversity and efficient breach*, in *Michigan Law Rev.*, 2019, 117, 5, 885 ss., che si contraddistingue per la proposta di inserire nei contratti una *exit clause* che consenta alla parte di recedere pagando una *fee* equivalente agli *expectation damages*. Cfr. altresì Sklaroff, *Smart contracts and the cost of inflexibility*, cit., 263 ss.

<sup>46</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 149 s.; Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, cit.

propensione al rischio<sup>47</sup> di ciascuna parte, strettamente connessa alla capacità di quest'ultima di diversificare o assicurare i propri rischi; in secondo luogo, la sua attitudine a colmare le eventuali asimmetrie informative circa la probabilità del verificarsi degli eventi perturbativi e le conseguenze economiche di un inadempimento (cosiddetto *signalling*<sup>48</sup>); nonché, da ultimo, la funzione di incentivo svolta dalla medesima regola rispetto alla propensione delle parti a intraprendere iniziative volte a contenere le probabilità della sopravvenienza contrattuale (per il debitore) ovvero le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento (per il creditore). Combinando questi indici, è possibile, nel caso concreto, individuare il meccanismo di protezione più efficiente, muovendo da un atteggiamento neutrale (irrilevanza della regola di *default*) e orientandosi verso una regola che offra maggiori garanzie al debitore (piena protezione) o al creditore (nessuna protezione), ovvero ancora che stabilisca una ripartizione del rischio (protezione parziale) tra le parti, favorendo l'incontro (cosiddetto *matching*) tra gli operatori economici secondo il rispettivo grado di avversione al rischio e di capacità di offrire garanzie<sup>49</sup>.

Tali considerazioni se, da un lato, rendono evidente come la presenza di una norma inderogabile volta a disciplinare gli effetti delle sopravvenienze contrattuali neutralizzi, in larga parte, le funzioni incentivanti prese in esame in precedenza (*matching* e *signalling*), dall'altro lato consentono di precisare i due poli entro cui si muove la ricerca della regola di *default*, contrapponendo al criterio del *superior risk bearer* (la parte maggiormente in grado di farsi carico delle conseguenze pregiudizievoli delle sopravvenienze)<sup>50</sup> quello del *cheapest risk avoider* (la parte in grado, al minor costo, di intraprendere iniziative volte a ridurre il rischio delle sopravvenienze)<sup>51</sup>. Tuttavia, nell'ottica dell'individuazione di una regola legale, non può essere trascurato il rilievo dei costi transattivi che, come si

---

<sup>47</sup> In argomento, Rossano, *Il contributo delle scienze cognitive nella valutazione della propensione al rischio*, in *Analisi giur. Econ.*, 2012, 85 ss. In ambito finanziario, vedi Bersani, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Torino, 2008, 117 ss.

<sup>48</sup> Vedi Bolton, Dewatripont, *Contract theory*, Cambridge, 2005, 99 ss.; Salanié, *The economics of contracts*, Cambridge, MA, 2005, 97 ss. Più recentemente, sul tema, cfr. Bieta, *Signalling theory revisited: a very short insurance case*, in *Annals of operat. Res.*, 2015, 235, 1, 75 ss.; Kreitner, *Voicing the Market: Extending the Ambition of Contract Theory*, in *Univ. of Toronto Law Journ.*, 2019, 69, 3, 295 ss.

<sup>49</sup> Cenni, Luppi, Parisi, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., 38 ss.

<sup>50</sup> Elofson, *The dilemma of changed circumstances in contract law: an economic analysis of the foreseeability and superior risk bearer tests*, cit., 2 ss.

<sup>51</sup> Cenni, Luppi, Parisi, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., 45 s.

è detto, spesso rendono più efficiente concludere un contratto incompleto, che non contempra una regola per l'allocazione dei rischi connessi al verificarsi delle sopravvenienze contrattuali. In particolare, mentre la negoziazione di una simile regola impone con certezza costi transattivi a entrambe le parti, in molti casi la probabilità che si verifichi l'evento perturbativo appare, al tempo della conclusione del contratto, assai remota. Sicché – da un punto di vista economico – non si perverrà alla negoziazione di una specifica clausola di governo delle sopravvenienze tutte le volte in cui il costo dell'allocazione del rischio superi quello dell'allocazione della perdita connessa alla sopravvenienza, moltiplicata per la probabilità del verificarsi di questa<sup>52</sup>. Per tale motivo, molti ordinamenti prediligono, quale rimedio legale *ex ante*, quello ablativo (scioglimento del contratto). Nondimeno, in ragione delle considerazioni svolte, può essere evidenziato come solo collocandosi nella prospettiva *ex post* della rinegoziazione si possa dare alle parti la possibilità di affrontare quei costi transattivi (di rinegoziazione) in precedenza rimandati in quanto considerati inattuati<sup>53</sup>.

Un esempio di funzione incentivante della regola legale di *default* può essere portato, come si è già avuto modo di accennare, con riguardo al rimedio risarcitorio e, in particolare, alla maggiore o minore estensione del novero delle voci di danno risarcibili, in conseguenza dell'inadempimento. Anche in questo caso, è interessante osservare l'utilizzo di detto principio giuseconomico nell'ambito del *common law*, questa volta inglese. Secondo la cosiddetta regola di *Hadley*, i danni che (quali i profitti perduti) non costituiscono la normale conseguenza dell'inadempimento sono risarcibili solo se si può ragionevolmente supporre che, al momento della conclusione del contratto, le parti li abbiano considerati una conseguenza probabile dell'inadempimento. La regola affermata dalla Court of Exchequer<sup>54</sup>, limitando il risarcimento dei danni consequenzia-

---

<sup>52</sup> In altri termini, «Il vero motivo per l'incompletezza della maggior parte dei contratti è di carattere economico e consiste nel fatto che le trattative contrattuali determinano spesso un costo ("spese di transazione") sproporzionato rispetto al profitto che consentono di ottenere. Quando le probabilità che si realizzi un determinato evento è 1:100 e in tal caso una delle parti subirebbe un pregiudizio di 500, sarebbe insensato se le parti investissero più di 5 in una trattativa finalizzata a trasferire il rischio sull'altra parte» (Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 174). Sulla tendenza delle parti a minimizzare i costi transattivi, vedi le riflessioni di Nicita, Scoppa, *Contratti e teoria economica. Un'introduzione*, cit., 22.

<sup>53</sup> Cenni, Luppi, Parisi, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., 50 s.

<sup>54</sup> *Hadley v. Baxendale*, Court of Exchequer, 9 Ex. 341, 1956 Eng. Rep. 145 (1854). Sul principio della risarcibilità dei danni prevedibili secondo la regola di *Hadley*, nel contesto europeo e internazionale, cfr. Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 426 ss. La regola di *Hadley* è stata messa in discussione dalla House of Lords, nella nota decisione *Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc* [2008] UKHL 48 (anche nota come "*The Achilles*").

li, incentiva i creditori a condividere le informazioni relative alle conseguenze dell'avverso inadempimento e, nel contempo, incoraggia i debitori ad adottare adeguate misure per ridurre il rischio di inadempimento, prevenendo le perdite connesse al risarcimento di tale tipologia di danni<sup>55</sup>. Tuttavia, se il debitore dispone di un potere contrattuale (tale da fargli conseguire un prezzo sopra-competitivo) o di una specifica informazione rilevante (ad esempio sulle probabilità di un proprio adempimento), detti incentivi possono essere neutralizzati. Ciò induce ad adottare un'interpretazione estensiva del requisito della prevedibilità dei danni consequenziali<sup>56</sup>, che consentirebbe ai creditori ad alto rischio di ottenere la desiderata copertura dal rischio (e ai creditori a basso rischio di chiedere una riduzione del prezzo, offrendo una limitazione di responsabilità al debitore) senza la necessità di rivelare alcuna informazione alla controparte<sup>57</sup>. Ancora una volta, le scelte dell'autonomia privata e le regole di fonte legale paiono destinate a dialogare strettamente, come testimoniano le disposizioni predisposte in ambito comunitario, di cui si tratterà nel prosieguo.

---

<sup>55</sup> Ayres, Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rule*, 99 *Yale L. J.* 87, 120 (1989), 101 ss.; Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 427.

<sup>56</sup> Nel nostro ordinamento, il tema della prevedibilità del danno – come codificato all'art. 1225 c.c. – è stato oggetto di vari e approfonditi studi. *Ex multis*, vedi Pulitano, *Adempimento e responsabilità*, in *Responsabilità civile*, diretto da Cendon, vol. II, Torino, 2017, 1413 ss.; Gambino, *Le obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, in *Trattati di diritto civile*, diretto da Sacco, vol. I, Torino, 2015, 388 ss.; Anzani, *La prevedibilità del danno: un dibattito aperto*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 606 ss.

<sup>57</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 164 ss. In Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 428 s. troviamo tracciata la parabola che ha recato gli interpreti a transitare dalla cosiddetta "teoria dell'equivalenza" a quella dello "scopo protettivo": «Non rileva quindi fino a che punto il danno era "probabile" o "prevedibile", ma solo se rientra fra quelli che lo scopo dell'obbligo contrattuale assunto dal debitore mirava a evitare secondo il contratto correttamente interpretato».

# LA PROPOSTA DI INTERVENTO LEGISLATIVO IN MATERIA DI RINEGOZIAZIONE ALLA PROVA DELL'ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO

Anche all'esito di questa sintetica rassegna dei contributi dell'analisi economica del diritto al tema di studio, è possibile svolgere qualche preliminare considerazione in ordine alla più volte citata proposta di riforma del codice civile.

È opportuno richiamare, anche in questa sede, il dettato del criterio direttivo enunciato dal disegno di legge delega, a mente del quale il Governo è (sarebbe) chiamato a prevedere il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti»<sup>1</sup>.

Forti dell'analisi svolta nei precedenti capitoli, possiamo affermare che il principio coglie nel segno ove individua la necessità di una nuova espressione dell'autonomia privata in sede di rinegoziazione, puntellando (o, meglio, incentivando) tale rimedio negoziale con la residuale possibilità di chiedere l'intervento del giudice. Tuttavia, la proposta di riforma si presta anche ad alcuni rilievi critici, in parte già anticipati.

Quello che pare, ormai, un dato acquisito è il carattere inevitabile, fisiologico e spesso volontario dell'incompletezza dei contratti di durata. A fronte di ciò, potrebbe aprirsi una riflessione critica anche con riguardo alla scelta del legislatore delegante di circoscrivere la portata applicativa del rimedio alle sopravvenienze imprevedibili. Infatti, alla luce dei risultati dello studio condotto sui contributi dell'analisi economica del diritto al tema del governo delle sopravvenienze, una riforma che volesse cogliere appieno il “vantaggio

---

<sup>1</sup> Cfr. art. 1, co. 1, lett i), DDL Senato n. 1151/2019, cit. Per alcune riflessioni in ordine alla soluzione prospettata dal DDL, anche nella prospettiva della funzione di incentivo della regola di *default*, cfr. Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, cit., 11 ss.

del pioniere” potrebbe discostarsi maggiormente dal modello dell’art. 1467 c.c., eliminando addirittura il riferimento all’imprevedibilità. Infatti, neppure un riferimento alle mere circostanze “impreviste” risulterebbe soddisfacente, sfociando in una locuzione tautologica, nell’ambito di una disciplina delle sopravvenienze contrattuali.

Analoga sorte, sempre a nostro avviso, dovrebbe toccare al riferimento al carattere eccezionale della sopravvenienza, soprattutto ove si conservi – opportunamente, ancorché il disegno di legge resti silente, sul punto – il riferimento all’alea normale del contratto quale limite di applicabilità del rimedio. Il concetto di alea normale pare, infatti, di per sé sufficiente a circoscrivere la portata applicativa del rimedio alle sole sopravvenienze non normali e, quindi, eccezionali. Inoltre, la locuzione “alea normale” consente (più efficacemente rispetto al riferimento all’eccezionalità della causa dell’eccessiva onerosità) di indirizzare l’attenzione dell’interprete sulla valutazione specifica dell’impatto della sopravvenienza su quella concreta relazione negoziale di durata.

Due ulteriori osservazioni sono possibili con riguardo, da un lato, alla necessità di incentivare un meccanismo cooperativo di negoziazione e rinegoziazione e, dall’altro ma conseguentemente, all’opportunità di riflettere specificamente sulle conseguenze – sul piano risarcitorio – dell’inadempimento dell’obbligo di rinegoziazione, che dovrebbe ricomprendere anche il ricorso strumentale alla pretesa di ridiscutere i termini del contratto.

Sotto il primo profilo, è a nostro avviso opportuno procedimentalizzare specificamente le dinamiche di rinegoziazione. Non solo al fine di incentivare entrambe le parti a condividere le informazioni rilevanti per la conclusione di un nuovo accordo (e, quindi, di incentivarle a rinegoziare), ma soprattutto per conferire idonea efficacia deterrente alla prospettiva residuale dell’intervento del giudice. Questi, infatti, pur dovendo intervenire su di una realtà giuridico-economica che mai non potrà “dominare” con la stessa capacità introspettiva delle parti del contratto, deve poter comunque contare – al fine di decidere se mantenere o risolvere il contratto e per condannare al risarcimento del danno la parte inadempiente – su quante più informazioni possibili riguardanti tanto la fase di stipula, quanto quella di rinegoziazione. Solo così l’approccio rimediabile *ex post* potrà estrinsecarsi nella sua massima efficacia.

Tale notazione consente di intuire il rilievo della “questione risarcitoria”. Come si è visto, calibrare adeguatamente le regole di quantificazione del risarcimento del danno consente di trasmettere efficaci incentivi alle parti, rendendo sconvenienti tanto l’inadempimento dell’obbligo di rinegoziare secondo buona

fede, quanto i comportamenti opportunistici in sede di rinegoziazione<sup>2</sup>. Maggiore sarà il “peso” imposto sulle parti dal punto di vista risarcitorio, più cogente sarà l’indicazione legislativa verso il mantenimento del contratto. Si tratta, come evidente, di un problema di politica del diritto, rispetto al quale l’enfasi della relazione illustrativa verso il principio di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost. pare consentire al legislatore delegato significativi spazi di manovra.

---

<sup>2</sup> L’obbligo di rinegoziazione non deve, in altri termini, rappresentare un inutile formalismo. Le trattative devono poter essere condotte alla luce del prevedibile esito giudiziale, dimodoché l’accordo sarà raggiunto solo se presenterà condizioni più convenienti rispetto alla sentenza emessa dal giudice, il quale a sua volta dovrebbe poter valutare la legittimità della richiesta di revisione, tenendo in considerazione sul piano risarcitorio le condotte abusive assunte in sede di rinegoziazione fallita. Vedi in argomento Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 469 s.



PARTE III

# **LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI**

TRA PROGETTI  
DI ARMONIZZAZIONE  
DEL DIRITTO  
DEI CONTRATTI  
E PROSPETTIVE  
DI RIFORMA



# PREMESSA: LE DOTTRINE DELLO SQUILIBRIO NEGOZIALE E IL RUOLO DELLA BUONA FEDE

Nei capitoli precedenti abbiamo preso in esame i profili di interesse e quelli problematici, relativamente alla fattispecie delle sopravvenienze contrattuali che affliggono, squilibrandolo, un rapporto contrattuale caratterizzato dalla lunga durata e dalla relazionalità (interdipendenza) degli interessi delle parti. Il percorso ha rivelato una notevole varietà di questioni, tanto nella prospettiva strettamente giuridico-normativa, quanto in quella dell'analisi economica del diritto: «The eventualities of life are infinite and, therefore, the legal issues referring to unexpected circumstances present a kaleidoscopic picture»<sup>1</sup>.

A questo punto, pare opportuno traslare le riflessioni sin qui evolute sul piano degli strumenti normativi che si sono apprestati nel percorso verso l'uniformazione del diritto privato europeo (e internazionale) e, segnatamente, del diritto dei contratti. I testi elaborati in sede sovranazionale, infatti, dimostrano un'attenzione specifica al tema del riequilibrio dei contratti esposti a sopravvenienze e le soluzioni da questi proposte consentono di approfondire ulteriormente il discorso attorno alla selezione di un adeguato rimedio manutentivo.

La consapevolezza circa il rilievo di tale problematica rappresenta un primo segno distintivo del lento processo di codificazione di un diritto europeo dei contratti (che non ha ancora prodotto un testo suscettibile di essere reso cogente per tutti i paesi aderenti, ma si è sviluppato mediante strumenti di *soft law*)<sup>2</sup>. Infatti, in una prospettiva europea, da un lato si può osservare che

---

<sup>1</sup> Hondius, Grigoleit, *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, in Hondius, Grigoleit (edited by), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011, 3.

<sup>2</sup> In argomento, vedi Veneziano, *The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of Unidroit's Experience*, in *Villanova Law Rev.*, 2013, 58, 4, 521 ss.; Alborno, González, *Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts*, in *Journ. Private Intl. Law*, 12, 3, 437 ss.; Meyer, *Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, in *Denver Journ. Intl. Law and Policy*, 2006, 34, 1, 119 ss.; Bonell, *The Law*

la consapevolezza circa l'incompletezza contrattuale e l'impossibilità, per le parti, di prevedere meccanismi di allocazione del rischio di un ampio spettro di sopravvenienze contrattuali fonda il ricorso a rimedi volti, al ricorrere di determinate condizioni, a incidere sull'assetto dei diritti e degli obblighi scaturenti dall'accordo concluso. Dall'altro lato, occorre considerare come la fondamentale funzione del principio *pacta sunt servanda*, quale requisito dell'autonomia negoziale e della responsabilità contrattuale, imponga di limitare l'accesso ai predetti rimedi, secondo criteri rigorosi<sup>3</sup>. Da tale bilanciamento di contrapposti interessi emerge nondimeno, con chiarezza, come le regole elaborate a livello europeo dimostrino un'apertura verso un progressivo abbandono dell'idea dell'irrelevanza dello squilibrio negoziale<sup>4</sup>.

Una simile constatazione non induce a segnare una marcata linea di rottura tra l'approccio europeo e quello nazionale italiano, di cui ci siamo occupati in precedenza. Tuttavia, è indubbio che le soluzioni affermatesi in ambito europeo in relazione alla figura dell'*hardship*<sup>5</sup> deviano dal modello prescelto dal codice

---

*Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law*, in Hague Academy of International Law, *Rec des Cours*, 2018, 388, 17 ss.; Gabriel, *The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been*, in *Michigan Journ. Intl. Law*, 2019, 40, 3, 413 ss.; Mijatović, *The currentness of the unidroit principles of international commercial contracts - effects of bottom-up method of law harmonization*, in *Proceedings Novi Sad Fac. Law*, 2018, 52, 1, 323 ss.

<sup>3</sup> Hondius, Grigoleit, *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., 3.

<sup>4</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 201.

<sup>5</sup> Sulla figura, cfr. Bortolotti, *Il contratto internazionale*, Padova, 2017, 283 ss.; Scarpa, *Ricostruzione ermeneutica della "hardship clause" nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, 951 ss.; Frignani, Torsello, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010, 293 ss.; Patti, Vacca, *Trattato delle obbligazioni*, vol. V, Padova, 2010, 289 ss.; Galgano, Marrella, *Commercio internazionale*, Padova, 2010, 301 s.; e, anche in chiave comparatistica, cfr. Kelly, *Inside contract law: what matters and why*, New York, 2011, 387; Lookofsky, *Financial Crises and Danish Contract Law: No Room for Hardship*, in Başoğlu (edited by), *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*, Cham, 2016, 121 ss. (opera, quest'ultima, che contiene contributi da vari paesi, Italia compresa, sul tema dei riflessi della crisi economica globale sulla tenuta dei contratti vigenti); Yildirim, *Equilibrium in international commercial contracts: with particular regard to gross disparity and hardship provisions of the UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Nijmegen, 2011, 98 ss.; Brunner, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Austin, Alphen Aan Den Rijn, 2009, 391 ss.; Frignani, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 680 ss. Per una riflessione sulla figura ai tempi del COVID-19, cfr. Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, cit., 6 ss.; Monteverde, *L'incursione del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, cit., 141 ss.; e, nell'ottica della comparazione, Lai, Kerry, *Force majeure clauses provide coronavirus relief for business*, in *Intl. Financ. Law Rev.*, 3 febbraio 2020; Abuwasel, *The coronavirus pandemic in contract law: Companies disrupted by the spread of co-*

civile italiano per il caso dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), tanto sotto il profilo della tipologia delle circostanze rilevanti (sopravvenienze di ordine sia quantitativo, sia qualitativo), quanto dal punto di vista dei rimedi azionabili e, conseguentemente, del ruolo del giudice. Esse esprimono, in altri termini, la tendenza alla conservazione dell'equilibrio contrattuale diviso dalle parti anche a fronte di circostanze perturbative sopravvenute che, frustrandolo, non giustificano tuttavia il rimedio estremo ablativo<sup>6</sup>.

Per affrontare l'esame delle soluzioni "codificate", è opportuna una breve riflessione preliminare che faccia emergere il substrato "culturale" che ha condotto alla loro elaborazione. In questa prospettiva, assume rilievo il posizionamento dell'interprete rispetto al dettato contrattuale, inteso come insieme della letteralità espressa e degli effetti prodotti dal medesimo.

Secondo un'impostazione che può essere definita tradizionale – che si esprime nelle dottrine dell'interpretazione "costruttiva" del contratto<sup>7</sup>, volta a esplicitarne i termini impliciti, dell'errore<sup>8</sup>, dell'impossibilità della prestazione<sup>9</sup> e della cosiddetta *lesio enormis*<sup>10</sup> – la problematica delle sopravvenienze contrattuali è affrontata più sotto il profilo della ricerca dell'ipotetica volontà (inespressa) delle parti<sup>11</sup>, che non sotto quello del conflitto tra carattere cogente del contratto ed equilibrio sostanziale del rapporto. Al contrario, l'impostazione definibile come non convenzionale (o eccezionale) – per riassumere le

---

*ronavirus may seek to have the pandemic recognised as a hardship event*, in *MEED Busin. Rev.*, 2020, 5, 4, 24 s. Merita inoltre di essere segnalato il *Principle 13, Force Majeure and Hardship* dettato dallo European Law Institute nei propri *Principles for the COVID-19 Crisis*, reperibili all'indirizzo [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Principles\\_for\\_the\\_COVID-19\\_Crisis.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf).

<sup>6</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 146 s.

<sup>7</sup> Cfr. Modugno, *Interpretazione giuridica*, III ed., Padova, 2015, 63 s.; Busani, *Introduzione ai contratti commerciali internazionali B2B e alle joint ventures*, Padova, 2012, 102 s.

<sup>8</sup> Nwafor M., Nwafor N., *Conceptualizing the Relationship between Doctrine of Mistake and Exemption (Force Majeure) under the CISG and the UPICC*, in *Busin. Law Rev.*, 2019, 40, 3, 111 ss.; Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, in *Michigan Law Rev.*, 2009, 107, 8, 1413 ss.

<sup>9</sup> Hondius, Grigoleit, *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., 6.

<sup>10</sup> Nella prospettiva romanistica, vedi Grebieniow, *La lesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2014, 61, 195 ss.; Zilotto, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e lesio enormis*, in Garofalo (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007, 597 ss.

<sup>11</sup> Vedi ancora, in argomento, Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, in *Michigan Law Rev.*, 2009, 107, 8, 1413 ss.; Bagchi, *Interpreting Contracts in a Regulatory State*, in *Univ. San Francisco Law Rev.*, 2019, 54, 1, 35 ss.

tesi della *doctrine of frustration*<sup>12</sup>, della *Wegfall der Geschäftsgrundlage*<sup>13</sup>, della *doctrine of assumptions*<sup>14</sup> e la dottrina della clausola *rebus sic stantibus*<sup>15</sup> – affrontando il conflitto tra il dato letterale intrinseco del contratto e i suoi effetti estrinseci, configura un’aperta eccezione al carattere vincolante dell’accordo, fondandola sulla circostanza eccezionale della sostanziale frustrazione delle aspettative di una parte o di entrambe, tale da non poter essere equamente risolta facendo leva sul dato letterale dell’accordo né su di una differente regola di diritto positivo<sup>16</sup>.

Delle dottrine ascrivibili all’impostazione non convenzionale è utile fornire una panoramica definitoria<sup>17</sup>. La *frustration* – figura applicata restrittivamente dalle corti di *common law*, che porta a liberare la parte dall’obbligo di eseguire la prestazione, salva la possibilità (prevista dalla *Law Reform (Frustrated Contracts) Act* inglese del 1943) di equa compensazione a seguito dell’inadempimento – «ricorre ogniqualvolta il diritto riconosce che, senza il grave pregiudizio (*default*) di una delle parti, un’obbligazione è divenuta ineseguibile in virtù del fatto che le circostanze nelle quali la prestazione è richiesta renderebbero detta prestazione differente da quella promessa in contratto. *Non hæc in fœdera veni. Non era questo ciò che ho promesso di fare*»<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Sulla figura, vedi Sica, D’Antonio, Mignacca, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Stanzone, vol. I, Padova, 2012, 115 ss.; Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 319; Roppo, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e “frustration of contract” (in margine a un “caso di Suez”)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1239. Per una trattazione più ampia, cfr. Treitel, *Frustration and force majeure*, III ed., London, 2014.

<sup>13</sup> Cfr. Frignani, Torsello, *Il contratto internazionale*, cit., 300 ss.; Patti, Vacca, *Trattato delle obbligazioni*, cit., 316; De Nova, *Il contratto*, Padova, 2011, 91; Puelinckx, *Frustration, hardship, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage, unmöglichkeit, changed circumstances—a comparative study in English, French, German and Japanese law*, in *Jour. Intl. Arbitr.*, 1986, 3, 47 ss.

<sup>14</sup> In argomento, vedi Lehrberg, *Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1998, 6, 3, 265 ss.

<sup>15</sup> Vedi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, Genovese, *Clausola rebus sic stantibus*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, vol. I, Torino 2017, 1357 ss.; Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: comparative perspectives*, Cambridge, 2011, 23 ss.; Hill, *The doctrine of “rebus sic stantibus” in international law*, Columbia, 1934, 7 ss.

<sup>16</sup> Hondius, Grigoleit, *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., 6.

<sup>17</sup> *Amplius*, cfr. Id., 7 s.

<sup>18</sup> Lord Radcliffe, in *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*, 1956, libera traduzione. A conferma dell’approccio restrittivo adottato dalle corti anglosassoni con riguardo alla figura, merita di essere citato il caso deciso dalla Royal Court of Justice, *Canary Wharf v. EMA*, [2019] EWHC 335 (Ch), avente ad oggetto il *lease* stipulato dall’Agenzia europea del farmaco (EMA) per la sua sede londinese, che è stata costretta ad abbandonare, per effetto della Brexit. Secondo i giudici di Sua Maestà, «the Lease will not be frustrated on the withdrawal of the United Kingdom from the European Union. This is neither a case of frustration by supervening illegality nor one

La dottrina tedesca della *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (“caduta” o “venir meno del fondamento negoziale”), di ispirazione dottrinarica e recepita dapprima dalla giurisprudenza<sup>19</sup> e poi dal BGB, a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni (*Schuldrechtsreform*) del 2002<sup>20</sup>, ha influenzato le giurisdizioni di molti altri paesi, quali l’Austria, la Grecia, il Portogallo e la stessa Italia. Essa afferma che il carattere vincolante del contratto è sospeso se le aspettative fondamentali – connesse ad aspetti già considerati in contratto ovvero legati a eventi sopravvenuti, ma non specificamente disciplinati nell’accordo o dal diritto positivo – non sono soddisfatte; in tali casi, il giudice può intervenire sull’accordo, modificando l’obbligazione, ovvero consentire alla parte svantaggiata di sciogliersi dal contratto.

La *doctrine of assumption* è applicata in Danimarca e Svezia e consente alla parte che abbia subito un inaspettato aggravamento della propria posizione contrattuale, dovuto a una circostanza materiale e riconoscibile dall’altra parte – sia detta circostanza precedente la conclusione del contratto (errore) o sopravvenuta – di sciogliere il contratto, ovvero quest’ultimo può essere adeguato dal giudice<sup>21</sup>.

Infine, la dottrina spagnola e slovena che fa leva sulla *clausola rebus sic stantibus* affronta il tema delle sopravvenienze contrattuali nella prospettiva dell’ec-

---

of frustration of common purpose. The Lease will not be discharged by frustration on the United Kingdom’s transition from Member State of the European Union to third country nor does the EMA’s shift of headquarters from London to Amsterdam constitute a frustrating event. The EMA remains obliged to perform its obligations under the Lease». Nella prospettiva dell’emergenza da COVID-19, cfr. Vanin, *Covid-19: force majeure e frustration del contratto*, cit.

<sup>19</sup> Vedi per alcuni riferimenti specifici Horn, *Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law*, in Horn (edited by), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt, 1985, 18 ss.

<sup>20</sup> Cfr., per una ricostruzione dell’evoluzione dell’approccio tedesco al tema delle sopravvenienze, dalla teoria dell’impossibilità economica, alla caduta della base negoziale ancorata al dovere di buona fede (vedi la giurisprudenza del *Reichsgericht*, RG 28/11/1923, in RGZ 107, 78, in materia di svalutazione monetaria e riscatto dell’ipoteca, che condusse poi all’introduzione, nel 1925, dell’*Aufwertungsgesetz* o legge sulla rivalutazione), al nuovo § 313 BGB, Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 457 ss. Vedi anche, in argomento, Di Majo, *La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 354 ss.; Taccani, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania: la nuova disciplina in materia di inadempimento e di impossibilità*, in *Contr. impr.*, 2003, 379 ss.; Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello “Schuldrecht” tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 1 ss.

<sup>21</sup> Vedi Lehrberg, *Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms*, cit., 265 ss.; Hondius, Grigoleit, *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., 7 ss. Nella prospettiva dell’emergenza da COVID-19, cfr. Crispino, Troncone, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, cit., 9 ss.

cessiva onerosità (Spagna), ovvero della fondamentale alterazione dell'equilibrio tra le obbligazioni (Slovenia)<sup>22</sup>.

Su tali basi, i giuristi che hanno contribuito alla predisposizione dei testi di armonizzazione del diritto dei contratti hanno costruito un'impalcatura di rimedi che guardano al mantenimento dell'accordo squilibrato, facendo perno sul canone ordinante della buona fede contrattuale.

È infatti opportuno premettere, ulteriormente, che la buona fede assume una posizione cardinale in tutti i progetti di codificazione europea<sup>23</sup>, a dimostrazione del fatto che tale clausola generale «è ormai divenuta una sentinella presente nell'intero percorso lungo il quale si snoda la vicenda contrattuale»<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Hondius, Grigoleit, *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., 7 ss.; Genovese, *Clausola rebus sic stantibus*, cit., 1357 ss.; Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: comparative perspectives*, cit., 23 ss.; Hill, *The doctrine of "rebus sic stantibus" in international law*, cit., 7 ss.

<sup>23</sup> Zimmermann, Whittaker, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in Zimmermann, Whittaker (edited by), *Good faith in European contract law*, cit., 7 ss.; Lorenz, *Contract Modification as a Result of Change of Circumstances*, in Beatson, Friedmann (edited by), *Good faith and fault in contract law*, cit., 357 ss.

<sup>24</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 158 e 213, il quale osserva come, in ambito europeo, si registri un uso del diritto dei contratti che, incidendo sulla contrattazione di massa mediante la predisposizione di regole uniformi, tenta di arginare e prevenire le inefficienze e le distorsioni del mercato, contribuendo alla creazione "dal basso" di condizioni di parità tra gli operatori economici.

# I PROGETTI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI E IL MODELLO RIMEDIALE PER IL GOVERNO DELLE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI

Poste tali premesse, sarà affrontata in questa sede l'analisi delle più interessanti soluzioni di *soft law* elaborate sulla via dell'uniformazione del diritto contrattuale europeo, nonché in ambito internazionale<sup>1</sup>, prendendo in considerazione, in particolare, i rimedi predisposti per lo squilibrio negoziale indotto dalle sopravvenienze contrattuali<sup>2</sup>.

Con il nome di progetto Gandolfi si suole fare riferimento all'*Avant-projet de Code européen des contrats* (CEC)<sup>3</sup>, pubblicato dall'Accademia dei giuristi

<sup>1</sup> Cfr. Veneziano, *The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of Unidroit's Experience*, cit., 521 ss.; Alborno, González, *Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts*, cit., 437 ss.; Meyer, *Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, cit., 119 ss.; Bonell, *The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law*, cit.; Gabriel, *The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been*, cit., 413 ss.; Mijatović, *The currentness of the unidroit principles of international commercial contracts - effects of bottom-up method of law harmonization*, cit., 323 ss.

<sup>2</sup> In argomento, cfr. Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 4 ss.

<sup>3</sup> Gandolfi (coordinato da), *Code européen des contrats: avant-projet*, lib. I, III ed. (rived. corr. e agg.), Milano, 2004; lib. II, vol. I, Milano, 2007; lib. II, vol. II, Milano, 2008. In argomento, cfr. Lipari, *Quali prospettive per un "codice europeo dei contratti"?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 719 ss.; Galgano, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, 2012, 1 ss.; Franzoni, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, *ivi*, 350 ss.; Trombetti, *I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference e il progetto preliminare del Code européen des contrats*, *ivi*, 2011, 168 ss.; Gandolfi, *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 221 ss.; Alpa, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Contratti*, 2007, 837 ss.; Fratini, *Un "Codice Europeo dei Contratti": un'altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 403 ss.; Gandolfi, *Il libro secondo ("Des contrats en particulier") del "code européen des contrats"*, *ivi*, 2005, II, 653 ss.; Ferri, *Il Code européen des Contrats*, in *Cont. impr. Eur.*, 2002, 27 ss.

europei, i cui artt. 97 e 157 sono dedicati alla rinegoziazione del contratto conseguente alla sua eccessiva onerosità sopravvenuta. Il testo prevede che, se eventi straordinari e imprevedibili rendono la prestazione del debitore eccessivamente onerosa, quest'ultimo non può considerarsi inadempiente e acquista il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, mediante la comunicazione alla controparte di una dichiarazione che specifichi, a pena di nullità, le condizioni che il debitore propone al fine di conservare il contratto. La dichiarazione inibisce l'instaurazione del giudizio per un termine di sei mesi, salvi i provvedimenti urgenti<sup>4</sup>; la controparte, al verificarsi dell'evento sopravvenuto, può chiedere al debitore di dichiarare, entro un termine massimo di 60 giorni, se intenda o meno avvalersi del proprio diritto di rinegoziare il contratto. In caso di fallimento della rinegoziazione, ovvero trascorso infruttuosamente il termine, il debitore – nei successivi 60 giorni, a pena di decadenza – può adire il giudice, secondo la procedura applicabile nel luogo in cui il contratto deve essere adempiuto. La corte, valutate le circostanze e tenuto conto degli interessi e delle domande delle parti, può modificare o sciogliere il contratto, nella sua interezza ovvero relativamente alla parte inadempita, e, se richiesta, provvedere in ordine alle restituzioni e al risarcimento dei danni.

La Camera di commercio internazionale (ICC) ha invece predisposto un modello di *hardship clause*<sup>5</sup>, in base al quale le parti del contratto restano vincolate al medesimo anche se sopravvengono eventi che rendono la prestazione più onerosa di quanto si sarebbe potuto ragionevolmente prevedere al tempo della stipula. Affinché le parti siano vincolate a negoziare, entro un termine ragionevole da quando la clausola sia stata invocata, nuove condizioni contrattuali atte (ragionevolmente) a porre rimedio alle conseguenze dell'evento sopravvenuto, la parte svantaggiata deve dimostrare che: (a) la continuazione dell'adempimento è resa eccessivamente onerosa per effetto di un evento al di là del proprio ragione-

---

<sup>4</sup> Sulla tutela d'urgenza a fronte dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione, vedi Tuccari, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 74 s.

<sup>5</sup> International Chamber of Commerce, *ICC Force Majeure Clause 2003. ICC Hardship Clause 2003*, Parigi, 2003, reperibile all'indirizzo <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Force-Majeure-Hardship-Clause.pdf>. In argomento, vedi Bortolotti, *Il contratto internazionale*, cit., 286; Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2017, 237; Vanin, *Covid-19: force majeure e frustration del contratto*, cit. In riferimento all'attivazione delle clausole di forza maggiore nei contratti del commercio internazionale, è interessante segnalare la circolare 20 marzo 2020 del Ministero dello Sviluppo Economico, con la quale è stato stabilito che «su richiesta dell'impresa, quale documento a supporto del commercio internazionale, le Camere di commercio, nell'ambito dei poteri loro riconosciuti dalla legge, possono rilasciare dichiarazioni in lingua inglese sullo stato di emergenza in Italia conseguente all'emergenza epidemiologica da COVID-19 e sulle restrizioni imposte dalla legge per il contenimento dell'epidemia».

vole controllo e che non ci si poteva ragionevolmente attendere che fosse preso in considerazione al tempo della conclusione del contratto; e (b) l'evento o le sue conseguenze non hanno potuto essere ragionevolmente evitati o superati. In tal caso, se la controparte non presta il proprio consenso alle nuove condizioni contrattuali, la parte svantaggiata può porre fine al contratto.

Una disciplina articolata è prevista anche nei *Principles of European Contract Law* (PECL), redatti dalla Commissione sul diritto europeo dei contratti o Commissione Lando<sup>6</sup>. L'articolo 6:111 dei PECL, rubricato "mutamento delle circostanze", si apre con la riproposizione del generale principio *pacta sunt servanda*, disponendo che ciascuna parte è tenuta ad adempiere alle proprie obbligazioni, anche allorché la prestazione sia divenuta più onerosa, sia a causa dell'incremento del costo della prestazione dovuta, sia per lo svilimento del valore della controprestazione.

Nondimeno, se la prestazione diviene eccessivamente onerosa, in dipendenza dal mutamento delle circostanze, le parti sono obbligate a intraprendere una negoziazione finalizzata all'adattamento del contratto o al suo scioglimento. Ciò, purché ricorrano tre condizioni: (a) che il mutamento delle circostanze sia intervenuto in un momento successivo a quello in cui il contratto è stato concluso; (b) che l'eventualità di un mutamento delle circostanze non sia tale da poter ragionevolmente essere presa in considerazione dalle parti al tempo della conclusione del contratto; (c) che il rischio del mutamento delle circostanze non rientri tra quelli assunti contrattualmente da una delle parti.

Se le parti non raggiungono un accordo in sede di rinegoziazione entro un ragionevole periodo, è data la possibilità di ricorrere al giudice, il quale potrà sciogliere il contratto, dettando termini e condizioni dello scioglimento, ovvero adattarlo alle circostanze sopravvenute, distribuendo tra le parti i guadagni e

---

<sup>6</sup> Lando, Beale (edited by), *The principles of European contract law. Part I and II Combined and Revised*, L'Aja, 2000; Lando, Clive, Prüm, Zimmermann (edited by), *The principles of European contract law. Part III*, L'Aja, 2003. In argomento, vedi Capilli, *Interpretazione, uso e ragionevolezza*, in Capriglione (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Padova, 2019, 73 ss.; Pascucci, *Termination for breach of contract vs. specific performance. The relationship between these two remedies comparing the Italian civil code concerning contracts in general and the principles of European contract law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 521 ss.; Castronovo, *Good faith and the principles of European contract law*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 589 ss.; Castronovo, *I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II. Breve introduzione e versione italiana degli articoli*, *ivi*, 2000, 249 ss.; Alpa, *La seconda versione dei principles of European contract law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 121 ss.; Alpa, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss. Per un commento al testo, cfr. Antonioli, Veneziano (a cura di), *Principles of European contract law and Italian law – a commentary*, L'Aja, 2005.

le perdite determinati dalla sopravvenienza, secondo giustizia ed equità. Inoltre, la corte potrà riconoscere il diritto al risarcimento in favore di quella parte che abbia subito un pregiudizio, in conseguenza del rifiuto della controparte di condurre la rinegoziazione, ovvero della rottura delle trattative non conformi a buona fede e correttezza.

I PECL sono stati oggetto di un progetto di revisione, elaborato dall'Associazione Henri Capitant (*Revised principles of European contract law*, RPECL)<sup>7</sup>. In detto progetto, si trovano due interessanti disposizioni (artt. 7:101 e 7:102) dedicate al tema del mutamento delle circostanze e alle clausole di allocazione del relativo rischio. In particolare, le parti hanno il dovere di rinegoziare il contratto, per conseguirne la revisione ovvero lo scioglimento, allorché esso, nel corso della sua esecuzione, divenga profondamente squilibrato per effetto di un mutamento di circostanze non ragionevolmente prevedibile.

Se, nonostante la buona fede delle parti, non è possibile giungere alla rinegoziazione in un tempo ragionevole, le parti possono risolvere il contratto di comune accordo; mentre, solo ove ciò non avvenga, il giudice adito potrà operare un'equa revisione del contratto, ovvero privarlo di futura efficacia.

Con riguardo alle clausole di preventiva allocazione del rischio delle sopravvenienze, il progetto prevede che esse siano valide nella misura in cui non conducano a conseguenze irragionevoli per la parte che assume la maggior parte di detto rischio, e che le stesse non possano essere applicate allorché il rischio si avveri – in tutto o in parte – per fatto del contraente a beneficio del quale la clausola è destinata a operare.

Anche il *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), predisposto dallo *Study Group on a European Civil Code* (cosiddetto *Study group*) e dal *Research Group on EC Private Law* (cosiddetto *Acquis Group*)<sup>8</sup> e in parte ispirato ai PECL, prende

<sup>7</sup> Vedi Favarque-Cosson, Mazeaud (edited by), *European Contract Law*, Monaco, 2008, 573 ss. Una versione estesa e commentata è disponibile presso la Société de Législation Comparée, [www.legiscompare.com](http://www.legiscompare.com).

<sup>8</sup> In argomento, cfr. Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 13 s.; von Bar, Clive Schulte-Nölke (edited by), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009. In argomento, vedi Capilli, *Interpretazione, uso e ragionevolezza*, cit., 76 ss.; Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea*, VII ed., Padova, 2016, 173 ss.; Perfetti, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 669 ss.; Falletti, *Dal "Draft of Common Frame of Reference" al "Feasibility Text": verso un regolamento opzionale sul diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 2012, I, 187 ss.; Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 837 ss.; Trombetti, *I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference e il progetto*

in esame la problematica delle sopravvenienze contrattuali. Secondo l'art. III-1:110 del DCFR, rubricato "modificazione o scioglimento giudiziale [del contratto] per mutamento delle circostanze", l'obbligazione deve essere adempiuta anche se la prestazione è divenuta più onerosa o la controprestazione ha subito uno svilimento del proprio valore.

Tuttavia – prosegue la norma – se l'obbligazione diviene talmente onerosa, in virtù di un mutamento eccezionale delle circostanze, da rendere manifestamente ingiusto che il debitore continui a essere tenuto al suo adempimento, è possibile ricorrere al giudice. Questi potrà: (a) modificare l'obbligazione, al fine di renderla ragionevole ed equa, sotto le nuove circostanze; ovvero, (b) rimuoverla nei termini e secondo le condizioni stabiliti nella decisione.

L'accesso a tale meccanismo rimediabile è, però, limitato dalla previsione di specifici requisiti. In primo luogo, è necessario che il mutamento delle circostanze sia sopravvenuto rispetto al sorgere dell'obbligazione. Inoltre, al tempo in cui l'obbligazione è sorta, il debitore non deve aver preso in considerazione l'eventualità e la portata di detto mutamento di circostanze, né deve potersi ragionevolmente ritenere che egli fosse a ciò tenuto. Ancora, il debitore non deve aver assunto esplicitamente il rischio della sopravvenienza, né deve potersi ragionevolmente ritenere che egli lo abbia altrimenti assunto. Infine, il debitore deve aver tentato, secondo ragionevolezza e buona fede, di conseguire in via negoziale un ragionevole ed equo aggiustamento delle clausole disciplinanti l'obbligazione.

Ampliando la prospettiva centrata sull'Unione Europea, è interessante prendere in considerazione anche le soluzioni adottate dall'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato. Nell'ambito della sezione dei principi Unidroit (*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, UPICC)<sup>9</sup>

---

*preliminare del Code européen des contrats*, cit., 168 ss.; Maugeri, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 253 ss.; Breccia, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti*, 2010, 95 ss.; De Nova, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 667; Vettori, *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, *ivi*, 675 ss.

<sup>9</sup> International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit), *Unidroit principles of international commercial contracts*, Roma, 2016, reperibile all'indirizzo <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>. In argomento, vedi Capilli, *Interpretazione, uso e ragionevolezza*, cit., 59 ss.; Bortolotti, *Il contratto internazionale*, cit., 72 ss., 284; Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, cit., 209 ss.; Azzali, *The UNIDROIT principles of international commercial contracts: a new era of international commercial law*, in *Riv. arb.*, 2017, 657; Vogenaue, *I principi "Unidroit" dei contratti commerciali internazionali 2010*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 246 ss.; Bonell, *I Principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 795 ss.; Carbone, *I Principi UNIDROIT quale "SOFT LAW" applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, *ivi*, 2012, 809; De Ly, *Choi-*

dedicata alla figura dell'*hardship*, quale fondamentale alterazione dell'equilibrio contrattuale<sup>10</sup>, trovano collocazione gli articoli 6.2.1-6.2.3.

Premesso il principio generale della vincolatività del contratto, tale disciplina definisce l'*hardship* come il verificarsi di eventi che determinano un'alterazione fondamentale dell'equilibrio del contratto dovuta all'incremento del costo della prestazione dovuta, ovvero allo svilimento del valore di quella attesa.

Affinché tali eventi siano rilevanti ai fini della disciplina in discorso, è necessario che essi non rientrino nella sfera di controllo della parte svantaggiata e si verifichino, o divengano noti a quest'ultima, dopo la conclusione del contratto, senza che detta parte fosse stata ragionevolmente in grado di prenderli in considerazione al tempo della stipula, né ne avesse assunto esplicitamente il rischio.

In tali casi, la parte svantaggiata può indirizzare alla controparte, senza ingiustificato ritardo, una motivata richiesta di rinegoziazione. La richiesta non legittima la parte richiedente a non eseguire la prestazione; tuttavia, in caso di mancato raggiungimento di un accordo di rinegoziazione entro un termine ragionevole, entrambe le parti possono adire la corte che, secondo ragionevolezza, potrà decidere se sciogliere il contratto (dettando termini e condizioni dello scioglimento) ovvero modificarlo, al fine di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico.

Gli elementi della rassegna che precede si prestano ad alcune considerazioni di ordine generale.

L'art. 1467 c.c. si apre circoscrivendo il proprio ambito applicativo ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, ai quali abbiamo fatto riferimento con la locuzione contratti di durata. Al contrario, nessuna delle disposizioni analizzate in questa terza parte contiene una simile specificazione. Viene da domandarsi se tale omissione segnali una scarsa consapevolezza degli estensori circa le caratteristiche e le problematiche tipiche dei contratti di durata e delle relazioni negoziali che ne scaturiscono, in opposizione al modello dello scambio istantaneo. In realtà, l'espresa previsione di rimedi specifici per le problematiche caratterizzanti simili contratti induce a ritenere che la segnalata mancanza si debba al fatto che il riferimento esplicitato dall'art. 1467 c.c. è stato considerato implicito. Tuttavia, la formulazione generica delle disposizioni richiamate potrà consentirne un'applicazione anche al di fuori della fattispecie presa in considerazione specificamente in questa sede.

---

*ce of non state law and international contracts*, *ivi*, 2012, 825 ss.; Dessemontet, *The UNIDROIT Principles and the long Terms Contracts*, *ivi*, 2012, 873 ss.

<sup>10</sup> Sulla nozione di equilibrio contrattuale nei principi Unidroit, vedi Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, *cit.*, 19.

L'analisi svolta può essere, poi, sfruttata per ricostruire la generale impostazione adottata nei richiamati testi, restituendo un'immagine di insieme dei meccanismi rimediali predisposti.

Anzitutto, si può notare che le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'accesso ai rimedi delineati sono variamente definite, prendendo a riferimento l'eccessiva onerosità (ICC, PECL) o gravosità (CEC) della prestazione; il profondo squilibrio (RPECL) tra le prestazioni o l'alterazione fondamentale dell'equilibrio del contratto (UPICC); tenendo altresì in considerazione l'ipotesi dello svilimento della controprestazione (DCFR, UPICC). Quanto ai caratteri dell'evento sopravvenuto, se tutti i testi concordano nel richiederne la manifestazione (CEC, ICC, PECL, RPECL, DCFR) o la scoperta (UPICC) dopo la conclusione del contratto, una distinzione deve farsi tra l'impostazione che ne pone in rilievo unicamente la ragionevole imprevedibilità (PECL, ICC, RPECL) e quella che a tale requisito coniuga quello della straordinarietà (CEC) o eccezionalità (DCFR).

Similmente, i testi esaminati presentano differenti sfumature allorché si tratti di dettare le condizioni di applicabilità dei rimedi. Quanto all'evento perturbativo dell'equilibrio tra le prestazioni, esso deve collocarsi al di fuori della sfera di controllo del debitore (ICC, UPICC), il quale non deve averne assunto espressamente il rischio (PECL, DCFR, UPICC) né averlo tenuto in considerazione (purché non in colpa, per violazione di un "ragionevole" dovere di considerare detto specifico rischio, DCFR, PECL, UPICC, ICC). A ciò, il DCFR aggiunge il profilo dell'ingiustizia manifesta derivante dall'esecuzione del contratto secondo i termini originari e richiede un previo tentativo del debitore di rinegoziarlo, secondo buona fede.

Tale ultimo requisito costituisce l'anello di congiunzione tra le norme dettate per circoscrivere le fattispecie rilevanti di sopravvenienze e quelle volte a configurare i rimedi contro lo squilibrio del rapporto. Queste ultime possono essere esaminate tenendo distinti il ruolo e le competenze dei contraenti (rinegoziazione o scioglimento del contratto) da quelli attribuiti, eventualmente, al giudice (adattamento o scioglimento del contratto).

Sotto il primo profilo, si può osservare come tutti i testi lascino l'iniziativa – nell'attivare il meccanismo rimediale – al debitore della prestazione gravata dalla sopravvenienza, al quale, salvo che in un caso (CEC), non è assegnato un termine perentorio per richiedere la rinegoziazione, ricorrendosi a formule generiche volte a contenere detta fase entro un ragionevole periodo di tempo (ICC, PECL, RPECL, UPICC). La disciplina più dettagliata della rinegoziazione è quella del CEC che, oltre al già richiamato termine, impone un dovere informativo speci-

fico al debitore (deve comunicare al creditore le nuove condizioni contrattuali) e riconosce alla controparte contrattuale il diritto di costringerlo a dichiarare se intenda avvalersi o meno del diritto a rinegoziare il contratto (il silenzio equivale a una risposta negativa); il tutto in pendenza di un termine in cui le azioni giudiziali non urgenti restano inibite. In termini più generici, anche il progetto dell'Unidroit prevede il dovere del debitore della prestazione colpita dalla sopravvenienza di indicare i motivi a fondamento della richiesta di rinegoziazione; e specifica – a tutela della controparte – che tale richiesta non legittima comunque la mancata esecuzione della prestazione.

Da tali modelli si discosta quello del DCFR, che ricomprende il tentativo di rinegoziazione (su iniziativa del debitore) nei requisiti di accesso al rimedio giudiziale.

Come anticipato, l'intervento del giudice è legittimato dal mancato raggiungimento di un accordo – nell'ambito di un negoziato condotto secondo buona fede (RPECL) – sul mantenimento del contratto o sul suo scioglimento consensuale. Solo il modello predisposto dall'ICC prevede unicamente il diritto della parte colpita dagli effetti pregiudizievoli della sopravvenienza di sciogliersi dal contratto, ove provi la sussistenza dei requisiti dell'*hardship* e riceva dalla controparte un rifiuto a modificare equamente i termini del contratto (ovvero non consegua la rinegoziazione entro un termine ragionevole).

Nel CEC, solo il debitore è legittimato a richiedere l'intervento giudiziale e deve farlo entro un termine di decadenza. Gli altri progetti, prevedendo genericamente il potere del giudice di intervenire, lasciano intendere che l'iniziativa sia rimessa alle parti, secondo il loro interesse. Il giudice, considerate le circostanze, gli interessi e le richieste delle parti (CEC), secondo equità (RPECL, DCFR) e ragionevolezza (UPICC), può sciogliere il contratto, dettando termini e condizioni dello scioglimento (PECL, DCFR, UPICC), ovvero modificarlo al fine di ridistribuire, secondo giustizia ed equità (PECL, RPECL, DCFR) e tenendo conto delle nuove circostanze (DCFR), i guadagni e le perdite connessi alla sopravvenienza (PECL), riequilibrando il rapporto (UPICC).

Infine, al potere della corte di ordinare le restituzioni, espressamente previsto dal CEC e implicito nelle disposizioni che consentono di riequilibrare il rapporto, alcuni progetti (CEC, PECL) aggiungono quello di condannare (ove richiesto) al risarcimento del danno la parte che abbia rifiutato o interrotto la rinegoziazione violando il dovere di buona fede e correttezza (PECL). Il CEC specifica che il giudice può avvalersi dell'assistenza di un consulente tecnico e limitare il proprio intervento (risolutivo o modificativo) anche alla sola parte del contratto rimasta inadempita.

# LA BUONA FEDE, L'AUTONOMIA PRIVATA E L'INTERVENTO REGOLATORE TRA MODELLO CONSENSUALISTICO E MODELLO CONSERVATIVO

Dall'analisi delle disposizioni esposte nel capitolo precedente, possono trarsi elementi per segnalare la consapevolezza dei redattori dei testi di armonizzazione rispetto alle questioni giuridiche ed economiche prese in esame dall'inizio della ricerca, senza che, tuttavia, gli strumenti rimediali predisposti possano dirsi esenti da profili critici, come si cercherà di mettere in luce.

## 3.1 L'incompletezza contrattuale e la funzione del dovere di buona fede

In linea generale, si può affermare che le soluzioni prese in considerazione si fondano sul recupero di un più adeguato grado di realismo delle premesse, soprattutto con riguardo al profilo dell'incompletezza contrattuale<sup>1</sup>. Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, un approccio interpretativo formalistico (oggettivo), ancorato al dato testuale dell'accordo, si fonda sul modello ideale del contratto completo; mentre un approccio più soggettivo, attento al contesto, affonda le sue radici nella teoria dell'incompletezza contrattuale<sup>2</sup>. Tale profilo non esaurisce, tuttavia, le questioni sollevate nella ricerca di un rimedio manutentivo per gli accordi di durata esposti a sopravvenienze perturbative dell'equilibrio sinallagmatico. Si è, infatti, posto in luce come la critica al principio dell'immodificabilità del contratto sia stata condotta in una duplice prospettiva: quella fenomenologica, che si è concentrata sull'analisi dell'incompletezza fisiologica

---

<sup>1</sup> Ancora, sul tema, vedi Sanga, *Incomplete Contracts: An Empirical Approach*, in *Journ. Law, Econ. Org.*, 2018, 34, 4, 650 ss.

<sup>2</sup> Hesen, Hardy, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, in Larouche, Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010, 86.

dei contratti; e quella ideologica, che ha posto in rilievo il carattere relazionale della contrattazione di durata<sup>3</sup>. Ebbene, sotto tale ultimo profilo, il giudizio sulle soluzioni adottate in ambito europeo e internazionale – che non si rivolgono espressamente e unicamente a tale fattispecie contrattuale (contratto di durata) – merita di essere lasciato, per il momento, in sospeso, richiedendo un ulteriore approfondimento di analisi. Nondimeno, può osservarsi come, con specifico riguardo alla contrattazione di durata, molte delle critiche mosse rispetto all'adozione di rimedi volti a recuperare l'equilibrio contrattuale mediante un intervento integrativo dell'accordo – da parte dei contraenti o di un terzo – possano essere superate.

Sin d'ora, è opportuno prendere in considerazione – in termini generali – i meccanismi rimediali predetti, interrogandosi sul ruolo assegnato, in tali contesti, alla buona fede negoziale, sullo spazio riservato all'autonomia privata, rispetto all'intervento regolatore, nonché sulla funzione assegnata al dovere di rinegoziazione.

Il tema dell'incompletezza contrattuale e quello del ruolo assegnato alla buona fede, a ben vedere, si intersecano. In una prospettiva di analisi economica del diritto, le soluzioni esaminate rivelano una particolare attenzione a prevenire e risolvere i fallimenti del mercato, massimizzando il benessere complessivo del sistema. Dall'utilizzo della clausola generale di buona fede come assicurazione contro le condotte opportunistiche dei singoli riemerge la già rilevata strategia di correzione dal basso delle inefficienze del mercato<sup>4</sup>.

Come si è visto, in presenza del rischio che il tempo trascorso tra la conclusione del contratto e l'esecuzione della prestazione renda la prestazione più onerosa, ovvero lo scambio meno redditizio per il promittente, le parti potrebbero essere indotte a non contrattare, sulla base dell'inaffidabilità intrinseca della promessa<sup>5</sup>. Poiché la funzione del diritto dei contratti e dell'ordinamento giuridico, in costante dialettica con le "ragioni" del mercato<sup>6</sup>, è quella di incoraggiare la conclusione di contratti fondati sulla credibilità degli impegni assunti, occorre porre alla base di un'economia di libero mercato strumenti giuridici in grado di assicurare l'adempimento dei contratti, parallelamente a quelli volti a proteggere la proprietà. Più nello specifico, preso atto del fisiologico livello di incompletezza contrattuale *ex ante* (nelle trattative) ovvero *ex post* (nell'esecuzione spontanea

<sup>3</sup> Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 202 ss.

<sup>4</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 213.

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. la previsione di cui all'articolo 8:103, lett. c), dei PECL.

<sup>6</sup> Vedi in argomento Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1 ss.

o forzosa) e della necessità di incentivare, comunque, la cooperazione tra le parti, prevenendo condotte opportunistiche, si può affermare che la funzione del diritto dei contratti è quella di minimizzare i fallimenti del mercato, incrementando il numero di contratti in grado di generare un aumento del benessere del sistema<sup>7</sup>.

La clausola generale di buona fede, così come la regola *pacta sunt servanda*, quali aspetti del diritto dei contratti, ne condividono la funzione di massimizzare il benessere dei singoli<sup>8</sup> e (di riflesso) del sistema, agevolando la cooperazione tra i privati, incoraggiando un'efficiente condivisione delle informazioni, assicurando il più ottimale livello di impegno in vista dell'adempimento (in modo da tutelare l'affidamento della controparte verso l'adempimento in buona fede<sup>9</sup>), minimizzando i costi transattivi e favorendo le relazioni di durata<sup>10</sup>. In una prospettiva economica, dunque, entrambi i detti principi vengono in considerazione non in quanto valori a sé stanti, bensì in ragione della loro idoneità a incrementare il valore dello scambio e così il benessere<sup>11</sup>. Tuttavia, la necessità di bilanciamento tra le istanze dell'autonomia privata e le esigenze di giustizia induce a circoscrivere l'ambito di operatività della clausola generale di buona fede.

Si è in precedenza osservato che, ad esempio, nell'ambito del DCFR, la buona fede sarebbe intesa come dovere e non come una vera e propria obbligazione contrattuale, il che si tradurrebbe nell'impossibilità di dare applicazione diretta ai rimedi connessi all'inadempimento delle obbligazioni, in assenza di specifiche previsioni in tal senso<sup>12</sup>. Tuttavia, il comportamento contrario a buona fede

<sup>7</sup> Chirico, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, in Larouche, Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, cit., 20 s.

<sup>8</sup> Con specifico riferimento alla rinegoziazione, è evidente la tendenza delle parti a massimizzare il profitto facendo leva col conflitto di interessi ingenerato dalla sopravvenienza (Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 49). Più in generale, sull'argomento, vedi Daly, *Against the Reductionism of an Economic Analysis of Contract Law*, cit., 245 ss.; Cooter, *Law & economics*, VI ed., Boston, 2012, 37 ss.; Ben-Shahar, Porat, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 2019, 86, 2, 255 ss.

<sup>9</sup> Sul punto, cfr. Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, cit., 88 ss.; Tapia, *The Good Faith Doctrine: A Positive Duty to Disclose Would Protect the Reasonable Expectations of Parties during Contract Performance*, in *U. Det. Mercy L. Rev.*, 2019, 96, 2, 291 ss.; Listwa, *Cooperative Covenants: Good Faith for the Alternative Entity*, cit., 137 ss.

<sup>10</sup> Nota Grifasi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 41, che il principio di buona fede e correttezza rileva «Non più soltanto come fonte di obblighi di protezione degli interessi dell'altra parte [...], ma anche come strumento per correggere asimmetrie informative e di potere contrattuale».

<sup>11</sup> Vedi in argomento, Chirico, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, in Larouche, Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, cit., 35.

<sup>12</sup> Cfr., nella dottrina anglosassone, Barrett, *The Journey of Good Faith: Where Does It Belong in General Contract Law*, in *Southampton S. Law. Rev.*, 2019, 9, 1, 64 ss.; Listwa, *Cooperative Covenants:*

nelle trattative potrebbe comportare un obbligo di risarcire i danni causati alla controparte che avesse confidato nella conclusione del contratto. Per altri versi, in sede giudiziale, da un lato, il rispetto di una clausola contrattuale – ancorché contraria a buona fede – non potrebbe determinare la condanna della parte al risarcimento dei danni; dall’altro lato, il ricorso alla clausola generale di buona fede sarebbe consentito al giudice solo per colmare eventuali lacune del regolamento contrattuale, ma non per correggere o rendere più giusto quanto le parti hanno espressamente pattuito<sup>13</sup>, salve espresse previsioni in tal senso, come avviene nel caso – in precedenza esposto, nei suoi cogenti limiti – dell’intervento giudiziale sul contratto esposto a sopravvenienze.

Tuttavia, il discorso intorno al ruolo della buona fede, anche nel richiamato testo di armonizzazione, richiede alcune ulteriori considerazioni. In primo luogo, pur muovendo dalla constatazione per la quale il ricorso alla clausola di buona fede e correttezza, nell’interpretazione dei contratti e nel governo delle relazioni contrattuali, potrebbe rivelarsi foriero di incertezze (soprattutto sugli esiti di un’eventuale lite), suggerendo di lasciare alle parti la possibilità di escludere pattiziamente il ricorso a detti criteri, va posto in luce, con specifico riferimento alla contrattazione di durata e al carattere relazionale degli accordi di lungo periodo, come il rischio delle sopravvenienze e quello, connesso, di potenziali comportamenti opportunistici della controparte, in assenza di una regola generale di governo del rapporto fondata sulla buona fede, renderebbero proibitivi i costi transattivi, impedendo la conclusione di simili accordi<sup>14</sup>. Per cui, si può affermare che la dottrina della buona fede e correttezza può operare, in simili contesti, come una assicurazione contro tali rischi, riducendo i costi transattivi<sup>15</sup>.

Per altri versi, va riconosciuto che la clausola di buona fede può presentarsi vuoi quale fonte integrativa inderogabile del regolamento contrattuale, vuoi quale mero criterio residuale per il superamento delle sue lacune<sup>16</sup>.

---

*Good Faith for the Alternative Entity*, cit., 137 ss.; Tapia, *The Good Faith Doctrine: A Positive Duty to Disclose Would Protect the Reasonable Expectations of Parties during Contract Performance*, cit., 291 ss.

<sup>13</sup> Chirico, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, cit., 35.

<sup>14</sup> Per una ideale prosecuzione delle osservazioni svolte in *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit., e già richiamate, cfr. Liao, *The application of the theory of efficient breach in contract law: a comparative law and economics perspective*, cit., 41 ss., 66 ss.

<sup>15</sup> Hesen, Hardy, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, cit., 94.

<sup>16</sup> In argomento, vedi Piraino, *L’integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in *Correzione e integrazione del contratto*, diretto da Volpe, Bologna, 2016, 175 ss.; Sangermano, *Il controllo giudiziale dell’equilibrio delle prestazioni contrattuali tra apparente interpretazione correttiva e reale integrazione dell’atto di autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 758 ss.; Villanacci, *I profili dell’abuso*

Ebbene, nell'ambito del DCFR, la clausola di buona fede pare collocata al di sopra delle esplicite previsioni delle parti, risultando una disposizione imperativa (im)posta a presidio dell'equilibrio sinallagmatico del contratto di durata (artt. III. - 1:103, par. (2), e II. - 1:102, DCFR). Ciò pone l'interrogativo se tale scelta normativa sia giustificata. Da un lato, infatti, la presenza di una inevitabile incompletezza contrattuale e di un rischio strutturale di comportamenti opportunistici potrebbero, in astratto, giustificare l'intervento normativo, ma, dall'altro, quest'ultimo potrebbe efficacemente realizzarsi mediante la predisposizione di una regola di *default* (non imperativa), piuttosto che imponendo una soluzione limitativa, di fatto, dell'autonomia negoziale<sup>17</sup>. Anche in vista di una simile scelta, l'osservazione delle caratteristiche strutturali degli accordi si rivela dirimente. Infatti, tali condizioni (incompletezza contrattuale e rischio di opportunismo), avendo riguardo alla generalità dei contratti, si presentano come circostanze particolari, piuttosto che fisiologiche; mentre il discorso muta radicalmente in relazione alla contrattazione di durata, che, come si è visto, si caratterizza strutturalmente per un elevato grado di incompletezza, foriera di un altrettanto alto rischio di opportunismo (*hold up*). Di conseguenza, la scelta per l'una o l'altra opzione si rivela di differente rilievo, a seconda che ci si ponga nell'ottica della contrattazione di durata, ovvero in quella degli scambi istantanei.

### 3.2 Gli spazi di un intervento regolatore e l'opportunità di introdurre una *default rule*

Quanto sin qui rilevato conferma, comunque, la consapevolezza dei redattori dei testi di armonizzazione del diritto dei contratti rispetto all'opportunità di introdurre una disciplina specifica di governo delle sopravvenienze contrat-

---

*del diritto e la funzione integrativa del programma negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 158 ss.; Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza. Verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?*, in Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 203 ss.; Troiano, "Ragionevolezza" e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità, in *Obbl. contr.*, 2006, 679 ss.; Partisani, *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche dall'inosservanza della clausola di buona fede*, in *Danno e resp.*, 2003, 177 ss.; Alpa, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, I, 611 ss.; Alpa, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, II, 723 ss.; Frontini, *Sul dovere giuridico della buona fede*, in *Nuovo dir.*, 1999, II, 1035 ss.; Gandolfi, *Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1155 ss.; Uda, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm. obb.*, 1990, 301 ss.; Rossellini, *Circostanze presupposte dai contraenti e principio di buona fede: brevi considerazioni sull'atteggiamento della giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 1972, 461 ss.

<sup>17</sup> Chirico, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, cit., 38.

tuali, ricercando un bilanciamento tra autonomia privata (rinegoziazione o risoluzione-recesso) e intervento del giudice. I meccanismi predisposti sono destinati a operare direttamente, mediante un richiamo espresso nell'ambito dell'accordo (si pensi, segnatamente, al vero e proprio modello di clausola pubblicato dall'ICC), ovvero indirettamente, quale regola di *default*, nei contratti che – nulla prevedendo relativamente a tali aspetti – si richiamino genericamente alle discipline armonizzate. Prospettiva, questa, suscettibile di essere ribaltata, laddove tali testi assurgessero a disciplina generale vincolante<sup>18</sup>: in tal caso, dovrebbe essere l'autonomia privata a escludere, eventualmente, l'applicabilità del rimedio legale.

Occorre domandarsi, a questo punto, se e come dette soluzioni si giustifichino, alla luce delle considerazioni evolute nelle precedenti fasi della ricerca.

In linea generale, l'intervento regolatore sull'esercizio dell'autonomia negoziale può condurre a soluzioni inefficienti (fallimento della regolamentazione), così come può rivelare positivi effetti di incentivo alla conclusione di contratti, e la questione assume particolare rilievo nel processo di uniformazione del diritto europeo (ma non solo) dei contratti. Tale generale notazione può esplicitarsi in varie considerazioni, che meritano di essere qui riportate sinteticamente, a consuntivo dell'analisi giuridico-economica evoluta<sup>19</sup>:

- a) poiché l'introduzione di una disciplina inderogabile limita la libertà contrattuale<sup>20</sup> e quest'ultima, generalmente, conduce a massimizzare il benessere, l'introduzione di una regolamentazione suscettibile di disincentivare ovvero impedire la conclusione di determinati contratti dovrebbe essere indotta unicamente dall'esistenza di un problema emerso nell'ordinario funzionamento del mercato;
- b) ogni costo transattivo generato dall'introduzione di una regola – quale, ad esempio, l'introduzione di una formalità ulteriore (come l'atto pubblico) per la conclusione di un contratto di vendita immobiliare – deve essere attentamente valutato in rapporto ai benefici recati dalla disciplina legale inderogabile<sup>21</sup>;
- c) i costi transattivi sono influenzati anche dall'incertezza di interpretazione e non verificabilità, da parte del giudice, del contratto e dei dati economici su cui si fonda, in quanto tanto maggiore è l'incertezza che circonda

<sup>18</sup> In argomento, vedi Collins, *Il codice civile europeo. La via da seguire*, Napoli, 2013, 141 ss.

<sup>19</sup> *Amplius*, cfr. Chirico, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, cit., 23 s.

<sup>20</sup> Vedi sul punto Ben-Shahar, Porat, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*, cit., 255 ss.

<sup>21</sup> Cfr., anche in una prospettiva giusprocessualistica, Marrero, *The Cost of Rules, the Rules of Costs*, in *Cardozo L. Rev.*, 2016, 40, 1, 293 ss.

un contratto, tanto più probabili si rivelano gli errori giudiziari nelle procedure volte ad assicurarne l'esecuzione<sup>22</sup>;

- d) a livello europeo, la presenza di differenti legislazioni all'interno di un mercato unico, da un lato, impone costi di transazione alle parti del contratto, dall'altro, stimola la sperimentazione e la competizione nei sistemi legali e tra gli stessi<sup>23</sup>;
- e) mentre i singoli sistemi hanno già sostenuto i costi sociali connessi all'introduzione e al mantenimento di un diritto dei contratti, la sua costruzione a livello europeo imporrebbe di affrontare nuovamente simili costi<sup>24</sup>;
- f) se, da un lato, l'introduzione di una *default rule*, riduce i costi di negoziazione per la generalità dei contraenti, dall'altro, impone maggiori costi a quelli che intendano discostarsene, oltre a poter costituire un disincentivo alla ricerca di soluzioni più efficienti<sup>25</sup>. Se ne deduce che in tanto può ricorrersi a una norma inderogabile in quanto (a) il fallimento del mercato che essa mira a risolvere superi il fallimento della regolamentazione e (b) il fallimento del mercato non può essere contrastato altrettanto efficacemente mediante una regola di *default*.

Più nello specifico, nella predisposizione di una disciplina di *default* delle relazioni contrattuali, occorre compiere una scelta giustificata tra differenti strumenti<sup>26</sup>, quali: la predisposizione di una regola di *default* ritagliata sulla base

---

<sup>22</sup> Sul tema, cfr. Sanga, *Incomplete Contracts: An Empirical Approach*, cit., 650 ss.; Silverstein, *Contract Interpretation Enforcement Costs: An Empirical Study of Textualism versus Contextualism Conducted via the West Key Number System*, in *Hofstra L. Rev.*, 2018, 47, 3, 1011 ss.; Arnow-Richman, Barnhizer, Burnham, Calleros, Carlson, Garvin, Gergen, Grossman, Guerra-Pujol, Harrison, *The Best and Worst of Contracts Decisions: An Anthology*, in *Florida St. U. Law Rev.*, 2017, 45, 4, 887 ss.; Kostritsky, *A Bargaining Dynamic Transaction Cost Approach to Understanding Framework Contracts*, in *Am. U. Law Rev.*, 2018, 68, 5, 1621 ss.

<sup>23</sup> Vedi Peters, *The Competition between Legal Orders*, in *Intl. Law Res.*, 2014, 3, 1, 45 ss.; Ogus, *Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, in *Intl. Comp. Law Quart.*, 1999, 48, 2, 405 ss.; Bouthinon-Dumas, *Economic Analysis of the Interaction between National Legal Systems: A Contribution to the Understanding of Legal Diversity and Legal Unity*, in *Journ. Civil Law St.*, 2018, 11, 2, 299 ss.

<sup>24</sup> In argomento, Mattei, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, in *Europ. Law Journ.*, 2004, 10, 6, 653 ss., che raccoglie il lavoro dello *Study Group on Social Justice in European Private Law*.

<sup>25</sup> Cfr. Weston, *Transactional Risk and Contractual Risk Accommodation in Contract Drafting: More than an Indemnity Paragraph*, in *Transactions: Tenn. J. Bus. L.*, 2019, 20, 673 ss.; Silverstein, *Contract Interpretation Enforcement Costs: An Empirical Study of Textualism versus Contextualism Conducted via the West Key Number System*, cit., 1011 ss.; Kostritsky, *A Bargaining Dynamic Transaction Cost Approach to Understanding Framework Contracts*, cit., 1621 ss.

<sup>26</sup> Chirico, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, cit., 25 s.

delle preferenze della maggioranza (cosiddetta *majoritarian default rule*)<sup>27</sup>; l'adozione – in sede di interpretazione – di un approccio formalistico, ovvero di uno più attento a considerare quale sarebbe stato il comportamento delle parti nelle trattative, ove avessero tenuto in considerazione una determinata circostanza (cosiddetto *would-have-wanted standard*)<sup>28</sup>; la predisposizione di una regola di *default* che le parti possano rendere applicabile al proprio contratto, mediante una formula di richiamo sintetica (cosiddetto *safe harbour*)<sup>29</sup>; nonché, da ultimo, l'utilizzo di regola di *default* che, risultando poco conveniente per il contraente dotato di informazioni private, lo incentivi a negoziare una differente regola, così colmando l'asimmetria informativa (cosiddetta *penalty default rule*)<sup>30</sup>.

Nel concreto, disciplinando l'attività di interpretazione del contratto, il DCFR coniuga un approccio soggettivo, volto a far prevalere la comune volontà delle parti sul dato letterale (art. II. - 8:101, par. (1), DCFR), con uno più oggettivo, come dimostrano il ricorso al criterio del significato che una persona ragionevole attribuirebbe alla clausola, allorché una comune intenzione delle parti non possa essere individuata (art. II. - 8:101, par. (3), DCFR), e il riferimento alla necessità di interpretare i termini e le espressioni del contratto nel contesto letterale complessivo dell'accordo (art. II. - 8:105, DCFR). Del pari, nel testo del *draft* si possono rinvenire disposizioni modellate sulla struttura della *penalty default rule*: ad esempio, allorché si impone l'interpretazione del contratto o di un termine o clausola ambigui conformemente al particolare significato che, al tempo della stipula, una parte ha mostrato di dare ai medesimi, con la consapevolezza della controparte (art. II. - 8:102, par. (2), DCFR); ovvero, ancora, laddove si prescrive (art. II. - 8:103, DCFR) l'interpretazione contro l'autore della clausola non specificamente oggetto di negoziazione<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Oltre ai già citati Ayres, Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rule*, cit., 101 ss., cfr. Schwartz, Scott, *The Common Law of Contract and The Default Rule Project*, in *Virginia Law Rev.*, 2016, 102, 6, 1523 ss.; e, in senso critico, Posner, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 237, 2005, 1 ss.

<sup>28</sup> Chirico, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, cit., 25 s. Lo standard in discorso riecheggia nella formulazione dell'art. 89.2, lett. a), CESL, che prende in considerazione «what the parties would have reasonably agreed».

<sup>29</sup> In questa prospettiva, gli analizzati strumenti di *soft law* possono rappresentare un valido supporto per le parti, specialmente nei contratti internazionali. Vedi De Nova, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 667 ss.; Lerner, *The Principles of International Commercial Contracts as Model Law: An Israeli Perspective*, in *Unif. L. Rev.*, 2019, 24, 1, 121 ss.

<sup>30</sup> Cfr. nuovamente Ayres, Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rule*, cit., 101 ss.; Schwartz, Scott, *The Common Law Of Contract And The Default Rule Project*, cit., 1523 ss. Nel panorama europeo, ruolo e funzione delle *penalty clauses* e delle *liquidation damages clauses* è ricostruito da Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 448 ss.

<sup>31</sup> Hesen, Hardy, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, cit., 93.

### 3.3 Il dovere di rinegoziazione tra modello consensualistico e modello conservativo

Analoghe questioni si pongono con riguardo all'opportunità di prevedere un obbligo per le parti di condurre un procedimento di rinegoziazione del contratto esposto a sopravvenienze. Sotto questo profilo, interrogandosi, in una prospettiva di efficienza economica, sul dovere legale di rinegoziare, come previsto dal DCFR, si è giunti a porre in luce la scarsa utilità, se non, addirittura, la pericolosità<sup>32</sup>. Un punto debole è stato individuato nella difficoltà di identificare quale parte abbia negoziato in buona fede, in quanto un simile atteggiamento non sempre coincide, dal punto di vista economico, con l'adozione del comportamento più razionale. Ciò è ben dimostrato da un gioco nel quale due parti sono chiamate a raggiungere un accordo su come dividersi 100 dollari, per riceverne in premio altri 100. Ebbene, la teoria dei giochi<sup>33</sup> ha dimostrato che il comportamento economicamente più razionale non è quello di accettare un accordo "cinquanta e cinquanta", bensì quello di minacciare l'interruzione delle trattative, per conseguire un importo maggiore, nell'ambito della divisione (e, quindi, complessivamente)<sup>34</sup>.

Per altri versi, non è agevole nemmeno verificare quale parte abbia adottato il comportamento, contrario a buona fede, che abbia condotto alla rottura della rinegoziazione. Il gioco che rivela la correttezza di questa affermazione e pone in luce i rischi connessi all'imposizione di un dovere legale di rinegoziazione è il cosiddetto "you-quit-first" game<sup>35</sup>, nel quale le guardie devono scoprire quale tra

---

<sup>32</sup> De Geest, *Specific Performance, Damages and Unforeseen Contingencies in the Draft Common Frame of Reference*, in Larouche, Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, cit., 130 s.

<sup>33</sup> Vedi sul tema, con specifico riferimento al diritto dei contratti, Cirace, *Law, economics, and game theory*, Lanham, 2018, 109 ss., 287 ss.; Załuski, *Game theory in jurisprudence*, Kraków, 2013, 243 ss.; Golecki, *Game-Theoretic Solution to the Problem of Reciprocity and Fairness in Contracts*, in Stelmach, Załuski (edited by), *Game theory and the law*, Kraków, 2011, 145 ss.; Załuski, *On the Applications of Game Theory in Contract Law*, *ivi*, 175 ss.; Carli, *Appalti e analisi economica - spunti per un'audit giureconomica dei contratti di impresa. Verso un diritto dettato dall'economia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 173 ss. Per un'introduzione generale al tema, cfr. Baird, Gertner, Picker, *Game theory and the law*, Cambridge, 1994.

<sup>34</sup> In argomento, cfr., oltre ai contributi citati alla nota che precede, Katz, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, in *Michigan Law Rev.*, 1990, 89, 2, 215 ss.; nonché gli studi editi in AA.VV., *Governance in Long-Term Contractual Relationships*, in Grundmann, Möslin, Riesenhuber (edited by), *Contract governance: dimensions in law and interdisciplinary research*, Oxford, 2015, 243 ss.

<sup>35</sup> Si tratta di una particolare versione del cosiddetto *innocent prisoner's dilemma* o *parole deal*, su cui vedi Cirace, *Law, economics, and game theory*, cit., 111 ss.; Medwed, *The Innocent Prisoner's Dilemma: Consequences of Failing to Admit Guilt at Parole Hearings*, in *Iowa Law Rev.*, 2008, 93, 2, 491 ss.; Kovac, *Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irre-*

due persone arrestate – che si accusano reciprocamente – sia il colpevole e quale l'innocente. Per risolvere il dilemma, le guardie collocano i due prigionieri in celle separate e comunicano loro che (a) non sono autorizzati a lasciare la cella fino a che non riveleranno chi è il colpevole e (b) che il primo che lascerà la cella incolpando l'altro, prima che siano state ottenute due dichiarazioni coincidenti, sarà considerato colpevole. Poiché è probabile che il soggetto più debole (l'innocente, che subisce l'ingiusta detenzione) desista per primo, è altrettanto probabile che la sanzione colpirà l'innocente. Allo stesso modo, nella rinegoziazione, il fattore tempo diventa vitale per la parte esposta agli effetti perturbativi pregiudizievoli della sopravvenienza e questa parte si rivelerà la più incline a porre fine alla rinegoziazione, ma sarà in ciò limitata dalla previsione (ad esempio, cfr. il modello del CEC) di un obbligatorio periodo di attesa, prima di poter adire il giudice, così ritardandosi la soluzione giudiziale della controversia. Inoltre, le parti saranno incentivate a porre in essere un gioco *you-quit-first*, per far sì che sia la controparte ad abbandonare i negoziati, risultando responsabile del fallimento della rinegoziazione e, quindi, passibile di condanna al risarcimento del danno.

Il dovere di rinegoziare è previsto dal DCFR, che ne rimette l'iniziativa al debitore della prestazione colpita dalla sopravvenienza, in combinato non già con il mantenimento del contratto originario, né con la sua risoluzione (per il caso di mancato adattamento, *contra* vedi il modello ICC), bensì con la decisione del giudice, sotto la minaccia della quale una rinegoziazione è sempre possibile, anche in assenza di una prescrizione legale<sup>36</sup>.

Se ne deduce che la sanzione dell'adeguamento giudiziale del contratto non trasmette, di per sé, un adeguato incentivo al suo mantenimento mediante rinegoziazione, in quanto la prospettiva dell'intervento manutentivo del giudice indurrà la parte che subisce gli effetti pregiudizievoli della sopravvenienza a non accettare proposte inferiori al presumibile adeguamento giudiziale e, di contro, tratterrà la controparte dal formulare offerte adeguate per la conservazione del rapporto; dimodoché l'incentivo alla rinegoziazione potrebbe essere individuato nell'incertezza e nei costi della decisione del giudice, ma non nell'efficienza del rimedio in sé<sup>37</sup>.

---

*deemable Acts*, in *Asian Journ. Law & Ec.*, 2019, 10, 1, 1 ss.; Kovac, *Frustration of Purpose and the French Contract Law Reform: The Challenge to the International Commercial Attractiveness of English Law*, in *Maastricht Jour. Europ. Comp. Law.*, 25, 3, 288 ss.

<sup>36</sup> De Geest, *Specific Performance, Damages and Unforeseen Contingencies in the Draft Common Frame of Reference*, cit., 131.

<sup>37</sup> Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 207 s.

Sarebbe, allora, preferibile adottare un meccanismo conservativo (cfr., ad es. l'art. 1664 c.c.)<sup>38</sup>, che imponga il mantenimento dell'accordo modificato secondo parametri legali o fissati dal giudice? Tale ipotesi merita un approfondimento, richiamando incidentalmente sulla scena le considerazioni svolte in relazione all'impostazione adottata dal codice civile italiano.

Come si è efficacemente rilevato, «il regime predisposto dall'art. 1467 si conforma a un *modello consensualistico* di gestione del rischio che privilegia le *ragioni della volontà* individuale»<sup>39</sup>. Nel modello dell'art. 1467 c.c., l'autodeterminazione del creditore riceve una tutela di primario rilievo, sicché al debitore non è assicurata la permanenza dell'affare (come avviene, all'opposto, nel caso dell'art. 1664 c.c.), ma solo quella della congruità dello scambio<sup>40</sup>, ove mantenuto in vita ai sensi del terzo comma. Il modello giuridico consensualistico dell'art. 1467 c.c. consente di risolvere le fattispecie nelle quali lo squilibrio quantitativo affligga rapporti privi di durature interferenze delle sfere patrimoniali e reciproci condizionamenti economici dei contraenti (cosiddetti scambi puntuali); mentre il modello conservativo, caratteristico della disciplina dell'appalto ed esplicitato nell'art. 1664 c.c., risulta conformato alle fattispecie, del tutto differenti, delle relazioni contrattuali di durata, caratterizzate da un elevato grado di complessità e specificità delle prestazioni, ovvero dalla rigidità dei processi produttivi (cosiddetti scambi integrativi)<sup>41</sup>.

Nella prima parte, abbiamo osservato come i rimedi previsti dal legislatore nell'ambito della disciplina dei singoli contratti di durata testimonino la sua consapevolezza circa la struttura degli scambi integrativi di durata e il rilievo giuridico che le sopravvenienze possono assumere in seno a essi. Tali rimedi costituiscono senza dubbio ipotesi tipiche e specifiche, insuscettibili di gene-

---

<sup>38</sup> Specificamente e approfonditamente analizzato, anche nella prospettiva dell'applicazione analogica a fattispecie simili, da Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 146 ss., 175 ss.

<sup>39</sup> Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 231.

<sup>40</sup> In argomento, vedi Franzoni, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Pers. mer.*, 2018, 9 ss.; Gazzara, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 55 ss.; Rolli, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2001, 611.

<sup>41</sup> Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 235 s. Con riferimento all'impostazione del rimedio di cui all'art. 1664 c.c., alla sua impronta maggiormente "imprenditoriale" e al suo rapporto con il rimedio generale di cui all'art. 1467 c.c., cfr. Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 165 ss.

realizzazione, peraltro in assenza di un vuoto normativo nel sistema che, quale ipotesi generale, contempla il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.<sup>42</sup>.

Nondimeno, facendo leva sui caratteri specifici della contrattazione di durata e sulla dimensione integrativa entro cui si perfezionano gli scambi che la animano, anche alla luce dell'osservazione della realtà commerciale come sviluppatasi nei decenni che hanno seguito l'emanazione del codice, è possibile sostenere l'estensione del rimedio dell'art. 1664 c.c., quale prototipo del modello conservativo, come detto più conforme alle dinamiche di detti rapporti. Infatti, «il sistema giuridico moderno non si costituisce attorno a essenze strutturate per *genus* e *species*, ma si sviluppa attorno a tipi normativi di problemi e a rimedi adeguati»<sup>43</sup>.

E, con riguardo agli scambi integrativi<sup>44</sup>, il modello conservativo si rivela più efficiente, dal punto di vista economico (consentendo una ottimale allocazione delle risorse), in quanto – offrendo protezione agli investimenti specifici realizzati in vista dell'instaurazione della relazione negoziale e nel suo svolgimento – incentiva lo sviluppo tecnologico del sistema produttivo, favorisce gli investimenti destinati a realizzare un'organizzazione ottimale del ciclo economico e stimola la concorrenza<sup>45</sup>. Inoltre, come quello dettato dall'art. 1467 c.c.<sup>46</sup>, anche il regime di cui all'art. 1664 c.c. ha carattere dispositivo<sup>47</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, le soluzioni adottate nei principi Unidroit e nei PECL, da un lato, si segnalano positivamente per la scelta evolutiva di parificare i rimedi giudiziali dell'adeguamento e della risoluzione dei contratti; dall'altro, omettono di considerare la differenza, rilevante anche sul piano dei rimedi, tra scambi puntuali e scambi integrati<sup>48</sup>. E, peraltro, la previsione di un

---

<sup>42</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 502.

<sup>43</sup> Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 237. Sulla tensione verso una generalizzazione della disciplina speciale in materia di appalto, cfr. Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 168, 180, 203.

<sup>44</sup> Vedi per una ricostruzione, Margiotta, *Le sopravvenienze*, in Morella, Quarta (a cura di), *Una prospettiva innovativa del diritto civile notarile*, Milano, 2019, 281 ss.

<sup>45</sup> Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 251.

<sup>46</sup> Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, cit., 222; Gambino, *Revisione del contratto e autonomia privata*, cit., 355; Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, cit., 78.

<sup>47</sup> Musolino, *Appalto e sopravvivenza*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 761 ss.; Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 248.

<sup>48</sup> Vedi ancora, in argomento, Margiotta, *Le sopravvenienze*, cit., 281 ss.

obbligo di rinegoziazione, all'ombra dell'intervento giudiziale, rischia di rimanere senza effetti<sup>49</sup>.

Tale impostazione, senza dubbio interessante, non pare tuttavia agevolmente percorribile, anche per motivi ulteriori rispetto a quello sistematico, che vede nell'art. 1664 c.c. una norma speciale, rispetto al generale rimedio dell'art. 1467 c.c.

Come già segnalato, in primo luogo, limitare l'applicazione del rimedio manutentivo ai soli contratti relazionali fra operatori specializzati costituirebbe una restrizione arbitraria dell'ambito di operatività del rimedio stesso<sup>50</sup>, delegando la selezione delle fattispecie rilevanti al criterio soggettivo della qualifica degli operatori economici coinvolti e a quello più oggettivo, ma assai difficilmente verificabile, del carattere integrato e relazionale del rapporto. Pare preferibile – in termini generali – fondare tale operazione selettiva sulle circostanze oggettive e concrete della sussistenza di una incompletezza contrattuale e della durata del rapporto<sup>51</sup> tale da consentire l'intervento perturbativo della sopravvenienza, verificando caso per caso la sussistenza di un legittimo interesse alla prosecuzione della relazione contrattuale (valutando, in questa sede, semmai, il carattere integrato del rapporto) e disincentivando le condotte opportunistiche di entrambe le parti.

Rispetto a dette finalità, l'imposizione generalizzata di un modello conservativo rischia di scontare i medesimi limiti che abbiamo evidenziato rispetto all'approccio volto a risolvere le problematiche connesse alle sopravvenienze secondo un approccio aprioristico *ex ante*; mentre la regola legale per il mantenimento dell'accordo di durata dovrebbe, come detto, essere formulata in modo da tener conto delle circostanze risultanti dalla sopravvenienza contrattuale, secondo una prospettiva *ex post*<sup>52</sup>.

Senza dubbio, l'impostazione conservativa trasmette un fortissimo disincentivo, nei confronti del soggetto avvantaggiato dalla sopravvenienza, ad adottare condotte opportunistiche in sede di rinegoziazione del contratto; tuttavia, oltre a sacrificare l'eventuale legittimo interesse di ciascuna parte a sciogliersi dal contratto, rischia di favorire la condotta opportunistica del debitore<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 254 s.

<sup>50</sup> D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., 532.

<sup>51</sup> Ulteriormente, sul tema, vedi Caminha, *Incomplete Contract: A Perspective between Law and Economics for Long-Term Contracts*, in *Direito Gv L. Rev.*, 2014, 10, 1, 155 ss.

<sup>52</sup> Cenni, Luppi, Parisi, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., 36; Trimarchi, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, cit., 66.

<sup>53</sup> In argomento, vedi Keay, Hao, *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and A Director's Duty to Creditors*, in *Melbourne U. Law Rev.*, 2008, 32, 1, 141 ss.

Oltre a tali rilievi, vi è da considerare come le soluzioni esaminate in questa terza parte, seppur caratterizzate da una spiccata consapevolezza delle problematiche connesse al mantenimento dei contratti esposti a sopravvenienze, nonché protese a consentire la prosecuzione delle relazioni contrattuali, tutelino in ogni caso l'autonomia negoziale delle parti (sotto l'egida del reciproco dovere di buona fede e correttezza), anche nel determinare se proseguire la relazione negoziale. Potremmo inquadrarle nell'ambito della categoria dei modelli fondamentalmente volontaristici tendenti alla conservazione del rapporto.

Nondimeno, la consapevolezza della differenza degli incentivi trasmessi alle parti in vista della rinegoziazione e delle soluzioni prospettate per l'ipotesi del suo fallimento, tra modello conservativo e modello consensualistico si rivelano di indubbia utilità nel verificare l'adeguatezza dei rimedi presi in rassegna in apertura di questa parte, in parallelo con la rilettura offerta del sistema rimediale costruito attorno all'art. 1467 c.c.

# IL GIUDIZIO DI EFFICIENZA DELLE SOLUZIONI ADOTTATE NEI PROGETTI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI

Per valutare l'adeguatezza delle soluzioni adottate dai testi di armonizzazione del diritto dei contratti, per l'ipotesi dello squilibrio contrattuale determinato da sopravvenienze perturbative, è utile muovere considerando il grado di consapevolezza manifestato dai redattori nei confronti di quello che abbiamo sinteticamente definito realismo delle premesse. In particolar modo, gli aspetti cruciali si individuano nella fisiologica incompletezza dei contratti di durata e nel particolare rilievo che, in detta fattispecie, assumono gli effetti della razionalità limitata delle parti<sup>1</sup>: segnatamente, la loro incapacità di prevedere specifici meccanismi rimediali atti a governare le sopravvenienze, addossandone il rischio su di un contraente. Le scelte sulla conformazione della regola legale, da un lato, così come quelle negoziali delle parti, dall'altro, assumono un rilievo e trasmettono incentivi differenziati a seconda che intervengano nell'ambito di una relazione contrattuale di durata ovvero in una istantanea<sup>2</sup>.

Le disposizioni esaminate in precedenza rivelano un alto grado di consapevolezza circa tali problematiche. Ciò emerge, indirettamente, dall'analisi dei requisiti di applicabilità dei rimedi, ove il riferimento alla mancata espressa assunzione del rischio della sopravvenienza, da parte del debitore, segnala come il carattere dell'incompletezza contrattuale sia stato preso specificamente in considerazione nella predisposizione del meccanismo rimediale. Allo stesso modo, richiedendo che l'evento sopravvenuto si collochi al di fuori della sfera di controllo del debitore e che lo stesso non lo abbia preso in considerazione al tempo della stipula (né fosse a ciò tenuto), si esprime il rilievo attribuito al tema della

---

<sup>1</sup> Sul tema, cfr. Foss, Weber, *Moving Opportunism to the Back Seat: Bounded Rationality, Costly Conflict, and Hierarchical Forms*, in *Acad. Manag. Rev.*, 2016, 41, 1, 61 ss.; Anderlini, Felli, *Bounded rationality and incomplete contracts*, in *Res. in Ec.*, 2004, 58, 1, 3 ss.; Tirole, *Cognition and Incomplete Contracts*, in *Am. Ec. Rev.*, 2009, 99, 1, 265 ss.; Roppo, "Behavioural Law and Economics", *regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 ss.; Provasi, *Oltre il modello di "razionalità limitata". Il contributo del cognitivismo*, in *Rass. it. soc.*, 1995, 251 ss.

<sup>2</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 93 ss.

razionalità limitata delle parti, coniugata con un principio di autoresponsabilità emergente, del resto, anche dal dovere di buona fede, destinato a governare l'intera vicenda contrattuale.

Alcune soluzioni (CEC, DCFR), tuttavia, prestano il fianco a un rilievo critico, laddove indicano, quale presupposto di rilevanza della sopravvenienza, il suo carattere straordinario o eccezionale. Tale requisito, se preso in considerazione acriticamente, sul modello dell'interpretazione letterale dell'art. 1467 c.c., rischia di vanificare la portata applicativa (e innovativa) della disposizione. L'approccio più corretto pare quello che si focalizza non già sulle caratteristiche intrinseche dell'evento sopravvenuto, bensì sugli effetti che il medesimo produce sull'equilibrio del rapporto negoziale<sup>3</sup>, come fatto dal legislatore italiano allorché ha circoscritto l'applicabilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta alle sole ipotesi in cui lo squilibrio ecceda l'alea normale.

Un ulteriore profilo di indagine concerne l'approccio interpretativo adottato nel dettare una regola per intervenire sull'accordo squilibrato. Abbiamo segnalato le distinzioni tra un approccio letterale *ex ante* e uno più elastico che prenda in considerazione specificamente gli effetti delle sopravvenienze contrattuali, senza tuttavia privilegiare rimedi fondati esclusivamente sul tentativo di ricostruire una volontà ipotetica delle parti, giacché un'impostazione che non tenga specificamente conto dell'incompletezza del contratto rischia di condurre a esiti non soddisfacenti<sup>4</sup>.

I testi di armonizzazione consentono un intervento sul contratto che, al fine di riequilibrarne le sorti, ovvero di porvi fine, stabilisca i relativi termini e le relative condizioni, tenendo conto delle circostanze sopravvenute, degli interessi espressi dalle parti in sede di negoziazione e di stipula, nonché delle richieste svolte in sede di rinegoziazione o nel giudizio (cfr., specificamente, il modello del CEC). Tale meccanismo è rafforzato, altresì, dalla previsione del potere del giudice di condannare al risarcimento del danno la parte che rifiuti o faccia naufragare la rinegoziazione, violando il dovere di buona fede (PECL).

Se tali previsioni già segnalano la preferenza per un approccio *ex post*, altrettanto emerge dalla strutturazione del meccanismo rimediabile. Nello specifico, l'onere imposto alla parte pregiudicata dalla sopravvenienza di dimostrare la sussistenza dei requisiti per l'accesso al rimedio – e, segnatamente, l'eccessiva onerosità della prestazione ovvero l'alterazione fondamentale

---

<sup>3</sup> Concentrando, dunque, l'attenzione sul profilo dell'esigibilità della prestazione, nei termini chiariti *supra*, parte I, cap. 1.1. Cfr. Gabrielli, *Commento all'art. 1467 c.c.*, cit., 622.

<sup>4</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 136 ss.

dell'equilibrio del contratto – induce il giudice, eventualmente adito, a tenere in considerazione gli effetti dell'evento perturbativo rispetto al sinalagma negoziale e agli interessi delle parti in vista del mantenimento o dello scioglimento del contratto.

Tali aspetti potrebbero condurre, per il vero, anche a rilevare un profilo critico delle discipline in esame. Occorre, quindi, valutare se la possibilità di rimettere in discussione l'equilibrio del rapporto, come originariamente fissato in contratto, non si ponga in aperto e insanabile contrasto con il principio *pacta sunt servanda*, rendendo poco credibile la promessa di adempimento<sup>5</sup>. Anche sotto tale profilo, infatti, come si è visto, potrebbe rivelarsi un'inefficienza della disciplina, ove cioè il contratto fosse ridotto a mera dichiarazione di intenti non vincolanti, sempre rinegoziabili e poco credibili<sup>6</sup>. Un simile rischio è avversato mediante l'enunciazione di requisiti rigorosi per l'accesso ai rimedi che, come detto, impongono al debitore di rivelare gli specifici interessi che lo spingono a richiedere la rinegoziazione del contratto. In alcuni casi (UPICC, CEC), al debitore è imposto di comunicare per iscritto i motivi della richiesta e i termini di rinegoziazione cui sarebbe disposto ad aderire; deve fare ciò entro un termine e può ricevere un'intimazione, in tal senso, dalla controparte (CEC). Dette previsioni, a ben vedere, costituiscono specificazioni del generale dovere di buona fede e correttezza nelle relazioni negoziali e rendono sanzionabile la condotta opportunistica del debitore che ricorra ai rimedi esaminati per sottrarsi all'adempimento dovuto.

Sempre sotto il profilo dell'adeguatezza del rimedio, nella sua strutturazione applicativa, è utile considerare il ruolo della quasi rendita e il rilievo degli investimenti cooperativi, per verificare se le disposizioni adottate nei testi di armonizzazione consentano di disincentivare le condotte opportunistiche delle parti, anche rispetto a tali questioni. In termini generali, come si è rilevato, nella relazione contrattuale di durata, caratterizzata da una rilevante specificità degli investimenti e da una fisiologica incompletezza dell'accordo che ne sta alla base, la quasi rendita assume particolare rilievo, rendendo poco credibile la minaccia di uscita dal contratto<sup>7</sup>. Per altri versi, poiché molti degli investimenti che le parti realizzano comportano, quantomeno parzialmente, un aumento del valore dello scambio per la controparte, la posizione del contraente che maggiormente si è impegnato a realizzare detti investimenti cooperativi risulta indebolita, in

---

<sup>5</sup> Clerico, *Analisi economica del contratto*, cit., 242 ss.

<sup>6</sup> Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., 197 ss.

<sup>7</sup> Id., 201.

sede di rinegoziazione, poiché rischia di perdere una parte consistente del surplus generato dall'investimento medesimo<sup>8</sup>.

Anche relativamente a tali aspetti la strutturazione delle discipline rimediali esaminate pare appropriata, in quanto incentiva il debitore a rivelare i dati economici e organizzativi dai quali emerge l'impegno dal medesimo assunto in vista della conclusione del contratto e nel corso della sua esecuzione. Ciò, parallelamente, impone al creditore che si attenga al dovere di buona fede e correttezza di negoziare l'adeguamento del rapporto nell'ambito di un contraddittorio specifico. Tutti gli elementi emersi in quella sede, poi, potranno essere valutati dal giudice, non solo ove chiamato a intervenire sul contratto per modificarlo ovvero per dettare i termini e le condizioni del suo scioglimento, ma anche in sede di condanna al risarcimento del danno, rispetto alla quale assumono rilievo le differenti impostazioni già considerate<sup>9</sup>.

Un profilo critico che emerge dall'esame dei progetti di armonizzazione attiene alle conseguenze risarcitorie della violazione del dovere di buona fede. Il diritto al risarcimento è riconosciuto in termini generici, mentre sarebbe stato opportuno specificare l'estensione del risarcimento che, come si è visto, può trasmettere differenti incentivi ai contraenti. In particolare, per spingere i contraenti a rivelare, in sede di rinegoziazione, il peso della quasi rendita e degli investimenti cooperativi (rendendo tali dati disponibili in sede giudiziale), sarebbe stato opportuno prevedere – quale regola di *default*, derogabile dalle parti<sup>10</sup> – la risarcibilità dei danni diretti e di quelli connessi alla delusione delle aspettative della controparte emerse (esplicitamente ovvero in quanto ordinariamente rilevabili) nella contrattazione, riducendo l'ammontare della condanna dell'importo corrispondente alla quasi rendita e al maggior valore dello scambio lucrato dalla controparte per effetto degli investimenti cooperativi, pur mantenendo il valore della responsabilità superiore al costo residuo per adempiere<sup>11</sup>. A tali approdi, certo, il giudice potrà giungere sfruttando l'elasticità delle previsioni esaminate, ma una disciplina specifica ne avrebbe agevolato il compito, incentivando le parti a condividere informazioni riguardanti le particolari contingenze che potrebbero aggravare le conseguenze di un inadempimento<sup>12</sup>, secondo il meccanismo della *penalty default rule*.

<sup>8</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 91.

<sup>9</sup> Vedi *supra*, parte II, cap. 4.2.

<sup>10</sup> Van Wijck, *Foreseeability*, in De Geest (edited by), *Encyclopedia of law and economics*, vol. 6, *Contract law and economics*, edited by De Geest, Cheltenham-Northampton, 2011, 225.

<sup>11</sup> Clerico, *Analisi economica del contratto*, cit., 250 s.

<sup>12</sup> Goetz, Scott, *The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation*, in *Virginia Law Review*, 1983, 69, 986.

Quella qui proposta rappresenta un'applicazione, con correttivi, della regola di *Hadley*. Il limite all'importo della condanna non deriva soltanto dalla previsione della risarcibilità dei soli danni conseguenza considerati dalle parti, che già realizzano un incentivo alla condivisione delle informazioni e alla cooperazione in vista dell'adempimento, quanto dalla specifica considerazione – quali fattori di riduzione del risarcimento – degli investimenti cooperativi realizzati e della quasi rendita accumulata. Un simile meccanismo, in sede di negoziazione, consentirebbe ai creditori ad alto rischio di ottenere la desiderata assicurazione (e ai creditori a basso rischio di chiedere una riduzione del prezzo, offrendo una limitazione di responsabilità al debitore) senza la necessità di rivelare alcuna informazione alla controparte<sup>13</sup>; mentre, in sede di rinegoziazione, incentiverebbe significativamente la condivisione (e la messa a disposizione del giudice) di informazioni concernenti i caratteri e gli effetti della sopravvenienza, in ragione della particolare struttura della relazione contrattuale e dell'impegno economico-organizzativo profuso, in essa, da ciascuna parte.

Nondimeno, si può osservare come la predisposizione di un meccanismo rimediabile calibrato in modo da prendere in considerazione, specificamente, l'interesse al mantenimento dell'accordo riequilibrato, con la prospettiva di una decisione giudiziale sul tema, trasmetta importanti incentivi alle parti, sia che queste vogliano aderire alla regola generale, sia che le stesse preferiscano negoziare una clausola specifica per escluderne l'applicazione. I testi di armonizzazione, in vario grado, prevedono una cooperazione tra autonomia privata, dovere legale di buona fede e intervento regolatore del terzo; pertanto, la volontà di una parte di negoziare l'esclusione del meccanismo rimediabile segnalerà inevitabilmente all'altro contraente l'opportunità di prevedere meccanismi compensativi (es. prezzo) del rischio assunto con la contrattazione, oltre a rivelargli importanti informazioni circa le caratteristiche soggettive e le aspettative della controparte. Tali informazioni emergeranno, invece, nella fase di rinegoziazione, laddove le parti abbiano preferito risparmiare i costi transattivi di una negoziazione attorno alla regola. Questo aspetto è stato chiarito nella seconda parte, ove si è distinto tra l'incompletezza contrattuale esogena, dipendente dell'impossibilità di predeterminare regole certe in vista di ogni possibile accadimento futuro, e quella endogena, caratterizzata dalla probabile, deliberata scelta delle parti di concludere un contratto incompleto, riducendo i costi e rimettendo la specificazione della

---

<sup>13</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 164 ss.

regola per le future contingenze non prevedute a una successiva negoziazione ovvero alla decisione di un terzo<sup>14</sup>.

Inoltre, i meccanismi predisposti, incentivando l'emersione del maggior numero di informazioni rilevanti circa gli interessi delle parti, l'assunzione del rischio e le conseguenze pregiudizievoli delle sopravvenienze consentono di ridurre al minimo l'apporto speculativo del terzo chiamato, eventualmente, a intervenire sul contratto, nella consapevolezza che l'analisi dell'operato delle parti nella loro autonomia, senza disporre di una regola generale di *default*, non consente di ricostruire con adeguatezza le scelte negoziali e le caratteristiche dei contraenti, essendo i risultati influenzati anche da fattori casuali, al di fuori del loro controllo<sup>15</sup>.

Come si è posto in luce, infatti, poter contare sull'applicabilità di una regola di *default* consente di scindere tra approccio *ex ante* e approccio *ex post*, mantenendo possibile e, anzi, incentivando, una nuova espressione dell'autonomia negoziale (rinegoziazione), in combinato con l'intervento eteronomo sul contratto, che sarà effettuato non sulla base di una regola generale dettata *ex ante* (o negoziata specificamente per escludere quest'ultima), ma secondo un approccio che tenga conto (*ex post*) delle condizioni sopravvenute, preso atto della mancanza di un rimedio di fonte negoziale in virtù dell'incompletezza contrattuale inevitabile (quando, cioè, i costi transattivi superino il valore della clausola)<sup>16</sup>. Tale rilievo ha una giustificazione ulteriore, sulla base dell'osservazione della struttura delle relazioni contrattuali di durata, di cui si è trattato ampiamente. In tali fattispecie negoziali, la divisione del surplus dello scambio, all'inizio del rapporto, è determinata nel processo competitivo, mentre, in sede di rinegoziazione, si realizza sulla base dei vincoli che derivano dagli investimenti (specifici e cooperativi) effettuati (quasi rendita). Per questo, un adeguato meccanismo rimediabile – sia volontario, sia legale – dovrebbe incentivare l'emersione e tenere conto delle circostanze sopravvenute, incoraggiando ciascuna parte a effettuare investimenti a livello ottimale<sup>17</sup>.

Come per il caso della norma che consente al giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva, la previsione di un intervento giudiziale volto a stabilire le sorti del contratto, considerando a fini risarcitori eventuali condotte opportunistiche, svolge una funzione incentivante della cooperazione

---

<sup>14</sup> Clerico, *Analisi economica del contratto*, cit., 261.

<sup>15</sup> Scoppa, *Asimmetrie informative, contratti e incentivi*, cit., 30.

<sup>16</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 200 s.

<sup>17</sup> Id., 84 ss.

del creditore con il debitore, in vista dell'adempimento da parte di quest'ultimo, neutralizzando il comportamento opportunistico votato a lucrare i benefici determinatisi per effetto della sopravvenienza, sulla base di un'applicazione letterale del contratto (incompleto) medesimo<sup>18</sup>.

L'impostazione adottata nei testi di armonizzazione, riguardata dalla prospettiva del giudice, rivela delle assonanze con il caso *Aluminum vs. Essex*<sup>19</sup>, esaminato nella seconda parte, ove abbiamo posto in luce che, pur essendo più efficiente il rimedio negoziato dalle parti, in sede di negoziazione o rinegoziazione, di quello scelto dal terzo giudice, tuttavia l'intervento di quest'ultimo, in assenza di un simile accordo, dovrà calibrarsi sulle circostanze sopravvenute, piuttosto che sulla letteralità di clausole formatesi quando le circostanze poi sopravvenute non erano nemmeno prese in considerazione: solo una regola che consenta l'intervento giudiziale manutentivo sul contratto fornisce un pratico e desiderabile incentivo affinché le parti negozino autonomamente una soluzione ai problemi che insorgono nella lunga vita del contratto di durata.

È sì vero che la previsione di un intervento giudiziale, di per sé, non è in grado di costringere le parti alla rinegoziazione, ed è altresì vero che una rinegoziazione è sempre possibile, anche ove si preveda, direttamente, l'intervento del terzo; tuttavia, la predisposizione di una regola volta a prevedere esplicitamente un dovere di rinegoziare il contratto esposto a sopravvenienze secondo buona fede, facendo emergere le specificazioni di detto dovere (obblighi informativi, onere della prova circa la rilevanza oggettiva e soggettiva delle sopravvenienze e le loro caratteristiche, interessi e aspettative delle parti, ecc.) rende più penetrante il potere riconosciuto, per il caso di mancato accordo, alla corte, rafforzando l'incentivo alla collaborazione dei contraenti per il mantenimento ovvero lo scioglimento consensuale del contratto.

La funzione di disincentivo di condotte opportunistiche, mediante la clausola "assicurativa" di buona fede, non va sottovalutata nella sua portata pratica. Come si è, infatti, ricordato, il pericolo di comportamenti opportunistici può indurre le parti a realizzare investimenti subottimali, riducendo, nel contempo, la perdita prodotta dai comportamenti predetti e i benefici (particolari e complessivi) dello scambio, ovvero impegnando eccessive ri-

---

<sup>18</sup> Di Ciommo, *Contratto e mercato*, cit., 576.

<sup>19</sup> *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.

sorse a copertura dei costi transattivi necessari a redigere un contratto più complesso<sup>20</sup>, ma non per questo più completo.

Per altri versi, una ulteriore valutazione di efficienza delle soluzioni in discorso può essere condotta in riferimento a quanto osservato, nella seconda parte, con riguardo all'adeguatezza delle regole di *default*<sup>21</sup>.

A tali fini conclusivi, la valutazione di efficienza delle soluzioni adottate nei testi di armonizzazione non merita di essere condotta su ciascuna specifica soluzione, sia per l'incertezza che circonda il futuro dei testi medesimi, sia perché, relativamente a dette disposizioni, non si è ancora formata una prassi applicativa e interpretativa utile a chiarire il significato e la portata di espressioni necessariamente generiche. Pare più utile riassumere i caratteri salienti che emergono dal loro studio, quali indici di una maturata consapevolezza circa le problematiche tipiche delle relazioni contrattuali di durata e la necessità di soluzioni efficaci per riequilibrare le sorti dei contratti esposti a sopravvenienze.

Una simile operazione riassuntiva può essere tentata in questi termini. Ove il contratto sia esposto agli effetti perturbativi di una sopravvenienza imprevista, al di fuori del controllo e della sfera di rischio (espressamente delimitata) della parte pregiudicata, tanto da risultare alterato l'equilibrio fondamentale del rapporto (per l'eccessiva onerosità o l'eccessivo svilimento di una prestazione), le parti sono tenute a rinegoziare l'accordo, su iniziativa del debitore della prestazione afflitta (che deve dimostrare la sussistenza dei requisiti per l'accesso al rimedio), secondo buona fede, al fine di ricondurre il disequilibrio nell'ambito dell'alea normale. In caso di fallimento della negoziazione (o trascorso un termine ragionevole senza che si sia raggiunto un accordo), le parti possono adire il giudice, il quale, valutate le caratteristiche della relazione contrattuale e tenute in considerazione le nuove circostanze, può sciogliere il contratto, dettando termini e condizioni dello scioglimento, ovvero modificarlo, al fine di ricondurlo a equilibrio (entro l'alea normale), tenendo in considerazione, anche mediante la condanna al risarcimento del danno, eventuali comportamenti contrari a buona fede e correttezza (opportunismo) tenuti da ciascuna parte in sede di rinegoziazione (o per impedire che essa potesse svolgersi).

Su tali basi, si può osservare come i meccanismi rimediali predisposti nei testi di armonizzazione rispondano a un modello di tutela parziale. Infatti, con riguardo al grado di propensione al rischio delle parti, la previsione di rigorosi

---

<sup>20</sup> Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., 75 ss.

<sup>21</sup> Cenni, Luppi, Parisi, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., 38 ss.

presupposti applicativi dei rimedi e la possibilità di un intervento giudiziale sul contratto, sotto la copertura offerta dal dovere generale di buona fede, incontra le esigenze di parti contrattuali entrambe avverse al rischio. Tale impostazione, una volta dimostrata la sussistenza dei predetti requisiti, tiene adeguatamente conto del carattere inevitabile dell'incompletezza contrattuale e predispose un sistema di rimedi che cerca di contemperare gli interessi di creditore e debitore, garantendo loro la possibilità di far emergere, nella fase di rinegoziazione, la propria volontà negoziale, messa da parte – in ragione dei costi transattivi – nella fase originaria delle trattative<sup>22</sup>.

In secondo luogo, la struttura del rimedio, come abbiamo già evidenziato, si presta a colmare – al più tardi nella fase della rinegoziazione (con riguardo agli effetti perturbativi delle circostanze sopravvenute) – le eventuali asimmetrie informative circa la probabilità del verificarsi delle sopravvenienze e le conseguenze economiche di un inadempimento (cosiddetto *signalling*). In particolare, il debitore è gravato dell'onere di dimostrare la sussistenza dei requisiti per l'accesso al rimedio, mentre il creditore è in grado di neutralizzare la portata modificativa del rimedio rispetto al contenuto originario del contratto, facendo emergere, nelle trattative, la consapevolezza del debitore circa la possibilità che la relazione di durata vada incontro a una specifica tipologia di sopravvenienze contrattuali. Il tutto fermo il potere delle parti di negoziare specificamente una clausola di allocazione del rischio di una data sopravvenienza.

Ancora e per i medesimi motivi, le disposizioni dei testi di armonizzazione mostrano una funzione di incentivo rispetto alla propensione delle parti a intraprendere iniziative volte a contenere le probabilità della sopravvenienza contrattuale (per il debitore) ovvero le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento (per il creditore). Ad esempio, il primo è incentivato a svolgere investimenti ottimali in vista dell'adempimento, in quanto rassicurato dalla presenza di una regola di *default* calibrata sul dovere di buona fede e tesa a incentivare la conservazione della relazione contrattuale. D'altro canto, il secondo è incentivato a realizzare investimenti cooperativi e funzionali a favorire una efficace esecuzione del rapporto, scongiurando il rischio dell'inadempimento. Tale ultimo aspetto assumerebbe ancor più rilievo ove fossero recepite le considerazioni svolte in precedenza, con riguardo alla quantificazione del risarcimento per violazione del dovere di buona fede, consentendo alle parti di effettuare una quanto più accurata valutazione comparativa tra i costi della rinegoziazione e quelli dell'inadempimento/risoluzione.

---

<sup>22</sup> Id., 50 s.

La soluzione che emerge, come detto quale immagine generale, dai progetti di armonizzazione rifiuta un atteggiamento neutrale nei confronti del problema delle sopravvenienze e, adottando un modello di compromesso tra garanzie del debitore (piena protezione) e del creditore (nessuna protezione), stabilisce una ripartizione del rischio (protezione parziale) tra le parti, favorendo l'incontro (*matching*) tra gli operatori economici, secondo il rispettivo grado di avversione al rischio e di capacità di offrire garanzie in vista dell'adempimento<sup>23</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può tentare di verificare se le soluzioni adottate nei testi di armonizzazione soddisfino – pur in differente grado, ovviamente – gli obiettivi di analisi economica del diritto in precedenza evidenziati. Il riferimento è alla capacità dei meccanismi rimediali di incentivare la conclusione dei contratti di durata, anche tramite la riduzione dei costi transattivi, di minimizzare il rischio di opportunismo a fronte della sopravvenienza<sup>24</sup>, nonché, da ultimo e conseguentemente, di incoraggiare il mantenimento del contratto, a seguito del suo adeguamento spontaneo o forzoso.

Sotto il primo profilo (l'incentivo alla conclusione dei contratti di durata), il meccanismo rimediale che emerge dall'analisi dei testi di armonizzazione rivela un alto grado di efficienza. Da un lato, in quanto rende disponibile una regola di *default* la cui operatività, allo stato, può essere richiamata dalle parti, nel proprio contratto (secondo il meccanismo del cosiddetto *safe harbour*). Ove un simile strumento normativo venisse reso cogente, per la generalità dei consociati, al vantaggio appena ricordato si aggiungerebbe quello di costringere la parte che intendesse negoziare attorno alla regola generale a colmare l'asimmetria informativa (es. particolare interesse all'adempimento o particolari pregiudizi connessi all'inadempimento) rispetto alla controparte, la quale, a quel punto, potrebbe operare una più adeguata valutazione del rischio insito nella contrattazione e assicurarsi conseguentemente (es. esigendo un prezzo più alto). A ogni modo, la formulazione di una regola di *default* offre l'immediato vantaggio di consentire alle parti di raggiungere un accordo, risparmiando sui costi di una specifica contrattazione sul rischio delle sopravvenienze imprevedibili, rimandando a una successiva fase (ri)negoziale il discorso sul governo degli effetti perturbativi. Dall'altro lato e comunque, il dovere di buona fede svolge il ruolo di clausola implicita di assicurazione, rispetto alle condotte opportunistiche delle parti, anche mediante le sue specifiche concretizzazioni normative (vedi ad es. i requisiti posti per l'accesso al rimedio manutentivo). Il dato critico, come

---

<sup>23</sup> Id., 38 ss.

<sup>24</sup> Nicita, Scoppa, *Contratti e teoria economica. Un'introduzione*, cit., 23.

si è evidenziato, si coglie nella mancanza di una più accurata disciplina delle conseguenze risarcitorie della violazione del dovere di buona fede, che potrebbe ulteriormente incentivare le parti a realizzare investimenti ottimali in vista dell'esecuzione del contratto, mentre porrebbe un ulteriore freno alle condotte opportunistiche tendenti ad accaparrarsi la quasi rendita, lucrando il maggior valore assunto dallo scambio per effetto degli investimenti cooperativi realizzati dalla controparte.

Il contenimento del rischio di condotte opportunistiche deriva, oltre che da quanto già visto e, segnatamente, dalle concretizzazioni del dovere di buona fede, dalla presenza di un onere dimostrativo circa la consistenza e il rilievo nella relazione negoziale (sotto il profilo sia economico sia strutturale-organizzativo) delle sopravvenienze, che spinge le parti a realizzare una sorta di *disclosure* degli interessi rilevanti ai fini del mantenimento ovvero della rimozione del vincolo contrattuale; materiale informativo che, in caso di mancato raggiungimento di un accordo, influenza la decisione del giudice, chiamato a dettare, in una prospettiva *ex post* (ma sulla base di una norma di *default* dettata *ex ante* e dunque tenuta in considerazione dalle parti in sede di stipula), la regola del caso concreto. Inoltre, il giudice può condannare al risarcimento del danno la parte che – assumendo una condotta opportunistica – violi il generale dovere di buona fede, e ciò tanto nell'ipotesi di mantenimento dell'accordo (allorché è chiamato a riequilibrare il rapporto), sia di sua risoluzione (fissando termini e condizioni dello scioglimento).

Tali aspetti assumono rilievo anche nella valutazione di efficienza condotta secondo l'ultimo degli accennati profili, quello dell'incentivo al mantenimento dell'accordo. Come si è detto, vi sono indici che portano a qualificare il modello rimediabile come fondamentalmente consensualistico, pur con opportuni correttivi che lo portano a virare verso il modello conservativo. L'opzione ablativa (scioglimento del contratto) rimane in ogni caso percorribile sia mediante un accordo di risoluzione in sede di rinegoziazione, sia, come abbiamo visto, per tramite dell'intervento giudiziale. Detto intervento si concretizza a seguito del fallimento della fase di rinegoziazione, nell'ambito della quale le parti sono chiamate a fare emergere i rispettivi interessi, con specifico riferimento alla possibilità e ai termini di un eventuale mantenimento dell'accordo modificato. È difficile pensare che il giudice, vedendo emergere, in quella sede, un marcato disinteresse di una parte al mantenimento del rapporto, possa imporre il mantenimento del vincolo contrattuale. In tali casi, si tratterà piuttosto di valutare se il rifiuto alla prosecuzione della relazione di durata si ponga o meno in contrasto con il dovere di buona fede, provvedendo conseguentemente sul piano risarcitorio, oltretutto

restitutorio. Tale passaggio, forse, andrebbe meglio chiarito nelle disposizioni volte a regolare le fattispecie in discorso. Tuttavia, si può affermare, conclusivamente, che i meccanismi rimediali esaminati creano le migliori condizioni per il mantenimento degli accordi esposti a sopravvenienze, senza tuttavia sacrificare a priori la volontà negoziale delle parti, le quali conservano un ampio margine di autonomia, anche in vista dello scioglimento del rapporto. Tale prospettiva (scioglimento), inoltre, realizza il positivo effetto di disincentivare condotte opportunistiche della parte che deve la prestazione colpita dalla sopravvenienza, il che rappresenta un ulteriore elemento di spinta verso la conservazione del contratto, allorché gli effetti perturbativi, ad esempio, non esorbitino dall'alea normale del contratto o debbano valutarsi come adeguatamente presi in considerazione in sede di stipula.

# PER UN CONTRIBUTO ALLA RIFORMA DEL CODICE CIVILE IN MATERIA DI RINEGOZIAZIONE

Vari elementi emersi nel corso di questo studio recano a concludere che anche il nostro ordinamento si stia muovendo verso l'introduzione di una specifica regola legale di *default*, la quale offra alle parti delle relazioni negoziali di durata un efficace rimedio manutentivo dei contratti esposti a sopravvenienze perturbative<sup>1</sup>. Non è chiaro, tuttavia, come tradurre concretamente tale esigenza.

Occorre in altri termini chiedersi, rievocando il Grande Bardo: per andare dove dobbiamo andare, per dove dobbiamo andare?

Per provare a offrire un contributo al percorso di riforma, è possibile trarre interessanti elementi – oltreché dai criteri direttivi dettati nel più volte citato disegno di legge delega – anche dalla recente riforma del diritto dei contratti, entrata in vigore in Francia nel 2016<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, cit., 7 s., il quale inserisce l'esperienza delle ricadute giuseconomiche della pandemia di COVID-19 nella strada già tracciata verso la codificazione di rimedi manutentivi.

<sup>2</sup> Si tratta della *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Cfr., in argomento, Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, cit., 6 s.; Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, cit., 454 ss.; Locatello, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della réforme del code civil*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1319 ss.; Fusaro, Gabrielli (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giur. it.*, 2018, 1216 ss.; Grundmann, Schäfer, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. merc.*, 2018, 11 ss.; Tenella Sillani, *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, in Conte, Fusaro, Somma, Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa: un volume offerto in occasione del suo 71° compleanno*, Roma, 2018, 537 ss.; Terlizzi, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695 ss.; Pontrioli, *La riforma dei contratti in Francia - morte e trasfigurazione della causa (e altre catastrofi) nel Code civil*, in *Giur. it.*, 2018, 1238 ss. Per ampliare lo spettro dell'analisi comparatistica, cfr. Gabrielli, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. civ.*, 2018, 268 ss.; Cersosimo, *I contratti di larga durata nel nuovo Codice civile e commerciale argentino*, in *Contratti*, 2018, 604 ss.; Fondrieschi, *Contratti relazionali e contrattazione ripetuta in Giappone e in Europa*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2016, 483 ss.; Tuccari, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel nuovo codice civile argentino*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 2065 ss.; Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 ss. Per una rassegna delle misure emergenziali adottate in Francia per il contrasto dell'epidemia di COVID-19, cfr. Benedetti, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione*

Il legislatore francese, infatti, ha introdotto una disposizione specificamente deputata a fornire alle parti una regola di *default* per il governo delle sopravvenienze contrattuali (art. 1195 del *Code civil*)<sup>3</sup>.

Più nello specifico, ai sensi del primo comma della richiamata disposizione, se un mutamento delle circostanze – imprevedibile al momento della conclusione del contratto – rende l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte, la quale non aveva accettato di assumere il relativo rischio, quest'ultima può richiedere alla controparte una rinegoziazione del contratto, essendo comunque tenuta a continuare ad adempiere le proprie obbligazioni durante la rinegoziazione. Il secondo comma precisa poi che, in caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti possono – di comune accordo – risolvere il contratto (stabilendo termini e condizioni dello scioglimento), oppure chiedere al giudice di procedere al suo adattamento. In mancanza di accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, su richiesta di una parte, modificare o risolvere il contratto (dettando termini e condizioni dello scioglimento).

Come reso esplicito dallo stesso legislatore della riforma, la disposizione è stata strutturata in modo da trasmettere un incentivo alle parti affinché raggiungano autonomamente una modificazione ovvero una risoluzione consensuale del contratto, stimolate dalla prospettiva di un possibile intervento giudiziale sull'accordo medesimo<sup>4</sup>.

---

*del contratto*, cit., 6. Con riguardo all'ordinamento tedesco, vedi invece Roppo, Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, cit., 9.

<sup>3</sup> Nell'esperienza francese, il criterio direttivo della delega conferita al Governo incaricava quest'ultimo di «Préciser les règles relatives aux effets du contrat entre les parties et à l'égard aux tiers, en consacrant la possibilité pour celles-ci d'adapter leur contrat en cas de changement imprévisible de circonstances»; e la delega è stata attuata in questi termini, all'art. 1195 del *Code civil*: «1. Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. 2. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». Interessante notare come la norma sia collocata in chiusura della *Sous-section 1* (della *Section 1, Chapitre IV, Titre II, Livre III*) dedicata alla *force obligatoire* del contratto, nell'ambito della disciplina dei suoi effetti tra le parti. In argomento, vedi Di Piet, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2019, 27 ss.

<sup>4</sup> Nella nota esplicativa della disposizione, il legislatore chiarisce infatti: «L'alinéa 2 précise ensuite les conséquences d'un convenir refus ou d'un échec des négociations: les parties, si elles en sont d'accord, peuvent convenir de la résiliation du contrat ou saisir le juge pour que celui-ci adapte le contrat. A l'issue d'un délai raisonnable, pourra alors réviser le contrat ou y mettre fin. L'imprévision a donc vocation à jouer un rôle préventif, le risque d'anéantissement ou de révision du

Nella richiamata disposizione, riecheggia inoltre l'eco dei testi di armonizzazione del diritto dei contratti che abbiamo analizzato in questa terza parte, traendone alcune linee guida per offrire un piccolo contributo al processo di codificazione di una regola di *default* nazionale per il governo delle sopravvenienze contrattuali.

In primo luogo, è opportuno segnalare come il tentativo di introduzione di un dovere generale di rinegoziare il contratto esposto a sopravvenienze perturbative sconti il rischio di arrestarsi allo stadio di mera formula enfatica. Per minimizzare tale rischio, è opportuno, in primo luogo, procedimentalizzare – per quanto possibile – la fase di rinegoziazione, in modo da fare emergere le informazioni rilevanti ai fini della conservazione (tramite modificazione) dell'accordo. Ciò in quanto una maggiore emersione di informazioni circa i caratteri e il rilievo della sopravvenienza contribuisce a rendere più credibile la “minaccia” dell'intervento residuale manutentivo del giudice e più probabile tale esito rispetto a quello risolutorio, comunque sempre possibile.

In secondo luogo, infatti, per puntellare il dovere di rinegoziazione e renderlo il più possibile cogente, è necessario strutturare accuratamente la fase sussidiaria di intervento giudiziale sul contratto, conferendo all'autorità giudiziaria anche il potere di condannare al risarcimento del danno la parte che, ponendo in essere eventuali condotte contrarie a buona fede in sede di rinegoziazione, abbia arrecato un pregiudizio all'altra.

Alla luce di tali considerazioni, come meglio argomentato nelle precedenti fasi della ricerca, è possibile abbozzare una proposta di formulazione<sup>5</sup> di una regola di *default* per il governo delle sopravvenienze contrattuali, che preveda e incentivi il mantenimento mediante adattamento del contratto:

«1. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, la parte che subisce gli effetti pregiudizievoli derivanti dall'eccessiva onerosità della prestazione dovuta o dall'eccessivo svilimento del valore della prestazione della quale è creditrice può inviare all'altra parte una motivata richiesta di rinegoziare secondo buona fede le condizioni del contratto, al fine di ricondurre la proporzione fra le reciproche prestazioni entro l'alea normale del contratto.

---

contrat par le juge devant inciter les parties à négocier». Vedi Di Piet, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza contrattuale*, cit., 28.

<sup>5</sup> Una ben più autorevole proposta di intervento è stata formulata, quale strumento di contrasto alle ricadute giuseconomiche pregiudizievoli dell'emergenza da COVID-19, dall'Associazione Civilisti Italiani, nel documento inedito *Una riflessione ed una proposta per la migliore tutela dei soggetti pregiudicati dagli effetti della pandemia*.

2. A pena di nullità, nella richiesta di cui al comma precedente la parte deve specificare dettagliatamente le condizioni che propone al fine di conservare il contratto e deve dichiarare:

- a) quale sia l'incidenza sulla propria capacità di regolare e puntuale adempimento dell'evento sopravvenuto, in rapporto all'alea normale del contratto;
- b) che tale evento è intervenuto in un momento successivo a quello in cui il contratto è stato concluso e si pone al di fuori della propria sfera di controllo;
- c) che l'evento o le sue conseguenze non hanno potuto essere ragionevolmente evitati o superati;
- d) che il rischio del mutamento delle circostanze non rientra tra quelli assunti contrattualmente e che comunque non è stato preso in considerazione dalle parti al tempo della conclusione del contratto.

3. La parte che riceve la richiesta deve trasmettere alla parte richiedente, entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta, una comunicazione con la quale dichiara, alternativamente:

- a) di accettare le condizioni proposte dalla parte richiedente;
- b) di non accettare le condizioni proposte dalla parte richiedente, ma di essere disponibile a intraprendere serie trattative ai fini di cui al comma 1, indicando specificamente i termini della propria controproposta;
- c) di non essere disponibile a rinegoziare il contratto ovvero di non ritenere sussistenti le condizioni di cui ai commi 1 e 2.

4. In caso di fallimento o abbandono delle trattative, ovvero decorso inutilmente il termine di trenta giorni dal ricevimento della controproposta o quello differente concordato tra le parti per iscritto, le parti, anche di comune accordo, possono richiedere l'intervento del giudice il quale può modificare il contratto oppure risolverlo, in tutto o in parte, dettando i termini e le condizioni nel rispetto dei quali interverrà lo scioglimento. Il giudice può condannare al risarcimento del danno la parte che, mediante comportamenti contrari a buona fede, abbia cagionato un pregiudizio all'altra parte.

5. Quando condanna la parte al risarcimento del danno ai sensi del comma precedente, il giudice tiene conto degli investimenti effettuati da ciascuna parte per la conclusione e l'esecuzione del contratto, dell'interesse della parte danneggiata alla conservazione del contratto e delle sue prevedibili aspettative di guadagno.

6. Ciascuna parte è tenuta a eseguire le proprie prestazioni, nei termini di cui al contratto in essere, anche a seguito dell'invio della richiesta di rinegoziazione nonché in pendenza delle trattative, salvo che il giudice, in presenza di gravi e giustificati motivi, autorizzi la sospensione dell'esecuzione, invitando la parte che richiede la sospensione a prestare idonee garanzie».

# OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

In un contratto volto a disciplinare le condizioni generali di un rapporto commerciale di fornitura transnazionale, coinvolgente una impresa italiana, si rinviene la seguente clausola, rubricata “Forza maggiore e *hardship*”, della quale viene di seguito offerta una libera traduzione dall’inglese: «[...] se, nel periodo di vigenza del contratto (*i*) il continuativo adempimento delle proprie obbligazioni contrattuali da parte del venditore diventa eccessivamente oneroso a causa di un evento esorbitante dal suo ragionevole controllo, che il venditore non poteva ragionevolmente ritenersi tenuto a considerare al tempo della stipula del contratto, e (*ii*) il venditore non avrebbe potuto ragionevolmente evitare o superare l’evento o le sue conseguenze, le parti devono, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione scritta dal venditore al compratore a ciò finalizzata, negoziare condizioni contrattuali alternative, al fine di alleviare o mitigare gli effetti di tale sopravvenienza pregiudizievole (*hardship*).

Se le parti non sono in grado di raggiungere un accordo in ordine alle dette condizioni contrattuali alternative, il venditore può risolvere il contratto e trattenere la porzione del corrispettivo già pagato dal compratore, a titolo di parziale compensazione delle spese sostenute connesse al contratto».

La presenza di simili clausole, nell’ambito di un regolamento contrattuale, oltre a rivelare la sempre maggiore diffusione – anche all’interno del nostro ordinamento – dei modelli contrattuali sensibili rispetto al tema del governo delle sopravvenienze, testimonia inequivocabilmente l’interesse manifestato dalle parti alla conservazione del contratto. Rispetto a tale interesse, la configurazione di un generale rimedio manutentivo – la cui operatività, come si è visto, non resta esclusa dalla semplice inserzione nel contratto di una clausola di rinegoziazione – rappresenterebbe senza dubbio un ulteriore strumento di tutela. Si sarà notato, ad esempio, che la clausola citata – dettata, peraltro, in termini unidirezionali, segnalando un’evidente forza contrattuale del venditore – non prevede l’intervento di alcun soggetto terzo sul contratto, utile a scongiurare un ricorso opportunistico a tale disposizione.

Non sempre, però, il diritto è in grado di dare risposte coerenti e offrire soluzioni efficienti, se misurate con le sfide che i protagonisti della moderna economia di mercato sono chiamati ad affrontare, in un contesto giuridico in costante evoluzione, sotto le spinte dell'armonizzazione del mercato e del diritto, chiamato a regolarlo. Si tratta di una constatazione ancor più evidente in questi giorni, nei quali gli operatori del diritto sono impegnati a confrontarsi con le ricadute di carattere giuseconomico delle misure di contrasto alla diffusione dell'infezione da SARS-CoV-2, le quali, come si è accennato in prologo a questa ricerca, paiono fra l'altro destinate a inaugurare una "nuova stagione" del dibattito intorno agli strumenti legislativi e negoziali per il governo degli effetti perturbativi delle sopravvenienze contrattuali. All'esito di questo percorso di ricerca, possiamo affermare che un valido aiuto in tal senso può trarsi esaminando le dinamiche giuridiche alla luce delle teorie economiche e viceversa.

Infatti, in una relazione bilaterale tra diritto e scienze economiche, le teorie economiche, attraverso la costruzione di modelli, possono condurre il giurista a riesaminare la realtà e a intuire le strutture giuridiche mediante le quali governare quelle relazioni che, per qualche ragione, non trovano spazio nei modelli legali dati<sup>1</sup>. Un esempio concreto dell'operare di tale relazione osmotica è stato fornito nella prima fase della ricerca, quando si è notato che la mancata previsione contrattuale di strumenti per il governo delle sopravvenienze, nella fase attuativa del rapporto di lungo periodo, non significa che le parti abbiano escluso l'applicazione di rimedi manutentivi, ma che, anzi, l'aver contrattato pur nella consapevolezza che l'instaurata relazione contrattuale di durata sarebbe stata suscettibile di essere influenzata da eventi imprevedibili, idonei a stravolgerne l'equilibrio, testimonia come, nella figurata scala degli interessi, le parti abbiano collocato in posizione di indiscutibile rilievo quello alla realizzazione della specifica operazione economica, confidando nell'altrui buona fede. Rilievo, quest'ultimo, che è stato poi possibile confortare con l'analisi economica delle ragioni della fisiologica incompletezza che affligge, in particolare, i contratti di durata. Un simile studio, come poi integratosi con le considerazioni che possono trarsi dall'esame dei progetti di armonizzazione del diritto dei contratti, ha dato prova dell'interesse per la nuova luce che un approccio diverso può gettare su problemi spesso riguardati soprattutto da un punto di vista esclusivamente giuridico-positivo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Calabresi, *The future of Law & Economics*, New Haven, 2016, 20, ora tradotto in Calabresi, *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimediazione e un ricordo*, cit.

<sup>2</sup> Calabresi, Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, April 1972, 85, 6, 1089, 1093.

Approccio che, peraltro, pare sospingere l'iniziativa di riforma legislativa della disciplina codicistica italiana, di cui si è dato conto.

Quanto osservato contribuisce a spiegare perché la ricerca di nuovi strumenti rimediali per il governo delle sopravvenienze nei contratti di durata ci abbia spinto a esplorare differenti terreni di manifestazione e analisi dei fenomeni giuridici, dallo studio delle disposizioni normative codificate alla verifica dello spazio che esse lasciano all'interprete chiamato a darvi applicazione concreta, dall'analisi economica delle strutture giuridiche all'emersione di nuovi formati normativi in ambito nazionale e sovranazionale, di diritto positivo e di *soft law*.

Il rischio intrinseco di una simile operazione è quello di non offrire saldi ancoraggi al lavoro del giurista, con il pericolo di asservire, addirittura, la scienza giuridica alle esigenze e al sentire momentaneo di altre sfere dell'esperienza sociale.

Avendo intenzionalmente assunto questo rischio, muovendo su di un terreno malfermo, e giunti alle conclusioni, possiamo affermare che il percorso meritava di essere affrontato e che le incertezze che esso ha riservato si rivelano, a ben vedere, connaturali allo scenario che si presenta al giurista contemporaneo, sol considerando le difficoltà denunciate dal dibattito dottrinale. Quest'ultimo, infatti, da un lato ci prospetta una crisi della fattispecie<sup>3</sup>, foriera di una incalcolabilità del diritto<sup>4</sup> e del contratto<sup>5</sup> e, dall'altro, ci invita nondimeno a ritornare al diritto<sup>6</sup>, rimuovendo i vincoli dell'ormai superata ideologia giuspositivistica fondata sulla primazia della volontà legislativa.

Con particolare riferimento al tema qui trattato, in dottrina<sup>7</sup> si è rilevato un avvicendamento, nella prospettiva delle parti e nella decisione del giudice, tra la fattispecie del contratto e l'operazione economica a esso sottesa; avvicendamento in cui si riflette il passaggio dalla causa tipica a quella

<sup>3</sup> Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss. Dello stesso Autore, vedi *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 36 ss. Cfr. anche Iudica, *Il diritto civile nell'età delle contraddizioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 132 ss.

<sup>4</sup> Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.; Id., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 917 ss. Vedi anche Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 127 ss.

<sup>5</sup> Irti, *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 17 ss. In argomento vedi anche Battelli, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 106 ss.

<sup>6</sup> Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, VII. Vedi anche Id., *Dalle «clausole» ai «principii» a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, 5 ss.; Id., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 831 ss.

<sup>7</sup> Irti, *Un contratto «incalcolabile»*, cit., 22.

concreta<sup>8</sup>, che sposta il livello del ragionamento dallo schema astratto della fattispecie a quello concretissimo del divenire quotidiano della singola operazione economica e degli interessi specifici in essa espressi dalle parti.

Senza dubbio, pur nel mutato scenario, il giurista abbisogna di schemi normativi, sulla base dei quali rendere le motivazioni delle proprie scelte; nondimeno, la sempre maggiore complessità delle questioni che è chiamato a sciogliere gli impone di ricercare detti schemi anche al di fuori dei sentieri usuali.

Su tali basi, il percorso di ricerca si è mosso con il dichiarato fine di indagare quali dati, tra quelli emergenti dall'odierna esperienza giuridico-economica, si presentassero idonei a fondare la costruzione di un modello generale (una fattispecie) di rimedio manutentivo per l'ipotesi di contratti di durata investiti da sopravvenienze perturbative. Ciò anche al fine di contribuire alla creazione di una norma positiva di *default*, nella prospettiva della riforma del codice civile.

Il discorso sui caratteri e i limiti del rimedio di ordine generale apprestato dal codice civile non è stato, dunque, condotto cercando di forzare il dato letterale dell'art. 1467 c.c., bensì di operarne una ricollocazione sistematica, dopo aver condotto uno studio sulla struttura giuridica dei contratti di durata a prestazioni corrispettive – quale strumento per la realizzazione di una più o meno complessa operazione economica – e aver dedicato ampio spazio all'esame del nuovo ruolo assunto dalle clausole generali, quali ventili dei principi costituzionali, destinati a operare anche nell'ambito dei rapporti tra privati.

L'impostazione prescelta ha consentito di tenere in primaria considerazione anche il legittimo interesse delle parti a non veder eccessivamente compressa la propria autonomia negoziale. Così, ponendo il rimedio risolutorio in posizione servente, rispetto al generale dovere di rinegoziare in buona fede il contratto esposto a sopravvenienze – quale specificazione del generale dovere di eseguire in buona fede il contratto medesimo – si è dato maggior risalto al ruolo delle parti, chiamate a intervenire sul frutto della propria autonomia, pur nella consapevolezza che un intervento giudiziale sul contratto resta – in astratto – sempre possibile. Un meccanismo, questo, non sconosciuto alla giurisprudenza italiana, se è vero che, «laddove [...] si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, la parte che

---

<sup>8</sup> Recentemente, peraltro, il tema della causa è stato interessato dalla riforma della disciplina di diritto dei contratti del *Code civil* francese, ove è venuto meno il requisito causale. Cfr., in argomento, Tenella Sillani, *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, cit., 537 ss.; Terlizzi, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, cit., 695 ss.; Pontrioli, *La riforma dei contratti in Francia - morte e trasfigurazione della causa (e altre catastrofi) nel Code civil*, cit., 1238 ss.

riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi dell'esecuzione del contratto alle stesse condizioni deve potere avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto; e laddove 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»<sup>9</sup>.

Come è emerso, infatti, dalle pagine che precedono, a seguito della conclusione di un contratto di durata, si instaura necessariamente un rapporto collaborativo e di fiducia tra le parti, le quali, facendo affidamento sulla continuità della relazione qualificata così sorta, assumono reciprocamente doveri riconducibili alla "solidarietà contrattuale" (art. 2 Cost.), che permeano il contratto per tramite della clausola generale di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.). Si è opportunamente rilevato, sul tema, che «la prospettiva solidaristica [...] funzionalizza, ma non annichilisce l'autonomia privata, che continua a esplicarsi liberamente nella scelta se concludere o meno quel contratto, nella scelta della controparte e del contenuto negoziale», nonché «in caso di sopravvenienze [...], laddove si decida di allocare le medesime secondo le linee direttrici dettate dall'operazione economica posta in essere dalle parti»<sup>10</sup>.

Dunque, a consuntivo dell'indagine condotta sul piano dei rimedi, si è sottolineato come il rifiuto della parte avvantaggiata dalla sopravvenienza perturbativa di rinegoziare, secondo buona fede *ex art.* 1375 c.c., i termini dell'accordo, in quanto comportamento opportunistico non tutelabile dall'ordinamento, possa essere considerato rilevante sotto il profilo risarcitorio<sup>11</sup>.

Infatti, nell'ottica dell'intervento giudiziale sul contratto, si è potuto osservare come la regola generale dettata dall'art. 1467 c.c. – la quale, pur a seguito della proposta ricollocazione sistematica, conserva comunque i denunciati limiti intrinseci – meriti di essere supportata con una riflessione in merito alla risarcibilità (anche in via autonoma, rispetto alla richiesta di risoluzione e alla sua neutralizzazione mediante l'offerta di riconduzione a equità) del danno da violazione del dovere di rinegoziare (come responsabilità contrattuale da *culpa in recontrahendo*). Ciò, infatti, costituirebbe un indiscusso incentivo al mantenimento del rapporto e, specularmente, un indubbio disincentivo contro comportamenti meramente abusivi e opportunistici che ciascuna parte potrebbe porre in essere, in quanto desiderosa di lucrare i vantaggi indotti dalla sopravvenienza, ovvero di sfruttare una sopravvenienza non eccedente l'alea normale quale via di fuga dal contratto.

<sup>9</sup> Trib. Roma, 4 luglio 2011, in *Pluris*, [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it).

<sup>10</sup> Spangaro, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, cit., 137 s.

<sup>11</sup> Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 853.

Come si è visto, tuttavia, il meccanismo di equa modificazione delle condizioni previsto dal legislatore del codice civile italiano non risponde alle attuali propensioni della cultura giuridica di stampo europeo, relegando l'adeguamento e la conservazione del contratto a ipotesi residuale ed eventuale<sup>12</sup>.

Rispetto a tale meccanismo, infatti, l'esame delle soluzioni adottate nei testi di armonizzazione del diritto dei contratti ha fatto emergere una più spiccata tendenza a riconoscere al terzo ampi e penetranti poteri di intervento sul contratto. Nondimeno, si è visto che la distanza che separa la codificazione che ha ricevuto, nel nostro ordinamento, il rapporto tra libertà (delle parti) e autorità (del giudice) – avvenuta, come più volte detto, secondo il modello del contratto di scambio istantaneo – dal sistema emergente dai predetti progetti di armonizzazione può essere colmata (in attesa di un eventuale intervento riformatore) mediante uno studio della contrattazione di durata condotto attraverso la lente dell'analisi economica del diritto, per porre in primo luogo in rilievo la componente relazionale: si è correttamente parlato di «un'osmosi dal punto di vista economico»<sup>13</sup>.

Un tale studio ha infatti consentito, dapprima, di recuperare un adeguato grado di realismo delle premesse, facendo emergere il profilo caratterizzante della fattispecie, individuato nell'incompletezza fisiologica e strutturale dei contratti di durata. Incompletezza che può essere osservata, per così dire, dal versante esterno, sotto forma di limitata verificabilità-esequibilità forzata dell'allocazione tanto *ex ante* quanto *ex post* del rischio delle sopravvenienze. Ma anche dal versante interno, quale frutto della non onniscienza e razionalità limitata delle parti e alla loro deliberata scelta di non gravarsi di costi transattivi che possono essere sostenuti, all'occorrere delle sopravvenienze, sulla base di una clausola generale di salvaguardia, fondata sulla buona fede.

In secondo luogo, quando si è spostata l'attenzione sul piano dei rimedi, è stato possibile far risaltare la funzione di incentivo che la preselezione di una *default rule* per il governo delle sopravvenienze contrattuali può svolgere, nell'ambito di un sistema attento a favorire la conclusione di contratti di durata, preservando le parti dal rischio di futuri atteggiamenti opportunistico-abusivi della controparte negoziale. Soprattutto, si è posto in luce come qualsiasi intervento volto a governare gli effetti delle sopravvenienze contrattuali sul rapporto di durata non possa non tenere in considerazione il mutato scenario del rapporto negoziale, ponendosi – anche sulla base di una regola generale dettata *ex ante* – in una prospettiva di osservazione *ex post*: trattando, cioè, il contratto per

---

<sup>12</sup> Id., 840.

<sup>13</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 134.

ciò che è (incompleto) e non per ciò che si vorrebbe che fosse (completo). «La giustizia promossa dalla buona fede è quella realizzata con il meccanismo della rivisitazione: la possibilità di un secondo momento di valutazione che permetta di arricchire o di correggere o di sovvertire le conclusioni del primo momento di apprezzamento, quello condotto alla stregua dei criteri di giudizio più evidenti, più espressi, testuali, concordati, etc.»<sup>14</sup>, impedendo – in una logica di rivalutazione a posteriori delle dinamiche negoziali, come effettivamente attuatesi – che si producano le conseguenze ingiuste recate dalle sopravvenienze intervenute, per l'appunto, nel tempo trascorso tra tali momenti di valutazione.

Molti dei profili emersi nello studio giuseconomico della fattispecie sono stati poi ritrovati nei modelli di rimedio offerti nei richiamati testi di armonizzazione, i quali sono stati singolarmente analizzati, al fine di far affiorare gli elementi comuni idonei a fondare la costruzione di un vero e proprio modello generale, in grado di superare le incertezze terminologiche e, conseguentemente, interpretative che inevitabilmente caratterizzano testi costruiti sulla base di differenti tradizioni giuridiche. Ciò al fine di fornire – anche nella prospettiva *de jure condendo* – uno strumentario adeguato e coerente all'interprete, chiamato a districare la questione giuridica emergente dall'alterazione dell'equilibrio fondamentale del contratto di durata, indotta da sopravvenienze perturbative.

In tal senso, un primo elemento è stato individuato nella necessità di considerare attentamente la sfera di controllo del debitore della prestazione investita dagli effetti della sopravvenienza, per neutralizzare il già segnalato comportamento opportunistico della medesima parte, la quale potrebbe preferire evitare i costi necessari per far fronte a detta ipotesi, sciogliendosi dal contratto. Elemento, quest'ultimo, che si integra, da un lato, con la considerazione della sfera di rischio del debitore medesimo, come emergente dall'analisi delle dinamiche della contrattazione e delle eventuali condizioni negoziali specificamente predeterminate sul punto; dall'altro, con la valutazione dell'idoneità degli effetti della sopravvenienza a determinare un'alterazione fondamentale dell'equilibrio dello scambio, tale cioè da esorbitare dall'alea normale del contratto singolarmente considerato, così ridefinendosi il requisito di straordinarietà e imprevedibilità dell'evento perturbativo<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Piraino, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 243.

<sup>15</sup> Secondo Grifasi, *Soppravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, cit., 3, «Il significato stesso di sopravvenienza, concettualmente connesso all'imprevedibilità dell'evento generatore, sembra sempre accompagnarsi a un senso di eccezionalità che stride con la realtà contrattuale contemporanea ove la metamorfosi negoziale è tutt'altro che straordinaria e anzi, da eventualità passa a diventare una costante di certe dinamiche del contratto, speciali per la natura dei contraenti ma ordinarie per la frequenza di utilizzo nella quotidianità».

Tutti i predetti elementi saranno tanto meglio indagabili, quanto più il debitore sarà posto nella condizione di dover dimostrare la ricorrenza dei presupposti necessari ad accedere al meccanismo rimediale manutentivo del contratto, pena l'imposizione del contratto immodificato e, in caso di inadempimento, della connessa responsabilità. Solo un fattivo atteggiamento collaborativo del debitore, quale ulteriore esplicitazione del generale dovere di buona fede nella rinegoziazione, potrà determinare l'apertura di serie trattative, nell'ambito delle quali il creditore della prestazione colpita dalla sopravvenienza sarà tenuto a intervenire in termini altrettanto cooperativi. Il che si traduce nel dovere di rinegoziare il contratto tenendo specificamente in considerazione le circostanze sopravvenute, entro un termine ragionevole, nonché svelando le conseguenze economiche di un eventuale inadempimento del debitore, in modo da consentire un'adequata valutazione del carattere non opportunistico dell'eventuale rifiuto alla conclusione di patti modificativi, in quanto opposto sulla base di un'effettiva carenza di interesse alla conservazione del contratto.

Una simile articolazione delle dinamiche della rinegoziazione si svolge – è sempre bene ricordarlo – tenendo sullo sfondo il potere del giudice di intervenire per sciogliere ovvero modificare il contratto, in modo da ricondurlo entro il margine di equilibrio dato dall'alea normale – operazione che l'esame del caso *Aluminum vs. Essex*<sup>16</sup> ha dimostrato possibile – e ferma la facoltà di accordare restituzioni e pronunziare la condanna al risarcimento dei danni causati dai comportamenti meramente opportunistici, contrari a buona fede, tenuti dalla parte. A tali fini, si è posto in luce come la strutturazione della prima fase (negoziale) del rimedio manutentivo, nel senso di incentivare la condivisione delle informazioni rilevanti assicuri una maggior accuratezza della successiva, eventuale, decisione giudiziale. Ma è stato, altresì, rilevato come tale elemento di chiusura del sistema (intervento del giudice) tanto più sarà capace di rivelarsi efficace nel prevenire e giudicare i comportamenti opportunistici delle parti, quanto più accuratamente saranno esplicitate le regole per la determinazione del risarcimento da riconoscere alla parte danneggiata. Sul punto, si è suggerito di tenere in particolare considerazione il valore apportato a ciascuna prestazione (e, di riflesso, all'intero contratto) dagli investimenti cooperativi svolti dalle parti per instaurare e mantenere – nel tempo – la relazione contrattuale di durata, così da scongiurare che la prospettiva di perdere la quasi rendita si riveli strumento di ricatto, utile a intrappolare una parte in un contratto minato nel suo equilibrio

---

<sup>16</sup> *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.

economico fondamentale e da incentivare le parti a contrattare per il mantenimento dell'accordo.

Pur dimostrando una più acuta sensibilità per le tematiche del governo delle sopravvenienze contrattuali, nei contratti di durata, le soluzioni prospettate nei testi di armonizzazione, come quelle ricavate, nella prima parte della ricerca, dallo studio delle norme e delle clausole generali operanti nel nostro ordinamento, si rivelano, in conclusione, rispondenti a un modello fondamentalmente volontaristico, con correttivi conservativi, dimodoché la conservazione del contratto non può mai dirsi prescelta, né tantomeno imposta, a testimonianza della necessità di preservare altresì il principio cardine dell'economia liberale di mercato, per cui *pacta sunt servanda*. E in tal senso pare orientata la proposta di riforma del codice civile italiano, esaminata nel corso della ricerca.

In ogni caso, la presenza di un rimedio generale a finalità tendenzialmente manutentiva dell'accordo di durata – ove questo rimedio sia adeguatamente strutturato, secondo le indicazioni che si è tentato, in questa sede, di offrire – può incentivare la conclusione di transazioni commerciali efficienti, stimolando l'incontro di operatori economici portatori di un simile livello di propensione o avversione al rischio (e a negoziare su tale rischio: cosiddetto *matching*). Può inoltre incentivare seriamente le parti, anche in sede di eventuale rinegoziazione, a cooperare per la conservazione del contratto sulla base di dati di fatto (conseguenze economiche dell'inadempimento, in rapporto a quelle della conservazione del contratto modificato) noti e attuali, vincendo cioè (anche nella fase predetta) gli squilibri informativi che spesso caratterizzano le relazioni negoziali (cosiddetto *signalling*), rendendole meno efficienti e penalizzando, di riflesso, la capacità del mercato di incrementare il livello generale di benessere. In tal modo, anche mediante le regole volte a disciplinare il corretto esercizio dell'autonomia privata, nella sua espressione concreta, si riuscirebbe a influenzare positivamente il funzionamento del mercato stesso<sup>17</sup>.

Non vi è dubbio, riallacciandoci alle considerazioni svolte in apertura di queste riflessioni conclusive, che il moderno capitalismo abbisogni di un diritto «calcolabile»<sup>18</sup> e che, sotto questo profilo e con specifico riguardo alla contrattazione di durata, un ricorso scriteriato alle clausole generali rischi di assumere un significato eversivo laddove, offrendosi esse a ogni uso e manipolazione e al «riempimento» da parte di etiche e interessi anche opposti, si apra una falla nei criteri di applicazione della legge<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., 50 s.

<sup>18</sup> Irti, *Un contratto «incalcolabile»*, cit., 18.

<sup>19</sup> Irti, *Un diritto incalcolabile*, cit., 15.

Nondimeno, anche al fine di evitare che la libertà di iniziativa economica privata venga sistematicamente obliterata di fronte a un indeterminato criterio di giustizia sociale, «referente necessario è almeno l'individuazione di un minimo etico-economico-sociale suscettibile di conoscenza e di razionalità del sistema e dell'economia anche nel processo di bilanciamento tra valori»<sup>20</sup>.

Ebbene, gli elementi utili a individuare tale "minimo" – che sono stati ricercati, con differenti approcci, in queste pagine – ormai percolano nell'esperienza legislativa, giudiziale e, più in generale, pratica, con la quale il giurista (post)moderno è chiamato a confrontarsi.

Sotto tale profilo, è interessante richiamare la decisione di un giudice bolognese<sup>21</sup>, il quale, ricostruendo gli approdi della giurisprudenza e della dottrina (ma anche dell'analisi economica del diritto) ripercorsi nella presente ricerca, al fine di configurare – anche nell'ambito della disciplina fallimentare – un obbligo di rinegoziare i contratti esposti a sopravvenienze atipiche secondo buona fede, ha prospettato un abbandono delle categorie giuridiche utilizzate nell'esame dei contratti di scambio istantaneo e, conseguentemente al superamento della logica dell'«advantage taking», una virata verso la logica cooperativa dello «sharing and cooperation»<sup>22</sup>. Sempre secondo la richiamata decisione, ciò si traduce, sul piano pratico, in una valorizzazione della natura dell'affare, così da delineare, nell'ipotesi di sopravvenienze perturbative, «un obbligo di preservazione del contratto in funzione delle utilità economico-giuridiche perseguite dalle parti e tutelate dall'ordinamento», plasmato conformemente ai canoni della «solidarietà contrattuale», pur con il limite di non costringere la parte avvantaggiata a un apprezzabile sacrificio, personale o economico.

In tali approdi della giurisprudenza riecheggiano le considerazioni svolte – nello studio di un generale modello manutentivo dei contratti di durata esposti a sopravvenienze – prendendo in esame il ruolo cardine svolto dalla buona fede, nell'ambito del processo di armonizzazione del diritto dei contratti. L'esperienza di integrazione europea, infatti, si fonda sulla cooperazione economica, tesa a costruire un mercato comune; e tale aspetto si riflette, inevitabilmente, sul piano del diritto, visto che il diritto dell'Unione – impregnato di fattualità economica e rivolto, in primo luogo, alla dimensione economica dell'agire individuale – manifesta una propulsione casistica e giurisprudenziale e, nel dialogo osmotico

---

<sup>20</sup> Benatti, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, 704.

<sup>21</sup> Trib. Bologna, decr. 26 aprile 2013, in [www.ildirittodegliaffari.it](http://www.ildirittodegliaffari.it); in *Pluris*, [www.pluris-cedam.utetgiuridica.it](http://www.pluris-cedam.utetgiuridica.it). Per una rassegna della giurisprudenza di merito (nonché arbitrale) in materia di obbligo di rinegoziazione vedi Tuccari, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., 76 s.

<sup>22</sup> Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 853.

inevitabile con l'ordinamento italiano, è destinato a produrre, in quest'ultimo, conseguenze "enormi"<sup>23</sup>. Conseguenze che, da ultimo, paiono "incarnarsi" nella (al momento timida) iniziativa riformatrice del legislatore italiano.

Tali conseguenze si inscrivono a pieno titolo nell'esperienza dell'epoca post-moderna, nella quale, anche in virtù della pluralità e atipicità delle fonti che la caratterizzano, lo stesso principio di legalità, di conio illuministico-rivoluzionario, si trasforma in «principio di giuridicità», riferito alla varietà di forze motrici dell'ordinamento<sup>24</sup>. Forze tra le quali assumono primaria importanza proprio le clausole generali, le quali, come si è detto, nell'ambito di un sistema legislativo volutamente misto<sup>25</sup>, consentono di adeguare la norma giuridica all'esigenza del caso concreto.

Tratteggiando i contorni del paesaggio giuridico, tra era moderna e post-moderna, si è posto in luce come dal principio di validità, quale metro di valutazione delle norme giuridiche, si sia passati a un problema di effettività, che amplia necessariamente le frontiere della giuridicità, confondendo, complicando e scardinando l'ordine consueto del vecchio paesaggio, facendo avvertire l'esigenza di offrire al giurista un diritto duttile e fattuale, fatto di principi e decisioni su casi concreti<sup>26</sup>, secondo un mutamento di prospettiva che dal caso (quale evento che, sussunto nella fattispecie astratta della norma positiva, acquista un predicato giuridico) si sposta alla casistica<sup>27</sup>.

Tale processo, seppure inevitabilmente foriero di incertezze, delle quali molti esempi sono stati offerti nella presente ricerca, non deve tuttavia spingere il giurista ad abdicare al proprio compito ordinante della complessità del mondo reale, per fare in modo che i casi dell'esperienza rilevanti per il diritto possano continuare a essere decisi. Non a caso, infatti, ciò su cui le segnalate impostazioni dottrinarie concordano è nel notare come l'interprete, il giudice, mai possa concedersi il lusso di non decidere. Lusso che, invece, può concedersi – e spesso invero si concede – il legislatore. Sicché, nella prospettiva dell'interprete, a una crisi della fattispecie mai potrà corrispondere una crisi della decisione<sup>28</sup>. In altri termini, la crisi della fattispecie potrà, semmai, intradarci verso una sempre più spiccata giudizialità del diritto<sup>29</sup>. Del resto, con riferimento al tema trattato nella ricerca, anche l'evoluzione delle normative di armonizzazione del dirit-

<sup>23</sup> Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., 18 ss.

<sup>24</sup> Id., 87; Id., *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1, spec. 10 ss.

<sup>25</sup> Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 15.

<sup>26</sup> Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., 28 ss.; *ivi*, 34.

<sup>27</sup> Irti, *La crisi della fattispecie*, cit., 43.

<sup>28</sup> Id., 44.

<sup>29</sup> Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., 31.

to europeo dei contratti (in assonanza con le prospettive di riforma emergenti nell'ordinamento nazionale) mostra una tendenza al superamento dei principi dell'intangibilità del contratto e del ruolo esterno del giudice, sempre più spesso chiamato a intervenire nelle dinamiche della relazione negoziale per consentirne la prosecuzione attraverso la modificazione delle condizioni dell'accordo<sup>30</sup>.

Di fronte a lacune, regole troppo vecchie o troppo generiche, che non si prestano a ordinare i fatti dell'esperienza umana giuridicamente rilevanti, letti nella loro storicità, il diritto va, dunque, «*inventato*, nel senso del latino *invenire*, ossia trovare»<sup>31</sup>. Come si è posto in luce, con riferimento al nostro tema, il fatto che il tentativo di configurare un obbligo generale di rinegoziare i contratti di durata esposti a sopravvenienze possa apparire, dal punto di vista dogmatico, finanche eversivo dovrebbe rappresentare non già motivo di rinuncia, bensì di incoraggiamento alla ricerca di una revisione e di un adattamento delle categorie civilistiche, sulla base della realtà dei rapporti sociali. Questi ultimi, infatti, nell'età della persona<sup>32</sup>, devono rappresentare il vero e proprio 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 codificate e, con quell'esempio, fare il possibile per renderle ancora oggi concretamente utilizzabili»<sup>33</sup>. E a questo fine comune sono stati indirizzati i differenti percorsi di analisi e di studio che hanno innervato la ricerca che qui si conclude.

---

<sup>30</sup> Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 845.

<sup>31</sup> Grossi, *Ritorno al diritto*, cit., 84 s.

<sup>32</sup> Il percorso di “costituzionalizzazione” della persona è stato mirabilmente illustrato da Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 9 ss.

<sup>33</sup> Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 864 s.

# BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Efficiency and a rule of 'free contract': a critique of two models of law and economics*, in *Harvard Law Rev.*, 1984, 97, 4, 978 ss.
- AA.VV., *Governance in Long-Term Contractual Relationships*, in Grundmann, Möslin, Riesenhuber (edited by), *Contract governance: dimensions in law and interdisciplinary research*, Oxford, 2015, 243 ss.
- Abuwasel, *The coronavirus pandemic in contract law: Companies disrupted by the spread of coronavirus may seek to have the pandemic recognised as a hardship event*, in *MEED Busin. Rev.*, 2020, 5, 4, 24 s.
- Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004.
- Albornoz, González, *Towards the uniform application of party autonomy for choice of law in international commercial contracts*, in *Journ. Private Intl. Law*, 2016, 12, 3, 437 ss.
- Al-Najjar, Felli, Anderlini, *New Directions of Incomplete Contracts: Reference Points, Communication, and Renegotiation*, in Aghion, Dewatripont, Legros, Zingales (edited by), *The impact of incomplete contracts on economics*, New York, 2016, 381 ss.
- Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008.
- Alpa, *Un codice europeo dei contratti: quali vie di uscita?*, in *Contratti*, 2007, 837 ss.
- Alpa, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, I, 611 ss.
- Alpa, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, II, 723 ss.
- Alpa, *I "Principles of European Contract Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 483 ss.
- Alpa, *La seconda versione dei principles of european contract law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 121 ss.
- Anderlini, Felli, *Bounded rationality and incomplete contracts*, in *Res. in Ec.*, 2004, 58, 1, 3 ss.
- Antoniolli, Veneziano (a cura di), *Principles of european contract law and italian law – a commentary*, LAJ, 2005.
- Anzani, *La prevedibilità del danno: un dibattito aperto*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 606 ss.
- Arnow-Richman, Barnhizer, Burnham, Calleros, Carlson, Garvin, Gergen, Grossman, Guerra-Pujol, Harrison, *The Best and Worst of Contracts Decisions: An Anthology*, in *Florida St. U. Law Rev.*, 2017, 45, 4, 887 ss.

- Ayres, Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rule*, in *Yale L. J.*, 1989, 99, 87, 101 ss.
- Azzali, *The UNIDROIT principles of international commercial contracts: a new era of international commercial law*, in *Riv. arb.*, 2017, 657.
- Bag, *Economic analysis of contract law. Incomplete Contracts and Asymmetric Information*, London, New York, Shanghai, 2018.
- Bagchi, *Interpreting Contracts in a Regulatory State*, in *Univ. San Francisco Law Rev.*, 2019, 54, 1, 35 ss.
- Bailey, *Congress and air pollution. Environmental politics in the U.S.*, Manchester, New York, 1998.
- Baird, Gertner, Picker, *Game theory and the law*, Cambridge, 1994.
- Balestra, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2017, 1127 ss.
- Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015.
- Balestra, Cuffaro, Scognamiglio, Villa, *Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni*, in *Corr. giur.*, 2019, 589 ss.
- Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.
- Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 467 ss.
- Barrett, *The Journey of Good Faith: Where Does It Belong in General Contract Law*, in *Southampton S. Law. Rev.*, 2019, 9, 1, 64 ss.
- Battelli, *Diritto dei contratti e questioni di razionalità economica*, in *Contr. impr.*, 2019, 106 ss.
- Bellantuono, *Razionalità limitata e regole contrattuali: promesse e problemi della nuova analisi economica del diritto*, Castellanza, 2001.
- Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.
- Bellisario, *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.
- Belvedere, *Le dinamiche contratto-mercato*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso: contratto e mercato*, t. I, Milano, 2013.
- Benacchio, *Diritto privato della Unione Europea*, VII ed., Padova, 2016.
- Benatti, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, 704.
- Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, 213.
- Benedetti, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020.
- Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*, in *giustiziacivile.com*, 3 aprile 2020.
- Benedetti, Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, marzo 2020.
- Ben-Shahar, Porat, *Personalizing Mandatory Rules in Contract Law*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 2019, 86, 2, 255 ss.

- Bergamaschi, *L'esecuzione dei contratti ai tempi del coronavirus*, in *quotidianogiuridico.it*, 21 aprile 2020.
- Berlingieri, *Sulla clausola "worldscale as amended"*, in *Dir. maritt.*, 1977, 612 ss.
- Bersani, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Torino, 2008.
- Bessone, *La disciplina delle attività di impresa e le norme costituzionali a tutela della persona consumatore*, in *Giust. civ.*, 1981, 414 ss.
- Bessone, *Il tipo negoziale e l'alea normale del contratto, la sua "causa e il dogma della irrilevanza dei "motivi"*, in *Giur. it.*, 1979, 1035 ss.
- Bessone, *Ratio legis dell'art. 1467 cod. civ., risoluzione per eccessiva onerosità e normale alea del contratto*, in *Riv. dir. comm. e obbl.*, 1979, 1 ss.
- Bessone, *Ambito di rilevanza dell'errore, principio pacta sunt servanda e alea normale del contratto*, in *Giur. merito*, 1978, 802 ss.
- Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 326 ss.
- Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, III ed., Milano, 2019.
- Bieta, *Signalling theory revisited: a very short insurance case*, in *Annals of operat. Res.*, 2015, 235, 1, 75 ss.
- Bocchini, *Commento agli artt. 1559-1570 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, I, Milano, 2011.
- Bolton, Dewatripont, *Contract theory*, Cambridge, 2005.
- Bonell, *The Law Governing International Commercial Contracts: Hard Law versus Soft Law*, in Hague Academy of International Law, *Rec des Cours*, 2018, 388, 17 ss.
- Bonell, *I Principi UNIDROIT 2010: le novità*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 795 ss.
- Bortolotti, *Il contratto internazionale*, Padova, 2017.
- Boselli, voce *Eccessiva onerosità*, in *Nss. D. I.*, VI, 1960, 332 ss.
- Bouthinon-Dumas, *Economic Analysis of the Interaction between National Legal Systems: A Contribution to the Understanding of Legal Diversity and Legal Unity*, in *Journ. Civil Law St.*, 2018, 11, 2, 299 ss.
- Breccia, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contratti*, 2010, 95 ss.
- Bridge, *Expectation Damages and Uncertain Future Losses*, in Beatson, Friedmann (edited by), *Good faith and fault in contract law*, Oxford, New York, 1995, 427 ss.
- Brizzolari, Cersosimo, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e "contratti relazionali"*, in *Contratti*, 2019, 97 ss.
- Brunner, *Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration*, Austin, Alphen Aan Den Rijn, 2009.
- Busani, *Introduzione ai contratti commerciali internazionali B2B e alle joint ventures*, Padova, 2012.
- Calabresi, *Il futuro del law and economics. Saggi per una rimeditazione ed un ricordo*, Milano, 2018.
- Calabresi, *Of Tastes and Values* (August 2014), Yale Law & Economics Research Paper No. 500, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2483947>
- Calabresi, Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, April 1972, 85, 6, 1089.

- Camardi, *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 69.
- Camilletti, *Brevi considerazioni su alcuni strumenti di autotutela contrattuale*, in *Contratti*, 2015, 1142 ss.
- Caminha, *Incomplete Contract: A Perspective between Law and Economics for Long-Term Contracts*, in *Direito Gv L. Rev.*, 2014, 10, 1, 155 ss.
- Canzio, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus civile*, 2018, 3 ss.
- Capilli, *Interpretazione, uso e ragionevolezza*, in Capriglione (a cura di), *Liber amicorum Guido Alpa*, Padova, 2019, 73 ss.
- Caranci, *Coronavirus e locazione ad uso commerciale: si può sospendere o ridurre unilateralmente in canone?*, in *quotidianogiuridico.it*, 26 marzo 2020.
- Carbone, *L'evoluzione del contratto autonomo di garanzia*, in *Corr. giur.*, 2012, 1208 ss.
- Carbone, *I Principi UNIDROIT quale "SOFT LAW" applicabile ai contratti del commercio internazionale: tra autonomia privata e ordinamenti statali*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 809 ss.
- Carbone, *La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2012, 153 ss.
- Carboni, *Sospensione dell'esecuzione del contratto, corrispettività delle prestazioni e responsabilità patrimoniale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 827 ss.
- Caredda, *Sulle oscillazioni applicative del concorso del fatto colposo del creditore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1090 ss.
- Carli, *Appalti e analisi economica - spunti per un'audit giureconomica dei contratti di impresa. Verso un diritto dettato dall'economia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 173 ss.
- Carrisi, *L'azione di arricchimento senza giusta causa nella giurisprudenza di legittimità*, in *giustiziacivile.com*, 2018, 5, 15 ss.
- Castaldo, Conte, Galeotti, *Buona fede e responsabilità precontrattuale: comportamenti opportunistici e "hold up" nelle trattative*, in *Merc. concorr. reg.*, 2012, 577 ss.
- Castelli, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contratti*, 2016, 185 ss.
- Castronovo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 837 ss.
- Castronovo, *Good faith and the principles of European contract law*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 589 ss.
- Castronovo, *I principi di diritto europeo dei contratti, parte I e II. Breve introduzione e versione italiana degli articoli*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 249 ss.
- Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 21 ss.
- Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771 ss.
- Cenini, Gambaro, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, 109 ss.
- Cenni, Luppi, Parisi, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, in Hondius and Grigoleit (edited by), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011.

- Centeleghe, *Teoria della presupposizione e "crisi" del principio volontaristico. Profili della storia di un dogma*, in *Giur. merito*, 1974, 20 ss.
- Cersosimo, *I contratos de larga duración nel nuovo Codice civile e commerciale argentino*, in *Contratti*, 2018, 604 ss.
- Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.
- Che, Hausch, *Cooperative Investments and the Value of Contracting*, in *Am. Econ. Rev.*, 1999, 89, 1, 125 ss.
- Cherkasova, Zakharova, *Suboptimal Investments and M&A Deals in Emerging Capital Markets*, in *Economic Annals*, 2016, 61, 208, 93 ss.
- Chiarella, *Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 1 aprile 2020.
- Chirico, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010.
- Cian, *Significato e lineamenti della riforma dello "Schuldrecht" tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 1 ss.
- Cippitani, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010.
- Cirace, *Law, economics, and game theory*, Lanham, 2018, 109 ss., 287 ss.
- Clerico, *Analisi economica del contratto*, Milano, 2008.
- Collins, *Il codice civile europeo. La via da seguire*, Napoli, 2013.
- Collins (edited by), *Standard contract terms in Europe: a basis for and a challenge to European contract law*, Alphen Aan Den Rijn (NED), 2008.
- Cooter, *Law & economics*, VI ed., Boston, 2012.
- Coppi, *Presupposizione ed errore sui motivi negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giust. Civ.*, 1998, II, 3 ss.
- Corrias, *Il contratto di assicurazione nel novero dei contratti di durata*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 8 ss., ora anche in Morera, De Poli (a cura di), *La rilevanza del tempo nei contratti bancari e finanziari*, Torino, 2017, 87 ss.
- Crispino, Troncone, *Emergenza coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, in *IlCaso.it*, 31 marzo 2020.
- Cruz, Marquez, *Flexible contracts to cope with uncertainty in public-private partnerships*, in *Intl. Jour. Proj. Manag.*, 2013, 31, 3, 473 ss.
- Cuccovillo, *Garanzia "a prima domanda" e funzione cauzionale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2015, II, 408 ss.
- Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020.
- Cuffaro, *Garanzia del locatore e autonomia delle parti*, in *Arch. loc. cond.*, 2004, 533 ss.
- Dalmartello, *Trasparenza dei mutui in valuta estera*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1154 ss.
- Daly, *Against the Reductionism of an Economic Analysis of Contract Law*, in *Canadian Journ. Law & Jur.*, 2015, 28, 2, 245 ss.
- D'Amico, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247 ss.
- D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva*

- onerosità e adeguamento del rapporto*, in Tommasini (a cura di), *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.
- D'Onofrio, *L'impatto del covid-19 sui contratti di locazione ad uso commerciale: l'eccezionalità dei fatti non impone un diritto eccezionale*, in *diritto.it*, 3 aprile 2020.
- De Gaudio, *L'obbligo di take or pay: qualificazione e gestione delle soppravvenienze*, in *Contratti*, 2013, 605 ss.
- De Geest, *Specific Performance, Damages and Unforeseen Contingencies in the Draft Common Frame of Reference*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010.
- De Ly, *Choice of non state law and international contracts*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 825 ss.
- De Mauro, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *giustiziacivile.com*, 27 marzo 2020.
- De Nova, *Il contratto*, Padova, 2011.
- De Nova, *Contratti senza Stato (a proposito del Draft CFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 667 ss.
- De Pamphilis, *I contratti di consumo tra esigenze di armonizzazione e nuovi modelli negoziali*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, 2019, 411 ss.
- De Pamphilis, *Profili di nullità nei mutui indicizzati alla valuta estera*, in *Corr. giur.*, 2017, 1098 ss.
- Del Bene, *Nozioni critiche sull'effettività del canone ermeneutico ex fide bona tra tutela dell'affidamento e presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1997, II, 247 ss.
- Delli Priscoli, *Mercato e diritti fondamentali*, Torino, 2011.
- Dessemontet, *The UNIDROIT Principles and the long Terms Contracts*, in *Dir. comm. int.*, 2012, 873 ss.
- Di Ciommo, *Contratto e mercato*, in Amadio, Macario (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, vol. I, Bologna, 2014.
- Di Majo, *La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir priv.*, 2004, 354 ss.
- Di Piet, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla soppravvenienza contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2019, 27 ss.
- Di Sabato, *Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2017, 378 ss.
- Dolmetta, *Locazione di esercizio commerciale (o di studi professionali) e riduzione del canone per «misure di contenimento» pandemico*, in *IlCaso.it*, 23 aprile 2020.
- Dolmetta, *«Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione*, in *IlCaso.it*, 11 aprile 2020.
- Doyle, Wright, *Restitutionary Damages - The Unnecessary Remedy*, in *Melbourne Univ. Law Rev.*, 25, 1, 1 ss.
- Duchini, *Economia politica*, II ed., Roma, 1961.
- Echternacht, Magilton, *Confidence in Contracting and Cutting Transactional Costs Why Attorneys Need to Pay Attention to the Rise of Blockchain Systems*, in *SC Lawyer*, 2018, 29, 5, 30.

- Edelman, *The Measure of Restitution and the Future of Restitutory Damage*, in *Restit. Law Rev.*, 2010, 18, 1 ss.
- Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, in *Michigan Law Rev.*, 2009, 107, 8, 1413 ss.
- Elofson, *The dilemma of changed circumstances in contract law: an economic analysis of the foreseeability and superior risk bearer tests*, in *Columbia J. L. Soc. Problems*, 1996, 30, 2 ss.
- Falletti, *Dal "Draft of Common Frame of Reference" al "Feasibility Text": verso un regolamento opzionale sul diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm. obbl.*, 2012, I, 187 ss.
- Favarque-Cosson, Mazeaud (edited by), *European Contract Law*, Monaco, 2008.
- Federico, *Adeguamento del contratto e doveri di solidarietà: per un'ermeneutica della dignità*, in *questionegiustizia.it*, 9 aprile 2020.
- Ferracuti, Morris, Arthur, *Renegotiation Costs, Financial Contracting, and Lender Choice*, in *SSRN Electr. Journ.*, 2017, 1 ss.
- Ferretti, Lunetta, *Clausole di indicizzazione al Franco svizzero e "floor"*, in *Società*, 2017, 85 ss.
- Ferri, *Il Code Européen des Contrats*, in *Cont. impr. Eur.*, 2002, 27 ss.
- Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, V ed., Rimini, 1995, rist. corretta 1997.
- Fimmanò, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in *ilCaso.it*, 1 aprile 2020 e in corso di pubblicazione in *Riv. not.*, 2020.
- Finazzi, *Correttezza e buona fede*, in *Trattato delle obbligazioni*, diretto da Garofalo, vol. II, t. IV, Padova, 2018.
- Fondrieschi, *Contratti relazionali e contrattazione ripetuta in Giappone e in Europa*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2016, 483 ss.
- Foss, Weber, *Moving Opportunism to the Back Seat: Bounded Rationality, Costly Conflict, and Hierarchical Forms*, in *Acad. Manag. Rev.*, 2016, 41, 1, 61 ss.
- Fox, *Restitutory Damages to Deter Breach of Contract*, in *Cambridge Law Journ.*, 2001, 60, 1, 33 ss.
- Franco, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, in *giustiziacivile.com*, 6 maggio 2020.
- Franco, *Rilevanza dell'errore: rassegna di dottrina e giurisprudenza*, in *Not.*, 1998, II, 287 ss.
- Franzoni, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Pers. mer.*, 2018, 9 ss.
- Franzoni, *Dal codice europeo dei contratti al regolamento sulla vendita*, in *Contr. impr. Europa*, 2012, 350 ss.
- Fratini, *Un "Codice Europeo dei Contratti": un'altra tappa verso la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 403 ss.
- Frignani, *La hardship clause nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, 680 ss.
- Frignani, Torsello, *Il contratto internazionale*, Padova, 2010.

- Frontini, *Sul dovere giuridico della buona fede*, in *Nuovo dir.*, 1999, II, 1035 ss.
- Fusaro, Gabrielli (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giur. it.*, 2018, 1216 ss.
- Gabriel, *The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How Successful Has It Been*, in *Michigan Journ. Intl. Law*, 2019, 40, 3, 413 ss.
- Gabrielli, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giust. civ.*, 2018, 268 ss.
- Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, Padova, 2017.
- Gabrielli, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 167 ss.
- Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 55 ss.
- Gabrielli, *Commento all'art. 1467 c.c.*, in Navarretta, Orestano (a cura di), *Dei Contratti in generale. Artt. 1425-1469-bis. Leggi collegate*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011.
- Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, vol. I, t. 2, II ed., Torino, 2006.
- Gabrielli, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi urbinati di scienze giur., pol. ed econ.*, 2003, 167 ss.
- Gabrielli, *Tipo negoziale, prevedibilità dell'evento e qualità della parte nella distribuzione del rischio contrattuale*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1705 ss.
- Gagnepain, Ivaldi, Martimort, *The Cost of Contract Renegotiation: Evidence from the Local Public Sector*, in *American Econ. Rev.*, 2013, 103, 6, 2352 ss.
- Galgano, *Trattato di diritto civile*, vol. II, III ed. agg. Zorzi Galgano, Padova, 2015.
- Galgano, *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, in *Contr. impr. Eur.*, 2012, 1 ss.
- Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, IV ed., Padova, 2004.
- Galgano, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1980.
- Galgano, Marrella, *Commercio internazionale*, Padova, 2010.
- Gambino, *Le obbligazioni. Il rapporto obbligatorio*, in *Trattati di diritto civile*, diretto da Sacco, vol. I, Torino, 2015, 388 ss.
- Gambino, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347 ss.
- Gandolfi, *Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 221 ss.
- Gandolfi (coordinato da), *Code européen des contrats: avant-projet*, lib. II, vol. II, Milano, 2008.
- Gandolfi (coordinato da), *Code européen des contrats: avant-projet*, lib. II, vol. I, Milano, 2007.
- Gandolfi, *Il libro secondo ("Des contrats en particulier") del "code européen des contrats"*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 653 ss.
- Gandolfi (coordinato da), *Code européen des contrats: avant-projet*, lib. I, III ed. (rived. corr. e agg.), Milano, 2004.
- Gandolfi, *Valori tradizionali e tendenze evolutive nel regime contrattuale italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1155 ss.

- Gazzara, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 55 ss.
- Genovese, *Clausola rebus sic stantibus*, in Confortini (a cura di), *Clausole negoziali*, vol. I, Torino 2017, 1357 ss.
- Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020.
- Gentili, Cintio, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. e impr.*, 2018, 148 ss.
- Giancaspro, *Quantifying Damages in Cases of Advantageous Breach: The Curious Case of McDonald's Milkshakes*, in *Stetson Law Rev.*, 2018, 48, 1, 69 ss.
- Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *giustiziacivile.com*, 1 aprile 2020.
- Gilson et al., *Text and Context: Contract Interpretation as Contract Design*, in *Cornell L. Rev.*, 2014, 100, 23, 26.
- Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, Torino, rist. 1927 (ed. originale 1876-87).
- Goetz, Scott, *The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation*, in *Virginia Law Review*, 1983, 69, 986.
- Goldberg, *Reckoning Contract Damages: Valuation of the Contract as an Asset*, in *Washington & Lee Law Rev.*, 2018, 75, 301 ss.
- Goldberg, *Price Adjustment in Long-Term Contracts*, in *Wis. L. Rev.*, 1985, 527.
- Golecki, *Game-Theoretic Solution to the Problem of Reciprocity and Fairness in Contracts*, in Stelmach, Załuski (edited by), *Game theory and the law*, Cracovia, 2011, 145 ss.
- Goller, *Expectation Damages and Bilateral Cooperative Investments*, in *Am. L. & Econ. Rev.*, 2014, 16, 2, 473 ss.
- Grebieniow, *La laesio enormis e la stabilità contrattuale*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 2014, 61, 195 ss.
- Grilli, *L'Italia dal 1865 al 1942: dal mito al declino della codificazione*, in Ascheri (a cura di), *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino, 2008.
- Grisafi, *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016.
- Grossi, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1.
- Grossi, *Dalle "clausole" ai "principii": a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, 5 ss.
- Grossi, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831 ss.
- Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.
- Grundmann, Schäfer, *The French and the German Reforms of Contract Law*, in *Pers. merc.*, 2018, 11 ss.
- Guash, Benitez, Portabales, *The renegotiation of public private partnerships contracts (PPP): an overview of its recent evolution in Latin America*, in *Rev. Chilena de Econ. y Soc.*, 2016, 10, 1, 42 ss.
- Hasif, *The Problem with Quantification of Unquantifiable Damages for Breach of Contract*, in *Singap. Comp. Law Rev.*, 2018, 32 ss.
- Hesen, Hardy, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, in Larouche, Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010.

- Hill, *The doctrine of “rebus sic stantibus” in international law*, Columbia, 1934.
- Hondius, Grigoleit, *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, in Hondius, Grigoleit (edited by), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011.
- Horn, *Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law*, in Horn (edited by), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp, Boston, London, Frankfurt, 1985, 18 ss.
- Irti, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, 7 ss.
- Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 917 ss.
- Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.
- Irti, *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 17 ss.
- Irti, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 36 ss.
- Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.
- Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 1 ss.
- Issawi, *The 1973 oil crisis and after*, in *Jour. Post Keynesian Ec.*, Winter 1978/79, 1, 2, 3 ss.
- Iudica, *Il diritto civile nell'età delle contraddizioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 132 ss.
- Joskow, *Contract Duration and Relationship-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Market*, in *The American Economic Review*, Mar. 1987, 77, 1, 168 ss.
- Katz, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, in *Michigan Law Rev.*, 1990, 89, 2, 215 ss.
- Keay, Hao, *Incomplete Contracts, Contingent Fiduciaries and a Director's Duty to Creditors*, in *Melbourne U. Law Rev.*, 2008, 32, 1, 141 ss.
- Kelly, *Inside contract law: what matters and why*, New York, 2011.
- Klass, *Contracting for cooperation in recovery*, in *Yale Law Journ.*, 2007, 117, 1, 2 ss.
- Klesta, *La determinazione del prezzo nel contratto: una riflessione alla luce della recente riforma francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 90 ss.
- Korobkin, *Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 2003, 70, 4, 1203 ss.
- Kostritsky, *A Bargaining Dynamic Transaction Cost Approach to Understanding Framework Contracts*, in *Am. U. Law Rev.*, 2018, 68, 5, 1621 ss.
- Kötz, Patti, *Diritto europeo dei contratti*, II ed., Milano, 2017.
- Kovac, *Culpa in Contrahendo, Promissory Estoppel, Pre-Contractual Good Faith and Irredeemable Acts*, in *Asian Journ. Law & Ec.*, 2019, 10, 1, 1 ss.
- Kovac, *Frustration of Purpose and the French Contract Law Reform: The Challenge to the International Commercial Attractiveness of English Law*, in *Maastricht Jour. Europ. Comp. Law.*, 2018, 25, 3, 288 ss.
- Kraus, *Reconciling Autonomy and Efficiency in Contract Law: The Vertical Integration Strategy*, in *Nous*, 2010, 35, 1, 420 ss.
- Kreitner, *Voicing the Market: Extending the Ambition of Contract Theory*, in *Univ. of Toronto Law Journ.*, 2019, 69, 3, 295 ss.
- La Rocca, *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. e impresa*, 2018, 222 ss.

- Lai, Kerry, *Force majeure clauses provide coronavirus relief for business*, in *Intl. Financ. Law Rev.*, 3 febbraio 2020.
- Landini, *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond*, in *giustiziacivile.com*, 4 maggio 2020.
- Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2016, 179 ss.
- Landini, *Commento agli artt. 1882-1932 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, IV, Milano, 2011.
- Lando, Beale (edited by), *The principles of European contract law. Part I and II Combined and Revised*, L'Aja, 2000.
- Lando, Clive, Prüm, Zimmermann (edited by), *The principles of European contract law. Part III*, L'Aja, 2003.
- Lanzillo, *Regole nel mercato e congruità nello scambio*, in *Contr. impr.*, 1985, 309 ss.
- Lazoppina, *Coronavirus: impossibilità sopravvenuta della prestazione e forza maggiore*, in *Dir. giust.* (online), 13 marzo 2020.
- Lehrberg, *Renegotiation Clauses, the Doctrine of Assumptions and Unfair Contract Terms*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1998, 6, 3, 265 ss.
- Lerner, *The Principles of International Commercial Contracts as Model Law: An Israeli Perspective*, in *Unif. L. Rev.*, 2019, 24, 1, 121 ss.
- Liao, *The application of the theory of efficient breach in contract law: a comparative law and economics perspective*, Cambridge, 2015, 91 ss.
- Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
- Lipari, *Quali prospettive per un "codice europeo dei contratti"?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 719 ss.
- Lipari, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2006, 711 ss.
- Lipari, *Il rischio nell'appalto e l'alea normale del contratto*, in *Giust. civ.*, 1986, 223 ss.
- Listwa, *Cooperative Covenants: Good Faith for the Alternative Entity*, in *Stanford Jour. Law, Busin. Fin.*, 2019, 24, 2, 137 ss.
- Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, in Tommasini (a cura di), *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.
- Locatello, *L'autotutela dilatoria anticipata nella prospettiva della réforme del code civil*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1319 ss.
- Longobucco, *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale: spunti per una riconcettualizzazione*, in *Studium Iuris*, 2016, 23 ss.
- Lookofsky, *Financial Crises and Danish Contract Law: No Room for Hardship*, in Başoğlu (edited by), *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*, Cham, 2016, 121 ss.
- Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.-Tar.*, 2006, 1911 ss.
- Lorenz, *Contract Modification as a Result of Change of Circumstances*, in Beatson, Friedmann (edited by), *Good faith and fault in contract law*, Oxford, New York, 1995, 357 ss.

- Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, 129.
- Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *giustiziavile.com*, 17 marzo 2020.
- Macario, *Dalla risoluzione all’adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, *Foro it.*, 2020, V, 102 ss.
- Macario, *Sopravvenienze e rischio contrattuale*, in Amadio, Macario (a cura di), *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, vol. I, Bologna, 2014.
- Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, 853.
- Macario, *Commento all’art. 1374 c.c.*, in Navarretta, Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, vol. II, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Torino, 2011.
- Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.
- McLauchlan, *Reliance Damages for Breach of Contract*, in *New Zeal. Law Rev.*, 2007, 3, 417 ss.
- MacMillan, *Mistakes in contract law*, Oxford, Portland (Oregon), 2010, spec. 181 ss.
- Maffei, *Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziavile.com*, 10 aprile 2020.
- Maggiolo, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 867 ss.
- Manzini (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017.
- Marasco, *La rinegoziazione e l’intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 539 ss.
- Margiotta, *Le sopravvenienze*, in Morella, Quarta (a cura di), *Una prospettiva innovativa del diritto civile notarile*, Milano, 2019, 281 ss.
- Mariotti, *L’applicazione diretta dei principi costituzionali e delle clausole generali nei contratti assicurativi e di investimento: riflessioni critiche*, in *giustiziavile.com*, 2018, 10 ss.
- Markovits, Schwartz, *The myth of efficient breach: new defenses of the expectation interest*, in *Virg. Law Rev.*, 2011, 97, 8, 1939 ss.
- Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2017.
- Marrero, *The Cost of Rules, the Rules of Costs*, in *Cardozo L. Rev.*, 2016, 40, 1, 293 ss.
- Marshall, *Industry and Trade*, London, 1919-1923.
- Masera, *La crisi petrolifera e l’Italia*, Roma, 1974.
- Massa Pinto, *La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi*, in *questionegiustizia.it*, 18 marzo 2020.
- Mattei, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, in *Europ. Law Journ.*, 2004, 10, 6, 653 ss.
- Mauceri, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 1117 ss.
- Maugeri, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 253 ss.
- Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 365 ss.
- Medwed, *The Innocent Prisoner’s Dilemma: Consequences of Failing to Admit Guilt at Parole Hearings*, in *Iowa Law Rev.*, 2008, 93, 2, 491 ss.

- Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072 ss.
- Meyer, *Soft Law for Solid Contracts - A Comparative Analysis of the Value of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law to the Process of Contract Law Harmonization*, in *Denver Journ. Intl. Law and Policy*, 2006, 34, 1, 119 ss.
- Mijatović, *The currentness of the unidroit principles of international commercial contracts - effects of bottom-up method of law harmonization*, in *Proceedings Novi Sad Fac. Law*, 2018, 52, 1, 323 ss.
- Mirone, *La "rilevanza del tempo" nella disciplina dei contratti bancari di durata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I, 417 ss.
- Modugno, *Interpretazione giuridica*, III ed., Padova, 2015.
- Momberg Uribe, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts: comparative perspectives*, Cambridge, 2011.
- Monteverde, *L'incursione del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 in tema di obbligazioni non adempiute e responsabilità del debitore*, in *IlCaso.it*, 20 aprile 2020, e ora in Irrera (a cura di), *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, Torino, 2020, 140 ss.
- Morello, *Effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*, in *giustiziacivile.com*, 27 aprile 2020.
- Mormile, *Commento agli artt. 1615-1627 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, I, Milano, 2011.
- Morrone, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, in *Giur. cost.*, 2001, 1471 ss.
- Mülbacher, Amelung, Junke, *Contract design: the problem of information asymmetry*, *IJIC*, 2018, 18, 1, 1 ss.
- Musolino, *Commento agli artt. 1655-1664 c.c.*, in Valentino (a cura di), *I singoli contratti*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, II, Milano, 2011.
- Musolino, *Appalto e sopravvivenza*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 761 ss.
- Nicita, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005.
- Nicita, Scoppa, *Contratti e teoria economica. Un'introduzione*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005.
- Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002.
- Nwafor M., Nwafor N., *Conceptualizing the Relationship between Doctrine of Mistake and Exemption (Force Majeure) under the CISG and the UPICC*, in *Busin. Law Rev.*, 2019, 40, 3, 111 ss.
- Occhilupo, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività d'impresa in italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Mercato concurr. reg.*, 2012, 39 ss.
- Ogus, *Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, in *Intl. Comp. Law Quart.*, 1999, 48, 2, 405 ss.
- Omero, *Odissea*, trad. it. Ippolito Pindemonte, Verona, 1822, XII.

- Oppo, *I contratti di durata* (parte I), in *Riv. dir. comm. obbl.*, 1943, I, 143 ss.; Id., *I contratti di durata* (parte II), *ivi*, 1944, I, 18 ss., ora in Id., *Obbligazioni e negozio giuridico*, in Id., *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992.
- Paccès, *Il ruolo economico della responsabilità giuridica*, in Ciocca, Musu (a cura di), *Economia per il diritto: saggi introduttivi*, Torino, 2006.
- Palumbo, *Contratti e tutela giuridica*, in Ciocca, Musu (a cura di), *Economia per il diritto: saggi introduttivi*, Torino, 2006.
- Panarello, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, in Tommasini (a cura di), *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, Torino, 2003.
- Pandolfini, *Contratti di locazione commerciale: rinegoziare il canone ai tempi del Coronavirus*, in *quotidianogiuridico.it*, 6 maggio 2020.
- Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015.
- Pardolesi, Davola, «Smart contract»: *lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchase*, in *Foro it.*, 2019, V, 195 ss.
- Partisani, *L'integrazione del contratto come correttivo delle disfunzioni sinallagmatiche dall'inosservanza della clausola di buona fede*, in *Danno e resp.*, 2003, 177 ss.
- Pascucci, *Termination for breach of contract vs. specific performance. The relationship between these two remedies comparing the Italian civil code concerning contracts in general and the principles of European contract law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 521 ss.
- Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. cir. civ.*, 2014, 685 ss.
- Patti, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 120 ss.
- Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.
- Patti, Vacca, *Trattato delle obbligazioni*, vol. V, Padova, 2010.
- Pennasilico, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 163 ss.
- Perfetti, *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 669 ss.
- Persons, *Renegotiation and the impossibility of optimal investment*, in *Rev. of Fin. Stud.*, 1994, 7, 2, 419 ss.
- Peters, *The Competition between Legal Orders*, in *Intl. Law Res.*, 2014, 3, 1, 45 ss.
- Petrone, *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, in *Obbl. e contr.*, 2005, 163 ss.
- Pierazzi, *L'alea nei contratti*, in *Contr. e impr.*, 2011, 251 ss.
- Pindyck, Rubinfeld (ed. it. a cura di Bacchiega), *Microeconomia*, VII ed., Milano, 2009.
- Piraino, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in *Correzione e integrazione del contratto*, diretto da Volpe, Bologna, 2016, 175 ss.
- Piraino, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 243.
- Pontrioli, *La riforma dei contratti in Francia - morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel Code civil*, in *Giur. it.*, 2018, 1238 ss.

- Posner, *There Are No Penalty Default Rules in Contract Law*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 237, 2005, 1 ss.
- Posner, *Parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principle of contractual interpretation*, in *U. Pa. L. Rev.*, 1997, 146, 533 ss.
- Provasi, *Oltre il modello di "razionalità limitata". Il contributo del cognitivismo*, in *Rass. it. soc.*, 1995, 251 ss.
- Prussiani, *Il risarcimento in forma specifica dei danni da responsabilità contrattuale: lo spazio di operatività della tutela risarcitoria nei rapporti con l'adempimento coattivo e l'esecuzione forzata*, in *Contr. e impr.*, 2012, 1111 ss.
- Puelinckx, *Frustration, hardship, force majeure, imprévision, wegfall der geschäftsgrundlage, unmöglichkeit, changed circumstances—a comparative study in English, French, German and Japanese law*, in *Jour. Intl. Arbitr.*, 1986, 3, 47 ss.
- Pulitano, *Adempimento e responsabilità*, in *Responsabilità civile*, diretto da Cendon, vol. II, Torino, 2017, 1413 ss.
- Renna, *Gli indici denotativi della garanzia autonoma nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Contratti*, 2016, 138 ss.
- Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205 ss.
- Riccio, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 927 ss.
- Rispoli, *Equità integrativa e potere correttivo del giudice*, in *Corr. merito*, 2013, 30 ss.
- Roberts, *Commercial Impossibility and Frustration of Purpose: A Critical Analysis*, in *Canad. Journ. Law & Jurisp.*, 2003, 16, 1, 129 ss.
- Rocca, *Conoscenza e riconoscibilità dell'errore. Il danno emergente ed il problema del lucro cessante nella responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 623 ss.
- Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.
- Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004.
- Rolli, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. impr.*, 2001, 611.
- Roppo, *"Behavioural Law and Economics", regolazione del mercato e sistema dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 ss.
- Roppo, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e "frustration of contract" (in margine ad un "caso di Suez")*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1239.
- Roppo, Natoli, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in *giustiziainsieme.it*, 28 aprile 2020.
- Rossano, *Il contributo delle scienze cognitive nella valutazione della propensione al rischio*, in *Analisi giur. Econ.*, 2012, 85 ss.
- Rossellini, *Circostanze presupposte dai contraenti e principio di buona fede: brevi considerazioni sull'atteggiamento della giurisprudenza*, in *Giur. Merito*, 1972, 461 ss.
- Rossi, Conti, *La relazione fra causa e sopravvenienze: il concetto di causa dinamica nei contratti di durata e temporalmente rilevanti e le sopravvenienze a rilevanza causale*, in *Foro pad.*, 2017, II, 26 ss.
- Russo, *La correzione della caparra iniqua tra buona fede e proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 915 ss.

- Sacco, De Nova, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016.
- Salanié, *The economics of contracts*, Cambridge, London, 2005.
- Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.
- Sanga, *Incomplete Contracts: An Empirical Approach*, in *Journ. Law, Econ. Org.*, 2018, 34, 4, 650 ss.
- Sangermano, *Il controllo giudiziale dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali tra apparenza interpretazione correttiva e reale integrazione dell'atto di autonomia privata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 758 ss.
- Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965.
- Santagata, *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*, in *giustiziacivile.com*, 17 aprile 2020.
- Scarpa, *Ricostruzione ermeneutica della "hardship clause" nel diritto positivo italiano*, in *Contr. impr.*, 2013, 951 ss.
- Scarpello, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010.
- Schivardi, *Come evitare il contagio finanziario alle imprese*, in *lavoce.info*, 24 marzo 2020.
- Schwartz, *Five things to know about smart contracts*, in *Mondaq - United States*, 28 June 2008.
- Schwartz, Scott, *The common law of contract and the default rule project*, in *Virginia Law Rev.*, 2016, 102, 6, 1523 ss.
- Scoditti, *Contratto, giudice e Costituzione*, in *Jus civile*, 2018, 9 ss.
- Scoditti, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, 211 ss.
- Scoditti, *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, 417 ss.
- Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*, in *giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.
- Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza. Verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?*, in Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 203 ss.
- Scoppa, *Asimmetrie informative, contratti e incentivi*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005.
- Scumace (a cura di), *Lucro cessante e interesse negativo*, in *Contratti*, 2018, 467 ss.
- Seligman, *Moral diversity and efficient breach*, in *Michigan Law Rev.*, 2019, 117, 5, 885 ss.
- Senocrate, *Il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, 1° co., c.c. tra vecchi e nuovi problemi*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 611 ss.
- Sica, D'Antonio, Mignacca, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Stanzione, vol. I, Padova, 2012, 115 ss.
- Signorelli, *Il concorso del creditore nella causazione del danno: un'analisi giurisprudenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 110 ss.
- Silverstein, *Contract Interpretation Enforcement Costs: An Empirical Study of Textualism versus Contextualism Conducted via the West Key Number System*, in *Hofstra L. Rev.*, 2018, 47, 3, 1011 ss.
- Sirena, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 379 ss.

- Sirena, *La categoria dei contrari d'impresa e il principio della buona fede*, relazione al convegno "Global law vs. local law", Brescia 12-14 maggio 2005, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 415 ss.
- Sklaroff, *Smart contracts and the cost of inflexibility*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2017, 166, 1, 263 ss.
- Spangaro, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014.
- Sparano, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*, in *giustiziacivile.com*, 28 aprile 2020.
- Taccani, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Germania: la nuova disciplina in materia di inadempimento e di impossibilità*, in *Contr. e impr.*, 2003, 379 ss.
- Tapia, *The Good Faith Doctrine: A Positive Duty to Disclose Would Protect the Reasonable Expectations of Parties during Contract Performance*, in *U. Det. Mercy L. Rev.*, 2019, 96, 2, 291 ss.
- Tavassi, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus civile*, 2018, 9 ss.
- Tenella Sillani, *La riforma francese del diritto dei contratti e il destino della causa*, in Conte, Fusaro, Somma, Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa: un volume offerto in occasione del suo 71° compleanno*, Roma, 2018, 537 ss.
- Terlizzi, *Le nozioni abbandonate. La rivoluzione delle parole nella riforma francese del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 695 ss.
- Tilli, *Contratti e Covid19: ipotesi e soluzione nello scenario dei possibili inadempimenti futuri*, in *Dir. e giust.* (online), 30 marzo 2020.
- Tinti, *Convenienza economica e tutela dell'equilibrio (s)oggettivo del regolamento contrattuale*, in *Studium iuris*, 2017, 687 ss.
- Tirole, *Cognition and Incomplete Contracts*, in *Am. Ec. Rev.*, 2009, 99, 1, 265 ss.
- Tiscornia, *Le regole del deposito cauzionale*, in *Arch. loc. cond.*, 2003, 657.
- Travaglino, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 75 ss.
- Triantis, *Unforeseen Contingencies: Risk Allocation in Contracts*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *Regulation of Contracts*, Cheltenham, 2000, 108 ss.
- Treitel, *Frustration and force majeure*, III ed., London, 2014.
- Trimarchi, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in *International review of law and economics*, 1991, 11, 66 ss.
- Troiano, *"Ragionevolezza" e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità*, in *Obbl. contr.*, 2006, 679 ss.
- Trombetti, *I tentativi di uniformazione del diritto contrattuale a livello europeo. Prime riflessioni per un confronto tra il Draft of Common Frame of Reference ed il progetto preliminare del Code européen des contrats*, in *Contr. impr. Europa*, 2011, 168 ss.
- Trubiani, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 137 ss.
- Tuccari, *Sopravvenienze e revisione del prezzo nel contratto d'appalto: spunti per una ricostruzione sistematica*, in *Jus civile*, [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2019, 6.
- Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

- Tuccari, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta nel nuovo codice civile argentino*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 2065 ss.
- Uda, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e correttezza delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm. obb.*, 1990, 301 ss.
- Vaccari, *I fondamenti teorici dell'utilità sociale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2017, 17 ss.
- Vanin, *Covid-19: force majeure e frustration del contratto*, in *quotidianogiuridico.it*, 15 aprile 2020.
- Van Wijck, *Foreseeability*, in De Geest (edited by), *Encyclopedia of law and economics*, vol. 6, *Contract law and economics*, edited by De Geest, Cheltenham-Northampton, 2011.
- Veneziano, *The Soft Law Approach to Unification of International Commercial Contract Law: Future Perspectives in Light of Unidroit's Experience*, in *Villanova Law Rev.*, 2013, 58, 4, 521 ss.
- Venturelli, *Principio di buona fede e inadempimento "anticipato"*, in *Pers. e mercato*, 2017, 15 ss.
- Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*, in *giustiziacivile.com*, 25 marzo 2020.
- Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2015, 787 ss.
- Vettori, *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 675 ss.
- Villanacci, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2016, 61 ss.
- Villanacci, *I profili dell'abuso del diritto e la funzione integrativa del programma negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 158 ss.
- Violante, *Concorso di colpa e allocazione della responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 483 ss.
- Vogenauer, *I principi "Unidroit" dei contratti commerciali internazionali 2010*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 246 ss.
- Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 303 ss.
- von Bar, Clive Schulte-Nölke (edited by), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, 2009.
- Weston, *Transactional Risk and Contractual Risk Accommodation in Contract Drafting: More than an Indemnity Paragraph*, in *Transactions: Tenn. J. Bus. L.*, 2019, 20, 673 ss.
- Williamson, *I costi transattivi e la disciplina del contratto*, in Alpa (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998.
- Williamson, *Transaction cost economics: The comparative contracting perspective*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1987, 8, 4, 617 ss.
- Williamson, *Assessing Contract*, in *Journal of Law, Economics, and Organization*, 1985, 1, 1, 177 ss.
- Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, in *Journal of Law and Economics*, 1979, 22, 2, 233 ss.
- Yıldırım, *Equilibrium in international commercial contracts: with particular regard to gross disparity and hardship provisions of the UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Nijmegen, 2011.

- Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.
- Załoski, *Game theory in jurisprudence*, Kraków, 2013, 243 ss.
- Załoski, *On the Applications of Game Theory in Contract Law*, in Stelmach, Załoski (edited by), *Game theory and the law*, Kraków, 2011, 175 ss.
- Zilotto, *La misura della sinallagmaticità: buona fede e laesio enormis*, in Garofalo (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007, 597 ss.
- Zimmermann, Whittaker, *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in Zimmermann, Whittaker (edited by), *Good faith in European contract law*, Cambridge, 2000, 7 ss.



# RINGRAZIAMENTI

In fine di questa «aspra e disuguale tenzone», vorrei riservarmi qualche riga per dire grazie.

Non sono capace di racchiudere qui i tanti nomi della mia gratitudine. Spero comunque di renderne il senso.

A tutte le persone che sono state al mio fianco in questo percorso di ricerca, anche solo scorrendo queste pagine, va il mio sentito ringraziamento. E se, per avventura, vi trovate a condividere con me quel ben più provante e meraviglioso cammino di cui questa tappa non rappresenta che una felice manifestazione, allora più forte vi giunga il mio abbraccio.

Finito di stampare nel mese di giugno 2020  
per i tipi di Bononia University Press