

ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO IN

STATO, PERSONA E SERVIZI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E INTERNAZIONALE

curriculum *Diritto civile; ambito Obbligazioni, contratti e responsabilità civile*

Ciclo XXVIII

Settore concorsuale di afferenza: 12/A1 – Diritto Privato

Settore scientifico disciplinare: IUS/01 – Diritto Privato

SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI

*Il mantenimento dei contratti di durata
tra diritto nazionale e prospettive di evoluzione europea*

Presentata da Matteo de Pamphilis

Coordinatore Dottorato

Ch.mo Prof. Andrea Morrone

Relatore

Ch.mo Prof. Michele Sesta

Esame finale anno 2016

*«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»¹*

¹ GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel moderno diritto italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, Torino, rist. 1927 (ed. originale 1876-87), pp. 207 s.

INDICE

<i>Abbreviazioni ricorrenti</i>	<i>p. 11</i>
<i>ABSTRACT</i>	<i>p. 13</i>
I. SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI E CONTRATTI DI DURATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: ALLA RICERCA DI UN RIMEDIO GENERALE MANUTENTIVO	<i>p. 21</i>
1. Le sopravvenienze contrattuali nel diritto italiano, tra fattispecie codificate e ipotesi atipiche.	<i>p. 22</i>
<i>1.1. – Impossibilità sopravvenuta della prestazione: la dialettica tra l'esigibilità della prestazione e l'interesse del creditore all'adempimento.</i>	<i>p. 22</i>
<i>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.</i>	<i>p. 27</i>

1.3 – *Il venir meno della presupposizione come ipotesi atipica di sopravvenienza contrattuale.*

p. 32

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

p. 37

2. *Il contratto di durata: la rilevanza dei caratteri strutturali e degli interessi sottesi nella fase esecutiva.*

p. 40

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

p. 40

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

p. 45

2.3 – *L'esecuzione del contratto di durata e il ruolo del parametro della buone fede (o correttezza).*

p. 52

3. *Sopravvenienze e rimedi: verso la configurazione di un rimedio manutentivo di ordine generale.*

p. 57

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.*

p. 57

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

p. 64

4. Il dovere di rinegoziare: principi ispiratori, struttura e meccanismo applicativo.

p. 72

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

p. 72

4.2 – *Gli obblighi delle parti in vista del mantenimento del contratto.*

p. 82

4.3 – *Il meccanismo di applicazione del rimedio manutentivo.*

p. 89

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

p. 101

1. Premessa: il rapporto dialogico tra regole del mercato e norme giuridiche nella ricerca di un rimedio manutentivo.

p. 102

2. L'incompletezza contrattuale nella sua rilevanza economica: dal modello astratto della contrattazione verso il realismo delle premesse.

p. 108

3. L'incompletezza dei contratti di durata: da ipotesi eccezionale a elemento strutturale della fattispecie.

p. 116

4. La selezione dei rimedi in vista del mantenimento del contratto: prospettive di approccio, regole di *default* e rinegoziazione, nel governo delle sopravvenienze contrattuali.

p. 131

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

p. 132

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

p. 138

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

p. 144

III. LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEI PROGETTI DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI

p. 157

1. Premessa: le dottrine dello squilibrio negoziale e il ruolo della buona fede.

p. 158

2. I progetti di armonizzazione del diritto dei contratti e il modello rimediale per il governo delle sopravvenienze contrattuali.

p. 164

3. La buona fede, l'autonomia privata e l'intervento regolatore tra modello consensualistico e modello conservativo.

p. 175

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

p. 175

3.2 – *Gli spazi di un intervento regolatore e l'opportunità di introdurre una default rule.*

p. 182

3.3 – *Il dovere di rinegoziazione tra modello consensualistico e modello conservativo.*

p. 186

4. *Il giudizio di efficienza delle soluzioni adottate nei progetti di armonizzazione del diritto dei contratti.*

p. 194

IV. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

p. 215

Bibliografia

p. 237

Appendice giurisprudenziale

p. 255

ABBREVIAZIONI RICORRENTI

art.	=	Articolo
artt.	=	Articoli
C.	=	Corte di cassazione (civile)
c.c.	=	Codice civile
C. cost.	=	Corte costituzionale
CEC	=	<i>Avant-projet de Code européen des contrats</i>
cfr.	=	Confronta
co.	=	Comma
Cost.	=	Costituzione della Repubblica italiana
d.l.	=	Decreto legge
d.lgs.	=	Decreto legislativo
DCFR	=	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
es.	=	Esempio
ICC	=	<i>International Chamber of Commerce</i>
l.	=	Legge

n.	=	Numero
nt.	=	Nota
PECL	=	<i>Principles of European Contract Law</i>
RPECL	=	<i>Revised Principles of European Contract Law</i>
s.	=	Seguente (<i>pagina</i>)
ss.	=	Seguenti (<i>pagine</i>)
T.	=	Tribunale
u.c.	=	Ultimo comma
UPICC	=	<i>Unidroit Principles of International Commercial Contracts</i>
v.	=	Vedi
vs.	=	<i>Versus</i>

ABSTRACT

Il presente lavoro prende in esame il tema delle sopravvenienze contrattuali e, segnatamente, indaga la configurabilità di un rimedio manutentivo per i contratti cosiddetti di durata esposti a sopravvenienze perturbative.

Lo studio è condotto in una triplice prospettiva: quella del diritto nazionale, quella dell'analisi economica del diritto e quella dell'armonizzazione del diritto europeo (e internazionale) dei contratti.

Anzitutto, vengono prese in esame le soluzioni apprestate dall'ordinamento italiano. In questa prima fase, attraverso la ricerca e l'analisi delle soluzioni normative predisposte per le ipotesi – generali e speciali – in cui il legislatore è chiamato a disciplinare il concreto sviluppo dei rapporti contrattuali di durata, vengono poste le basi per individuare gli indici di sensibilità che il nostro ordinamento manifesta nei confronti delle caratteristiche proprie di questi particolari contratti. In essi, la durata sposta il baricentro dalla fase statico-genetica – regolata dalle norme in tema di validità del contratto – a quella dinamico-attuativa, nella quale l'esecuzione del rapporto si dispiega. In altri termini, il fattore tempo si presenta come elemento qualificante, sotto il profilo causale, del contratto di durata. Tale caratteristica si riflette sul piano della disciplina dell'esecuzione del contratto che, estendendosi nel tempo, può essere influenzata da eventi non presi in considerazione delle parti all'atto della stipula.

Dunque, il legislatore si è preoccupato di dettare discipline che intendono attuare una ripartizione del rischio delle sopravvenienze: su tutte, quella dell'art. 1467 c.c., chiamata a dialogare con le clausole generali – in particolare, la buona fede o correttezza – che il codice fissa, anche con riguardo all'esecuzione del contratto.

Il rimedio generale per l'eccessiva onerosità sopravvenuta, seppur dimostra l'attenzione riservata dal legislatore al problema delle sopravvenienze contrattuali, mantiene tuttavia un'impostazione di carattere ablativo: conduce, cioè, a rimuovere il contratto esposto a sopravvenienze ovvero a imporlo, nella sua letterale cogenza, al debitore della prestazione, lasciando in subordine l'ipotesi di un suo adeguamento, mediante l'offerta di riconduzione a equità.

Tuttavia, in tempi recenti, autorevole dottrina ha posto in luce come l'interpretazione dell'art. 1467 c.c. e, in generale, il discorso intorno al problema del governo delle sopravvenienze contrattuali, sia suscettibile di essere ripensato, in un'ottica che abbracci, oltre alle norme del codice, le clausole generali (quali ventili dei principi costituzionali destinati a operare anche nell'ambito dei rapporti tra privati) e un'analisi empirica volta a considerare specificamente i caratteri propri della contrattazione di durata, come modello che si discosta sensibilmente da quello della contrattazione istantanea, che è alla base dell'impostazione del codice civile.

L'analisi delle dinamiche formative dei rapporti di durata consente di far emergere i peculiari interessi che le parti perseguono mediante

la contrattazione, ponendone in luce lo stretto rapporto con il carattere necessariamente solidaristico-cooperativo 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 – spinge le parti, nel determinare l'equilibrio tra le reciproche prestazioni, da un lato, a tenere in considerazione l'opportunità di evitare gli eccessivi costi transattivi necessari a predeterminare un ampio spettro di ipotesi di sopravvenienze, dall'altro, a fare affidamento sul canone della buona fede nell'esecuzione del contratto come strumento per conseguire il risultato perseguito mediante l'operazione economica posta in essere.

È proprio questo interesse fondamentale che si pone alla base della ricerca di un rimedio manutentivo, qualificabile come dovere di rinegoziare il contratto esposto a sopravvenienze perturbative, al fine di ricondurre il rapporto tra le prestazioni nell'ambito dell'alea normale del contratto medesimo.

La prima fase della ricerca si conclude, dunque, tratteggiando i principi ispiratori, la struttura e il meccanismo applicativo di un simile rimedio, che si estrinseca in una ricollocazione sistematica dell'art. 1467 c.c., che passa dall'essere norma rimediale di livello primario a clausola di salvaguardia contro l'abuso dei diritti che le parti possono vantare, a seguito dell'abbattersi delle sopravvenienze sul rapporto, nella fase di rinegoziazione del medesimo, in adempimento al generale dovere di attivarsi per tutelare il reciproco interesse alla

prosecuzione del rapporto, quale espressione del più generale dovere di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

Tale dovere di rinegoziazione, presidiato dalla clausola generale di buona fede e dall'applicabilità residuale del rimedio ablativo di cui all'art. 1467 c.c., consente di configurare una ipotesi di responsabilità contrattuale da inadempimento del dovere medesimo (cosiddetta *culpa in recontrahendo*), fonte di un diritto al risarcimento del danno quantificabile in ragione della maggiore onerosità assunta dalla prestazione e dell'art. 1227 c.c., espressione di un favore per l'atteggiamento di cooperazione tra debitore e creditore.

Tale preliminare approdo non esaurisce, tuttavia, l'esame delle ipotesi di rimedi manutentivi configurabili. Segnatamente, si rileva un crescente interesse, nella discussione dei giuristi, per rimedi che coinvolgano direttamente e in un ruolo di primissimo piano l'operato di un terzo, quale è il giudice, chiamato a intervenire sul contratto al fine di modificarlo, riequilibrandolo, per mantenerlo in vita.

Una simile impostazione emerge chiaramente nei progetti di armonizzazione del diritto dei contratti che hanno visto la luce in ambito europeo e internazionale e si lega inscindibilmente con le considerazioni evolute in ordine ai caratteri strutturali delle relazioni negoziali di durata e alla peculiarità degli interessi espressi dai soggetti in esse coinvolti.

Per approfondire dette specificità, la seconda parte della 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 analizzare più nello specifico problematiche quali l'incompletezza contrattuale, la razionalità limitata e la non onniscienza degli operatori 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, in quanto, consentendo di recuperare un adeguato grado di realismo delle premesse, conduce a considerare l'incompletezza dei contratti di durata (e dunque la possibilità che essi siano colpiti da sopravvenienze perturbative non adeguatamente prese in considerazione dagli stipulanti) quale elemento strutturale della fattispecie e non quale mera manifestazione patologica del rapporto.

Tali considerazioni si riflettono, poi, sul piano dei rimedi, i quali, sempre nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, possono costituire utili incentivi per favorire comportamenti responsabili e corretti delle parti.

La fase conclusiva della seconda parte indaga, dunque, quale sia il rimedio più adeguato ed efficiente, per il governo delle sopravvenienze contrattuali, prendendo a riferimento sia la tutela risarcitoria, sia quella giudiziale, sia quella volta a lasciare all'autonomia privata, chiamata nuovamente a esprimersi, nella

rinegoziazione, il compito di decidere la sorte del contratto. Il tutto, tenendo in considerazione il rilievo della tecnica normativa di volta in volta prescelta, nel rapporto tra disciplina imperativa e *default rule*.

Infine, nella terza parte, vengono presi in esame, più da vicino, i progetti di armonizzazione del diritto 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 farei conti, da un lato, con differenti tradizioni giuridiche, dall'altro, con le esigenze pratiche che emergono dal mercato, anch'esso sulla via dell'armonizzazione.

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, nel quale, 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), sanzionando, 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).

Un simile modello, a prima vista, parrebbe radicalmente in contrasto con l'impostazione propria del nostro ordinamento. In realtà, esso si fonda su principi noti all'esperienza giuridica italiana ed espressi nelle norme del nostro Paese; inoltre, 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 assumere per affrontare il problema del governo delle sopravvenienze: collocandosi nella prospettiva del sistema del codice civile (modellato sul contratto di scambio istantaneo ma 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, nella prima parte della ricerca, rivelano non poche assonanze con quelle in via di formazione in ambito sovranazionale, analizzate nella terza parte.

In conclusione, la ricerca ci restituisce un'immagine delle sopravvenienze contrattuali quale fattispecie problematica fisiologicamente inscritta nella struttura di una categoria di contratti (quelli di durata, per l'appunto) che impone la ricerca di rimedi secondo il paradigma della loro adeguatezza a considerare i caratteri delle relazioni contrattuali medesime e a tutelare gli interessi che i privati, mediante queste, intendono legittimamente soddisfare. 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 quelle che già stanno prendendo forma, oltre i confini degli ordinamenti nazionali.

I

*SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI E CONTRATTI DI
DURATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: ALLA RICERCA
DI UN RIMEDIO GENERALE MANUTENTIVO*

1. 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. 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.). 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.).

Dette norme, 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 di essi. 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 è ascrivibile al debitore, ma comporta 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.

Le regole di cui si è detto si riflettono sulla disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione, nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, la quale completa il quadro normativo, prendendo in considerazione gli effetti che l'esposizione della prestazione a sopravvenienze produce sulla controprestazione, allorché, quindi, l'interesse del creditore della prestazione interessata dalla sopravvenienza non si esaurisce 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 indebito (art. 1463 c.c.). 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, come si è verificato nei casi in cui, in forza di sconvolgimenti geopolitici, il creditore si sia visto vincolato da un

embargo commerciale². 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 pregiudicato³.

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.). In altri termini, il creditore della prestazione colpita dalla sopravvenienza può, alternativamente, esigere una riduzione della controprestazione da prestare, 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 ad estinguere il rapporto con effetto liberatorio (art. 1375)⁴.

² T. Genova, 11 luglio 1996, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 115, nota di Rolli; T. Trento, 10 dicembre 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, p. 853, nota di Danisi.

³ PANARELLO, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di Tommasini, Torino, 2003, p. 23.

⁴ PANARELLO, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., p. 37.

In tutti i casi sin qui considerati, dunque, è prescritta la liberazione – totale o parziale – del debitore della prestazione afflitta dalla sopravvenienza dall'obbligo risarcitorio derivante dall'inadempimento dell'obbligazione, apprestandosi, di contro, rimedi volti a garantire l'equilibrio contrattuale, salvaguardando 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, inerendo 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 tra mezzi e fini proprio dell'obbligazione di specie⁵. 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.). Nell'accezione qua 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

⁵ GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, IV^a ed., Padova, 2004, p. 63.

all'adempimento; dunque, essa 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 effetti⁶, che 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»⁷.

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. 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 contratto⁸.

⁶ MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1089 s.

⁷ RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv dir. civ.*, 1965, p. 276.

⁸ PANARELLO, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., p. 26.

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. Da modello dell'impossibilità si discosta 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. In questo tipo di sopravvenienza contrattuale, che deve essere determinata da eventi straordinari e imprevedibili non rientranti nell'alea normale del contratto, la prestazione divenuta eccessivamente onerosa rimane possibile e vincolante per il debitore, al quale è tuttavia consentito di domandare la risoluzione del contratto; risoluzione che la controparte può evitare offrendo di ricondurre l'accordo a equità, mediante una modificazione delle sue condizioni (art. 1467 c.c.). Per il caso di contratto in cui una sola parte abbia assunto obbligazioni nei confronti dell'altra, alla prima è data 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.).

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 propri 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), 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 quello del diritto a conseguire una riduzione della prestazione o una modificazione delle modalità esecutive⁹. 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 individuato, comunque, nella reazione predisposta, in relazione alle differenti fattispecie (contratti corrispettivi e non), a fronte di «un aggravio dell'impegno economico

⁹ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, in *Sopraavvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di Tommasini, Torino, 2003, pp. 121 s.

dedotto nell'affare, che supera il margine di rischio tipicamente connesso all'operazione compiuta»¹⁰, 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 variegate di alterazione dell'equilibrio sinallagmatico dovuto all'insorgere di sopravvenienze contrattuali. Tali limiti possono essere individuati, fondamentalmente, 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; per altri versi, la (mera) facoltà di formulare un'offerta di riconduzione a equità è conferita alla parte che, essendo avvantaggiata dalla sopravvenienza, ha meno interesse a riequilibrare il rapporto e, comunque, può esercitare detta facoltà in una posizione contrattuale rafforzata proprio dagli effetti pregiudizievoli che la controparte subisce in ragione della sopravvenienza¹¹. Inoltre, la disciplina codicistica in tema di

¹⁰ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., p. 126.

¹¹ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in *Soppravvenienze e*

impossibilità sopravvenuta nei contratti a prestazioni corrispettive è derogabile dalle parti che, introducendo nel regolamento contrattuale patti specifici – quali clausole di irresolubilità, 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 adottati¹².

Ipotesi non codificata ma speculare alla fattispecie dell'eccessiva onerosità sopravvenuta è quella dello svilimento della controprestazione, che si verifica allorché l'equilibrio sinallagmatico è frustrato da una diminuzione di valore della prestazione di cui la parte è creditrice tale da rendere inesigibile la prestazione dovuta da

dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale, a cura di Tommasini, Torino, 2003, pp. 503 ss.

¹² PANARELLO, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., pp. 40 ss.

quest'ultima o indebita quella dalla medesima prestata. 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 risolvere il contratto (salvo il caso di offerta di sua riconduzione ad equità) a condizione che la controprestazione svilitasi non sia stata eseguita in suo favore¹³.

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, ovvero a un pregiudizio relativo, apprezzabile solo in rapporto

¹³ AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004, p. 69.

all'interesse concreto delle parti allo scambio delle prestazioni, il cui equilibrio originario sia stato frustrato dalla sopravvenienza¹⁴.

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, la quale riguarda il valore dell'equilibrio contrattuale in una prospettiva più soggettivistica.

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, 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 inespresse. 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

¹⁴ BOSELLI, voce *Eccessiva onerosità*, in *Nss. D. I.*, VI, 1960, p. 332.

una rappresentazione mentale comune alle parti ovvero individuale ma comunque nota alla controparte – si fosse fondato il consenso¹⁵.

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 l'adempimento a interessi non contrattualmente rilevanti, in termini incompatibili con la tutela del legittimo affidamento della controparte contrattuale, così minando in radice l'utilità concreta della stessa dottrina. Tuttavia, la considerazione del presupposto in parola non risolve adeguatamente il problema del contemperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali, poiché, da un lato, la 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 contrattuale¹⁶.

Per altri versi, le incertezze sono riemerse allorché si sono poste le questioni della collocazione sistematica della teoria della

¹⁵ BESSONE, D'ANGELO, *voce Presupposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, pp. 327 e 333.

¹⁶ BESSONE, D'ANGELO, *voce Presupposizione*, cit., p. 336.

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 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 parti¹⁷; dall'altro, in ossequio al dogma dell'irrilevanza 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 contrattuale¹⁸. 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, così risultandone sacrificati tanto il residuo interesse contrattuale delle parti quanto il valore della sicurezza nei traffici commerciali.

¹⁷ MAGGILOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 875.

¹⁸ BESSONE, D'ANGELO, *voce Presupposizione*, cit., p. 327.

Neppure può accettarsi l'avvicinamento della presupposizione all'errore quale vizio della volontà, 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.)¹⁹.

Quanto, infine, all'art. 1467 c.c., occorre precisare che detta norma è dettata esclusivamente in riferimento ad avvenimenti straordinari e imprevedibili, ricavandosene 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 ipotesi²⁰.

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, 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

¹⁹ BESSONE, D'ANGELO, *voce Presupposizione*, cit., p. 340.

²⁰ BESSONE, D'ANGELO, *voce Presupposizione*, cit., p. 340.

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 fede²¹.

Avuto riguardo al tipo contrattuale prescelto dalle parti (o a quello cui si siano le medesime ispirate concludendo un contratto atipico) 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 ad 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). Alla valutazione di incompatibilità il giudice farà pertanto seguire la risoluzione del contratto e conseguentemente – non essendo il sistema degli artt. 1458, 2033 e 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 chiarito²².

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

²¹ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004, pp. 111 ss.; Cass. civ., 24 aprile 1981, n. 2452, in *Foro it.*, 1982, I, p. 34, nota di Silvestrini.

²² BESSONE, D'ANGELO, *voce Presupposizione*, cit., p. 344 e 346.

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 contrattazione²³.

1.4 – L'IPOTESI DI LAVORO E I CRITERI DIRETTIVI NELLO STUDIO DEI RIMEDI ALLE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI. Le considerazioni in precedenza evolute in ordine ai limiti intrinseci della disciplina normativa in tema di sopravvenienze – in uno con l'analisi che seguirà relativamente al fenomeno giuridico ed economico dei contratti cosiddetti di durata e alla tutelabilità dell'interesse specifico al compimento delle operazioni economiche complesse a essi sottese – rendono opportuno 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, sanzionando i comportamenti opportunistici, il mantenimento dell'accordo esposto alle sopravvenienze, riducendo lo squilibrio da queste ultime indotto tra le prestazioni nella fase esecutiva. 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.

²³ BESSONE, D'ANGELO, *voce Presupposizione*, cit., p. 345.

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 preliminari e sintetici²⁴, 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

²⁴ Cfr. *amplius*, AL MUREDEN, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, cit., *passim*.

pregiudizievoli della sopravvenienza nel frattempo prodottasi a suo danno²⁵.

²⁵ Cass. civ., 17 giugno 1983, n. 4177, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 421.

2. 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. L'esigenza di delineare strumenti rimediali in grado di assicurare il mantenimento dei contratti esposti alle sopravvenienze emerge da un'attenta analisi della fenomenologia contrattuale che si esprime nell'età contemporanea, laddove – 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 dell'importanza degli investimenti posti in essere in vista e in occasione delle negoziazioni, che vengono remunerati nel corso dello svolgimento del rapporto. In questo tipo di contrattazioni, risulta valorizzata la dimensione effettuale dell'esecuzione del contratto, rispetto a quella volontaristico-strutturale della sua conclusione²⁶.

Sulla base di tali premesse, può proporsi una prima delimitazione dell'oggetto della presente indagine, che si concentrerà sul fenomeno dei contratti di durata o a lungo termine.

²⁶ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., pp. 143 s.

Detto fenomeno esprime l'interesse dei contraenti a pianificare la loro attività economica, instaurando una relazione contrattuale²⁷, e si traduce, sul piano 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. In concreto, la relazione contrattuale di durata non si esprime, necessariamente, mediante la conclusione di un solo contratto, 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 qua 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»²⁸. Anche la più recente giurisprudenza è ricorso, del resto,

²⁷ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 1.

²⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 86.

alla teoria del collegamento negoziale per dare applicazione, in simili fattispecie, al rimedio manutentivo della rinegoziazione²⁹.

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. Tale 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 divisato dalle parti, nel dispiegarsi degli effetti del contratto stesso³⁰. Tale verifica, in ragione della durata prolungata della fase esecutiva, attiene il rapporto tra due parametri di riferimento: l'uno (fisso) dato dall'equilibrio delle prestazioni (sintesi degli interessi) emergente dal regolamento contrattuale originario; l'altro (suscettibile di mutamenti più o meno prevedibili) costituito dalle variazioni che detto equilibrio venga a subire nel tempo. Può, dunque, configurarsi una categoria di contratti "aperti", nei quali il tempo viene in considerazione non tanto

²⁹ PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 122.

³⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 164 s.

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 contratto³¹. 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 tempo³².

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 individuerebbe il tipo»³³, cosicché gli interessi delle parti

³¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 152.

³² BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015, p. 147.

³³ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 82; LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., p. 145; SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014, p. 113.

espressi nel regolamento contrattuale dovranno essere (ri)valutati avendo sempre quale parametro di riferimento la durata del contratto. 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»³⁴. 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»³⁵.

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 che le parti avevano preso a riferimento al momento della conclusione del contratto, i quali determinino un significativo squilibrio economico nel rapporto tra le prestazioni divisato 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

³⁴ SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965, p. 19.

³⁵ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 12.

programma negoziale – rispetto ai quali è ipotizzabile un rimedio legale manutentivo definibile come adeguamento del rapporto³⁶.

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 – ovverosia, 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.

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

³⁶ D’ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., pp. 493 e 496.

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 detto interesse diverrà concreto, indirizzandosi all'attuazione dello scambio medesimo³⁷. In un tale contesto, la previsione contrattuale di uno o più strumenti rimediali potrebbe rivelarsi eccessivamente costosa, sia per le conoscenze tecniche che detta attività richiede, sia per il fisiologico carattere imprevisto e, in larga parte, imprevedibile delle sopravvenienze contrattuali. 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 sono disponibili, mentre altre sono, come detto, oggetto di mere previsioni sulla futura fase di esecuzione del rapporto – e allo svolgimento delle trattative, cui si sostituiscono, successivamente, quelli relativi al controllo sull'esecuzione del rapporto. Per altri versi, il rilievo di detti costi è accresciuto dalla considerazione che gli investimenti posti in essere in vista dell'instaurazione di una relazione contrattuale complessa e durevole nel tempo si presentano tendenzialmente inconvertibili, data la loro

³⁷ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 507.

specificità (cosiddetti investimenti idiosincratici)³⁸. Tali considerazioni, che saranno specificamente approfondite, in una prospettiva di analisi economica del diritto, nel prossimo capitolo, consentono di tratteggiare le ragioni dell'incertezza caratterizzante la contrattazione di lungo periodo, sia nella fase genetica, sia in quella esecutiva.

Tuttavia, come si è rilevato, la contrattazione di durata si presenta come fenomeno economico caratterizzante importanti segmenti della moderna economia di mercato. Gli operatori economici, pur consapevoli delle intrinseche asperità di tale contrattazione, concludono sovente contratti di durata; e alla conclusione pervengono 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 detta 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. Ciò consente di

³⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 29.

deviare leggermente la nostra attenzione dal piano dei costi a quello dei valori.

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. Ciò in quanto le tipologie 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'interesse comune degli operatori economici (essenzialmente imprenditori, ma non solo) in esso coinvolti³⁹. 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,

³⁹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 56 e 58.

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 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 riferimento⁴⁰. 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 contenuti⁴¹.

Il dato interessante da fissare, in questa fase, è che l'autonomia contrattuale delle parti che intendano concludere un contratto di

⁴⁰ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 532.

⁴¹ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 18.

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, imprevedibili) di allocazione del rischio delle sopravvenienze.

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. 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 comunque 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 comunità⁴². 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.).

⁴² MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 65.

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. 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 operazione economica, come detto confidando nell'altrui buona fede quale espressione del dovere di solidarietà. Per tali motivi, appare preferibile ricostruire un sistema legale di rimedi manutentivi che possa essere attivato all'evenienza, in assenza di una disciplina specifica normativa ovvero pattizia, per preservare – ove persistente – l'interesse comune alla realizzazione dell'operazione economica, mediante l'esecuzione satisfattiva 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»⁴³.

2.3 – L'ESECUZIONE DEL CONTRATTO DI DURATA E IL RUOLO DEL PARAMETRO DELLA BUONE 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. 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 coincidenti⁴⁴ – è significativa e non casuale. Infatti, la ricerca volta a circoscrivere l'ambito di operatività di un obbligo di fonte legale di rinegoziare, secondo 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 tali contratti, come si è detto, stante gli elevati costi transattivi derivanti da un'ipotetica – e comunque incerta negli esiti – predeterminazione

⁴³ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 213.

⁴⁴ PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 17.

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. Tale scelta preliminare comporta, da un lato, che alla tipologia dei contratti di durata non pare utilmente applicabile lo schema rimediabile della ricostruzione – *ex post* – dell'ipotetica implicita volontà originaria dei contraenti circa l'allocazione del rischio connesso agli effetti di una determinata sopravvenienza; dall'altro, 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. 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 –; in secondo luogo, 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 tali 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 ed incerte indagini sull'allocazione di rischi realisticamente mai allocati e a rimettere la vicenda negoziale nella sua sede naturale, cioè nell'ambito della trattativa tra contraenti di buona fede»⁴⁵, 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 divisato 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. 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

⁴⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 309.

modalità concrete dell'adempimento dell'obbligo»⁴⁶. 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 lega⁴⁷.

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. 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 alla 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

⁴⁶ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 355.

⁴⁷ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 131.

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 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»⁴⁸.

In ragione di tali considerazioni, l'adeguamento del contratto può essere considerato quale strumento di piena attuazione dell'autonomia contrattuale espressasi nella contrattazione di durata⁴⁹, 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

⁴⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 399.

⁴⁹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 154.

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 sanzionare eventuali comportamenti opportunistici difformi dalle regole di condotta imposte dal dovere di buona fede.

3. 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; in seguito, è opportuno verificare che la configurazione di un rimedio manutentivo di ordine generale si presenti, nei fatti, necessaria ed opportuna, non potendosi realizzare la medesima funzione ricorrendo ai rimedi generali che il legislatore già appresta. A tali fini è opportuno 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 prima⁵⁰.

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

⁵⁰ PANARELLO, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, cit., p. 31.

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.), 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 mantenimento⁵¹. 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). 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, pertanto, una reazione adeguata agli effetti dalla medesima indotti nel rapporto contrattuale, il rimedio generale dell’obbligo di rinegoziazione – lungi dall’essere escluso dalla

⁵¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 203 s.

presenza di detta clausola – deve ritenersi operante proprio per salvaguardare, in concreto, l'interesse in essa espresso dalle parti in sede di stipula⁵².

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: l'art. 1664 c.c. stabilisce, per le ipotesi di sopravvenienza ivi specificamente individuate – imprevedibile variazione dei costi oltre il decimo del prezzo, difficoltà di esecuzione (geologiche, idriche e simili) non previste –, un meccanismo rimediale marcatamente difforme da quello previsto dalla regola generale (art. 1467 c.c.), che subisce pertanto una deroga da parte della *lex specialis*. In tali ipotesi – e salva l'espressione pattizia di una comune volontà contraria –, 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 contrattuali⁵³ e mantiene in vita il contratto di durata mediante la correzione dello squilibrio sopravvenuto del rischio economico. Correzione, peraltro, limitata a quanto sufficiente a far rientrare lo

⁵² D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 555.

⁵³ MUSOLINO, *Commento agli artt. 1655-1664 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, II, Milano, 2011, pp. 108 ss.

squilibrio nell'ambito dell'alea normale (la differenza che eccede il decimo).

Anche l'analisi della disciplina del contratto di somministrazione offre interessanti spunti, soprattutto a conferma di come il legislatore – allorché sia stato chiamato a regolamentare i singoli contratti di durata – abbia predisposto discipline consapevoli delle 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 – al contempo – vengono temperati 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 somministrante⁵⁴. 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

⁵⁴ BOCCHINI, *Commento agli artt. 1559-1570 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, I, Milano, 2011, pp. 190 ss.

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; mentre, nella seconda ipotesi, a fronte di un inadempimento di lieve entità da parte del somministrato, il somministrante non può sospendere l'esecuzione se non dando un congruo preavviso⁵⁵.

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). 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

⁵⁵ BOCCHINI, *Commento agli artt. 1559-1570 c.c.*, cit., pp. 225 ss.

richiesta di risoluzione dovrà comunque essere valutata dal giudice secondo le circostanze⁵⁶.

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.⁵⁷), 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 ad essi, ispirando i meccanismi di protezione dell'equilibrio sinallagmatico di volta in volta configurati, dall'altro costituiscono ipotesi tipiche e specifiche, insuscettibili di generalizzazione, peraltro in assenza di un vuoto normativo nel sistema che, per le ipotesi non specificamente disciplinate, prevede l'applicabilità del rimedio generale della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.⁵⁸.

⁵⁶ MORMILE, *Commento agli artt. 1615-1627 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, I, Milano, 2011, p. 421.

⁵⁷ LANDINI, *Commento agli artt. 1882-1932 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, IV, Milano, 2011, pp. 122 ss.

⁵⁸ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 502.

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, presenta evidenti limiti: la parte pregiudicata dagli effetti della sopravvenienza può solo chiedere la risoluzione, senza avere un diritto relativo 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 delineato dal codice pare, dunque, incompleto, esponendo – nella dialettica tra

rimedio generale e rimedi particolari – soluzioni che rischiano di rivelarsi inattuali e contraddittorie⁵⁹.

Pare, dunque, opportuno spostare l'attenzione sulla disciplina generale dei contratti, per trarre spunti utili a configurare una soluzione che ponga rimedio alla rilevata incompletezza sistematica. Occorre, a tal fine, rilevare, 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 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. 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

⁵⁹ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 514.

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 contraente⁶⁰.

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 disciplina generale dell’esecuzione del contratto secondo il parametro della buona fede e il rimedio – anch’esso d’ordine generale – 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, 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

⁶⁰ D’ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 526.

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 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.) e, soprattutto, dovrebbe essere conosciuta o conoscibile dall'altro contraente (art. 1431 c.c.); 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. 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.)⁶¹.

⁶¹ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., pp. 520 ss.

Anche la già trattata figura della presupposizione 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 contratto⁶².

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

⁶² D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 522.

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 parti⁶³, occorrendo perciò procedere a una sua vera e propria revisione.

⁶³ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., pp. 523 s.

Concentrando l'attenzione sulle conseguenze economiche delle sopravvenienze contrattuali, la situazione di vantaggio nella quale viene a trovarsi un contraente, allorché la controparte subisca gli effetti pregiudizievoli dell'evento perturbativo, potrebbe essere descritto quale arricchimento ingiustificato, in quanto l'attribuzione patrimoniale conseguente resterebbe priva di giustificazione causale: da ciò deriverebbe la possibilità di applicare l'art. 2041 c.c. alla fattispecie. Tale tesi incontra, invero, alcuni rilievi critici, in quanto, in primo luogo, imporrebbe di accettare una nozione di causa contrattuale che ricomprenda in sé anche la fase attuativa del rapporto. In secondo luogo, 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 prestazioni⁶⁴.

Il percorso sin qui tracciato, da un lato, 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; dall'altro lato, ha permesso

⁶⁴ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 528.

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 evolute 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 sanzionare i comportamenti contrari alla buona fede. In tal senso, può sin d'ora anticiparsi 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, sì, 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»⁶⁵.

⁶⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 16 s.

4. 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 e ove, a seguito della relativa istanza, la controparte non attivi il meccanismo manutentivo (eventuale) di cui al comma terzo della disposizione in commento, 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 (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. Il tema, come ovvio, porta alla luce la dialettica tra i valori dell'autonomia privata e della giustizia contrattuale. «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»⁶⁶. Il rapporto dialogico tra tali sistemi di valori è oggetto di una continua rilettura, che ha portato a sollevare 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 veicolo di repressione degli squilibri contrattuali inaccettabili, in quanto contrastanti con i parametri costituzionali – 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 statale e leggi di mercato⁶⁷; così da indurre 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»⁶⁸.

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

⁶⁶ FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, V^A ed., Rimini, 1995, rist. corretta 1997, p. 84.

⁶⁷ Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 157 s.

⁶⁸ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 138.

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), più attenti a considerare giuridicamente rilevanti la posizione e gli interessi espressi dalle parti con la contrattazione⁶⁹. Le considerazioni evolute 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 sopravvenienza – e alla realizzazione dell'operazione economica (causa concreta) che ha ispirato la sua conclusione.

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

⁶⁹ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., p. 155.

parti; esso non è la mera risultante di leggi economiche, rimanendo, comunque, distinto dall'operazione economica sottostante⁷⁰. Cionondimeno, l'osservazione del fenomeno economico della contrattazione di durata e delle peculiari problematiche che esso pone all'interprete è operazione imprescindibile: 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»⁷¹. 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 esigenze⁷².

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

⁷⁰ BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, II^a ed., Milano, 2000, p. 27.

⁷¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 69.

⁷² PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 15.

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 contratto⁷³. 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 dal rispetto degli interessi tutelati dall'ordinamento – a una fase di predisposizione delle regole negoziali atte alla realizzazione di detti interessi, nella quale un intervento correttivo, integrativo o sostitutivo pare configurabile⁷⁴, 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

⁷³ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., p. 114.

⁷⁴ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 49; SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, cit., p. 8.

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 esula 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, quali espressione, nell’ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti, del rinnovato rapporto tra il criterio direttivo della giustizia e il valore della certezza del diritto, quest’ultimo collocato 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 soggettive⁷⁵. 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 correttezza⁷⁶; tanto che non vi è dubbio che 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

⁷⁵ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l’art. 1468 c.c.*, cit., pp. 135 s.

⁷⁶ PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 50.

posto l'accento «sulla moralità che deve connotare ogni rapporto giuridico»⁷⁷.

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 porrebbe in contrasto con il principio dell'autonomia privata⁷⁸. 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 effetti⁷⁹. Tale ultima sistemazione

⁷⁷ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 157.

⁷⁸ Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 126, nota di Senofonte; in *Foro it.*, 1989, I, p. 2570, nota di Pardolesi, Di Majo e Mariconda; in *Banca Borsa*, 1989, II, p. 537; in *Giur. It.*, 1990, I, 1, p. 1137 nota di Valignani.

⁷⁹ Cass. civ., 20 aprile 1984, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159, nota di Morelli; Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Obbl. e Contr.* (online), 2009, nota di Rubino; in *Contratti*, 2009, p. 1009; *Ivi*, 2010, p. 5, nota di D'Amico; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, 3, 1, p. 231; in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 6, p. 653, nota di Panetti; in *Danno e Resp.*, 2010, p. 347, nota di Mastrorilli; in *Giur. It.*, 2010, p. 556, nota di Monteleone e Scaglione; *Ivi*, 2010, p. 809, nota di Salerno; in *Corr. Giur.*, 2011, 1, p.

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'ordinamento⁸⁰, 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 –; 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 contratto⁸¹. Su tali basi potrà essere proseguita la ricerca, trattando più specificamente del dovere di rinegoziare, secondo buona fede, il contratto a lungo termine investito dalla 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 buone fede, riferendosi

109 nota di Cenini e Gambaro; in *Foro It.*, 2010, 1, 1, p. 85, nota di Palmieri e Pardolesi; in *Obbl. e Contr.*, 2010, p. 172, nota di Orlandi.

⁸⁰ PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 89.

⁸¹ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 47.

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 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 contratto⁸². 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, v. ad es. art. 1664, u.c., c.c.). 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

⁸² CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, p. 29.

gli interessi sottostanti», così ricostruendo – in via ermeneutica – la regola privata nella sua completezza⁸³.

4.2 – GLI OBBLIGHI DELLE PARTI IN VISTA DEL MANTENIMENTO DEL CONTRATTO. La ricerca di un fondamento positivo 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 pattuite⁸⁴. Un efficace rimedio manutentivo dovrebbe salvaguardare il primo interesse, senza sacrificare irragionevolmente il secondo, ponendosi quale ulteriore strumento di espressione dell'autonomia contrattuale delle parti, senza che risulti sacrificata 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

⁸³ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 161, 169 e 200.

⁸⁴ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 509.

vicende giuridiche modificative del rapporto contrattuale le quali, dunque, intervengono successivamente alla conclusione del contratto⁸⁵; 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) si rivelino inadeguati, sia fondando un vero e proprio principio generale di adeguamento del contratto, cui le parti dovrebbero attenersi nella

⁸⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 10.

fase esecutiva, sia consentendo un intervento correttivo del giudice che, in posizione concorrente con l'autonomia contrattuale, determini una riduzione della sproporzione tra le prestazioni⁸⁶. 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 rapporto⁸⁷. In quest'ottica, il rimedio della revisione esprime la propria utilità in senso teleologico, quale alternativa alla rimozione del rapporto che consente di soddisfare il programma degli interessi fissato originariamente tra le parti, mediante l'esecuzione dell'accordo mantenuto vigente tra le stesse, ricalibrando i reciproci diritti e obblighi in considerazione dello squilibrio indotto dalla sopravvenienza⁸⁸.

Riassumendo: anche a fronte dei rimedi revisionali specificamente previsti dal legislatore, con riguardo a specifici tipi contrattuali, può individuarsi un obbligo generale di contrattare in buona fede la

⁸⁶ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., p. 140.

⁸⁷ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 146 s.

⁸⁸ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., p. 149.

revisione del rapporto squilibrato dalle sopravvenienze contrattuali, fondato sul dovere di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., riletti alla luce del principio solidaristico affermato nell'art. 2 Cost.⁸⁹. 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 estrema ed eccezionale, 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, può intravedersi 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

⁸⁹ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 537.

conservare e realizzare gli interessi fondamentali manifestati dai contraenti nel programma negoziale⁹⁰.

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

⁹⁰ LO GULLO, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, cit., p. 150.

poiché gli è concesso di neutralizzare l'eventuale domanda giudiziale di risoluzione del contratto attraverso un'offerta di riconduzione ad equità»⁹¹, 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»⁹².

Il rimedio revisionale presenta, dunque, caratteri specifici che possono essere individuati, sinteticamente, in: (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

⁹¹ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 539.

⁹² BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 203.

scaturente; (b) la fonte legale dell'obbligo di 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 specifica di allocazione del rischio della sopravvenienza, sia in presenza di un regolamento contrattuale dalle parti consapevolmente sviato dal tipo commutativo a quello naturalmente aleatorio⁹³.

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 adempiuto allorché le parti abbiano cooperato nell'instaurazione e conduzione – secondo correttezza e buona fede – della trattativa funzionale alla modificazione e al mantenimento del contratto⁹⁴. Tale obbligo generale è suscettibile di specifiche concretizzazioni, a seconda della prospettiva di osservazione: ponendo attenzione alla posizione del contraente svantaggiato, esso si espliciterà – ad esempio – nel dovere di informare compiutamente la controparte degli elementi

⁹³ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 544.

⁹⁴ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 343 s.

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, anzitutto, 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: infatti, come si è detto, la rinegoziazione si legittima in ragione dell'autonomo rilievo dell'interesse alla conservazione del rapporto⁹⁵ che, di volta in volta,

⁹⁵ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 563.

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»⁹⁶ 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 prerequisiti, 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 fornendo tutte le informazioni utili a dimostrare il carattere rilevante della sopravvenienza e, quindi, gli

⁹⁶ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 240.

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 affetta dagli effetti perturbativi della sopravvenienza, un'obbligazione "di mezzi", costituita dal dovere di rinegoziare secondo buona fede le condizioni del contratto, al fine di ricondurre tali effetti nell'alea normale di questo⁹⁷. Nell'adempimento dell'obbligo di rinegoziare si dovrà aver riguardo al parametro della buona fede 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.

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,

⁹⁷ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., pp. 556 ss.

si privilegia l'intervento delle parti – nell'esercizio della propria autonomia negoziale – per adeguare il contratto alle mutate condizioni; mentre l'intervento del giudice è lasciato in secondo piano. 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; mentre, 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 comportamenti opportunistici in sede di rinegoziazione secondo buona fede. Il giudice potrebbe, infatti, tanto rigettare la domanda di risoluzione – valutando non sussistenti 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 rapporto⁹⁸.

Una valutazione consapevole di tali aspetti ci viene dalla giurisprudenza nordamericana in tema di *impracticability*⁹⁹, 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, in assenza di un loro accordo in tal senso, l'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 rinegoziazione¹⁰⁰.

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

⁹⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 269.

⁹⁹ *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, 499F. Supp. 53, p. 72 (W.D. Pa. 1980), trad. it. in *Foro it.*, 1981, IV, p. 363.

¹⁰⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 288.

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 giudice¹⁰¹. Essa va valutata muovendo dall’indagine sull’alea normale del contratto, che deve prendere in considerazione non solo l’assetto originario degli interessi delle parti, ma anche «l’aspetto dinamico ed attuale del contratto»¹⁰², 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

¹⁰¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 265 s.

¹⁰² MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 273.

determinativi e-o integrativi del contenuto dell'offerta. Ciò, in quanto – oltrepassando le timide aperture¹⁰³ e nette chiusure¹⁰⁴ da parte della giurisprudenza e privilegiando un'osservazione empirica dei rapporti a lungo termine e dei relativi meccanismi convenzionali di

¹⁰³ Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro It.*, 1990, I, p. 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, dichiara 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 inidonea a far cessare l'eccessiva onerosità, deve necessariamente pronunciarsi, integrando l'offerta sulla base degli elementi di giudizio già acquisiti al processo».

¹⁰⁴ 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 ad 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 ed 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 ad 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».

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 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 parte¹⁰⁵.

Una tale sistemazione non pare, del resto, 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

¹⁰⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 287 ss.

originariamente fissato, si è reagito non già decretando l'invalidità del contratto, bensì attivando meccanismi di riequilibrio del rapporto sinallagmatico tra le prestazioni¹⁰⁶. 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 – fissando un prezzo inferiore a quello pattuito con il preliminare – come un legittimo intervento riequilibrativo delle contrapposte prestazioni¹⁰⁷.

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 buone fede. Infatti, è bene chiarire che l'obbligo di rinegoziare nasce dal contratto e ne costituisce parte integrante, dimodoché il suo inadempimento costituisce inadempimento del contratto originario¹⁰⁸. Ne consegue che, se il contraente gravato

¹⁰⁶ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 98.

¹⁰⁷ Cass. civ., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, p. 3236.

¹⁰⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 402.

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 vincolato 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, comma 3, c.c.), oltreché (sempre ove richiesto) il risarcimento del danno connesso al ritardato adempimento dell'obbligo di rinegoziare il contratto secondo buona fede¹⁰⁹.

Per altri versi, a fronte di una situazione economicamente incongrua rispetto alle pattuizioni originarie, il rifiuto della parte

¹⁰⁹ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., pp. 566 ss.

avvantaggiata di rinegoziare il contratto secondo buone fede si espone alla censura di responsabilità rilevante, oltretutto 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»¹¹⁰, 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; allorché, 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 quest'ultimo 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

¹¹⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 324.

bilanciamento dei medesimi guidato, per l'appunto, dal criterio della buona fede¹¹¹.

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 fede¹¹²; e nella valutazione e quantificazione del relativo, assume particolare rilevanza il principio stabilito dall'art. 1227 c.c., laddove il legislatore, dimostrando un chiaro favore per l'atteggiamento cooperativo della parti, sanziona i comportamenti colposi (o, nel nostro caso, opportunistici) del creditore¹¹³.

¹¹¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 397.

¹¹² MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 401, che parla di "*culpa in recontrahendo*".

¹¹³ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 414.

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*

1. 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 nel primo capitolo, 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 opportunistiche¹¹⁴, nei termini che saranno meglio chiariti nel prosieguo della trattazione.

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. Tale ultimo aspetto, tuttavia, rileva su di un piano di efficienza allocativa del

¹¹⁴ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, p. 79.

contratto e, più precisamente, di efficienza distributiva interna¹¹⁵. 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.

Tali compiti si presentano fondamentali e ineludibili, anche in quanto focalizzando l'attenzione sui fattori (oggetto di specifica discussione, nei successivi paragrafi) 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»¹¹⁶. Dunque, il diritto – come testimoniano le considerazioni svolte nel primo capitolo 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 trovano espressione. Come si è osservato, infatti, «la rigidità della legge e la discrezionalità del

¹¹⁵ DI CIOMMO, *Contratto e mercato*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, vol. I, Bologna, 2014, p. 569.

¹¹⁶ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 215 s.

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»¹¹⁷.

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 stesso¹¹⁸ (es. libera concorrenza) e la predisposizione di regole adeguate.

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

¹¹⁷ ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, p. 55.

¹¹⁸ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 50 s.

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 qualitativa¹¹⁹. 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 fondamentali della persona 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 efficienti¹²⁰.

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 esigenze di tutela dell'efficacia del contratto, da un lato, e, dall'altro, di promozione dell'efficienza del mercato, spostando il

¹¹⁹ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 62.

¹²⁰ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 19.

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 pone 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 finali¹²¹.

Nelle successive fasi della ricerca, l'attenzione sarà concentrata più 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 sulle sopravvenienze e il ruolo delle clausole generali che, sotto il profilo giuridico, possono essere ricondotti a matrici differenti, dal punto di vista economico paiono ricollegabili alla medesima funzione di offrire risposte ai costi di contrattazione segnalati dalla teoria economica¹²².

¹²¹ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 319.

¹²² BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 102.

2. 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, fondamentale nella ricerca di rimedi adeguati alle peculiari problematiche di cui si tratterà più oltre. Secondo il modello economico tradizionale, conforme all'impostazione liberistica 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 inadempiente¹²³.

¹²³ NICITA, SCOPPA, *Contratti e teoria economica. Un'introduzione*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, pp. 17 ss.

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 egoistiche; e ciò fanno in un contesto caratterizzato da asimmetrie informative – non perfetta conoscenza dell'affidabilità della controparte, delle qualità dei beni scambiati, ovvero dei rischi connessi alla contrattazione – e razionalità limitata (non onniscienza) 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 – che 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, 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. 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 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 rimediale – 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 verrà effettivamente adottato dalle parti sarà quello che consenta, nel modo più efficiente, di evitare i rischi dell'opportunismo e di minimizzare i costi di transazione¹²⁴. 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. In primo

¹²⁴ NICITA, SCOPPA, *Contratti e teoria economica. Un introduzione*, cit., p. 23.

luogo, a detti costi debbono ascrivere quelli sopportati per la ricerca di un *partner* interessato allo scambio (cosiddetti costi di ricerca), che variano a seconda della specificità dei beni o servizi oggetto della futura relazione economica. Poi, i cosiddetti costi di negoziazione, 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*)¹²⁵. 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 se il costo della sua redazione è inferiore ai benefici attesi, in relazione alla valutazione da esse condotta relativamente alla probabilità della medesima circostanza; in caso contrario, opteranno per una clausola generica che mantiene la circostanza (ad esempio il prezzo di un materiale) osservabile dalle parti, ma la rende non più agevolmente verificabile da parte del terzo-giudice¹²⁶. In ragione di tali considerazioni, si

¹²⁵ PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015, p. 42.

¹²⁶ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 69 s.

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)¹²⁷. Infatti, in una prospettiva economico-giuridica, l'allocazione esplicita del rischio contrattuale 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; sicché i contratti più efficienti si presenteranno, giocoforza, imperfetti (incompleti), se non altro nella valutazione e attribuzione dei rischi più remoti¹²⁸.

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

¹²⁷ CLERICO, *Analisi economica del contratto*, Milano, 2008, p. 261.

¹²⁸ Macario, *Soppravvenienze e rischio contrattuale*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, vol. I, Bologna, 2014, p. 899.

l'ipotetica volontà iniziale delle parti quale criterio discretivo, nella distribuzione degli effetti pregiudizievoli degli eventi perturbativi sopravvenuti. Infatti, secondo il criterio del contratto ipotetico, di fronte alla 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. 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 meccanismo assicurativo (cosiddetto *superior risk bearer*). Ne deriva la regola generale in base alla quale la parte colpita dall'evento perturbativo imprevisto può liberarsi dalle proprie obbligazioni solo se la controparte poteva prevenire detto evento o assicurarsi a un costo inferiore¹²⁹. 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: 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

¹²⁹ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 116 ss.

fatti, la regola più efficiente¹³⁰; 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, ovvero sia applicando i termini iniziali (del contratto incompleto) senza tener conto del mutato scenario frutto delle sopravvenienze (come se il contratto fosse completo). 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»¹³¹.

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

¹³⁰ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 124 ss.

¹³¹ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 136 ss.

dell'incompletezza 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. L'incompletezza giuridica va tenuta distinta, inoltre, da quella economica, che si identifica nella mancata iniziale considerazione di una circostanza idonea e incidere sui guadagni attesa 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 sopravvenuta¹³², 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.

¹³² BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 71 s.

3. 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 nel primo capitolo, può osservarsi che, nell'ambito del contratto di durata, la significativa frequenza delle transazioni può determinare una trasformazione fondamentale del rapporto contrattuale, dimodoché quello che precedentemente poteva essere descritto come uno scambio tra contraenti autonomi diviene una sorta di monopolio bilaterale, 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 rapporto¹³³. Come si è osservato, nei contratti di lungo periodo, la 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»¹³⁴.

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 di 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. 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

¹³³ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., pp. 232 s.

¹³⁴ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 134.

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 rinvergono nei contratti a esecuzione istantanea, ciò rilevando 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 clausola¹³⁵, come si vedrà alla fine del presente capitolo.

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 rilievo¹³⁶, anche in considerazione delle particolari sinergie che, nella fattispecie, caratterizzano il rapporto tra le parti.

In precedenza, abbiamo messo in relazione l'incompletezza contrattuale con i costi transattivi. Ampliando il discorso, è ora

¹³⁵ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 93 ss.

¹³⁶ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 145 s.

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, 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 medesimo¹³⁷. 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

¹³⁷ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 91.

reciprocità e di giustizia distributiva, che possono favorire il rispetto dell'accordo anche quando tale scelta si pone in contrasto con l'interesse privato di una parte¹³⁸.

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 quel contratto i cui termini sono osservabili dalle parti contrattuali ma non verificabili ed eseguibili, in via forzosa, da terzi (es. giudice), nel caso in cui sorgano controversie. L'incompletezza del contratto, sotto il profilo della sua eseguibilità forzosa, può incentivare comportamenti opportunistici da parte 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 vincolanti, sempre rinegoziabili e poco credibili¹³⁹. Tali considerazioni inducono a riflettere sull'incidenza degli investimenti specifici effettuati dalle parti che intendano vincolarsi a una relazione contrattuale di durata,

¹³⁸ CLERICO, *Analisi economica del contratto*, cit., p. 288.

¹³⁹ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., pp. 197 ss.

intendendo la specificità dell'investimento come il grado di riutilizzabilità di una determinata risorsa in impieghi alternativi, senza che ciò comporti una diminuzione del suo valore o significativi costi di adattamento; e definendo "quasi rendita" 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 contratto¹⁴⁰, 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 che, anche su di un piano economico, dunque, la soluzione prescritta dall'art. 1467 c.c., nella sua interpretazione letterale, si rileva 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.

¹⁴⁰ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., p. 201.

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 rimediale 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 quale entrambi presentano indubbi vantaggi. Infatti, la rigidità contrattuale (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, essa rischia di ostacolare forme di adeguamento efficiente del rapporto, inducendo nuove forme di opportunismo, che sarebbero invece evitabili mediante un modello flessibile, votato alla rinegoziazione *ex post* delle condizioni contrattuali. Può, 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 rigidità¹⁴¹.

¹⁴¹ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., pp. 215 ss.

Le osservazioni sin qui svolte, in termini generali, possono essere esemplificate, richiamando il già citato caso *Aluminum vs. Essex*¹⁴², 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. In sede di contrattazione, poiché la scelta di Essex di localizzare i propri impianti vicino a quelli di Alcoa avrebbe potuto indurre futuri comportamenti opportunistici di quest'ultima, che avrebbe potuto incrementare i costi di vendita del prodotto, reintroducendovi i costi di trasporto, logistica e stoccaggio risparmiati da Essex rispetto al rapporto con i concorrenti di Alcoa, Essex richiese l'inserimento nel contratto a lungo periodo (ventuno anni di durata, tra il 1967 e il 1988) di un meccanismo fisso di determinazione del prezzo del prodotto semilavorato, che avrebbe in pratica azzerato la discrezionalità di Alcoa nella determinazione di detta variabile, assicurandone una tendenziale stabilità. 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

¹⁴² *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.

un profitto netto, assicurato dalla stabile copertura dei costi di produzione, Alcoa inserì un meccanismo di indicizzazione di ciascuna voce di costo. In particolare, la parte di prezzo destinata a coprire i costi diversi 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.

Successivamente, i costi di altri *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) determinò un rilevante incremento dei prezzi pagati per l'approvvigionamento energetico; inoltre, l'introduzione delle prime misure di contrasto all'inquinamento generò ulteriori imprevisti costi di produzione. Per tali ragioni, lo scostamento tra la crescita dell'indice di riferimento (WPI-IC) e l'aumento dei costi diversi sopportati da Alcoa – mantenutosi costantemente, nel tempo, entro percentuali ragionevoli – assunse proporzioni eclatanti, con un aumento superiore al 100%. In tal modo, il prezzo di vendita, determinato sulla base del visto 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 del contratto cui la medesima si era vincolata. 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 4 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 3 centesimi di dollaro per libbra, dimodoché il profitto netto avrebbe potuto oscillare tra 1 e 7 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, e preteso l'inserimento di un tetto massimo (*ceiling*) oltre il quale il prezzo non avrebbe, comunque, potuto spingersi.

La motivazione, sull'impulso delle domande dell'attrice, ha preso a riferimento le dottrine dell'errore, dell'*impracticability* e della *frustration of purpose*. In punto di diritto, in sintesi, il giudice ha evidenziato come tutte e tre le menzionate dottrine conducano alla liberazione del debitore dall'obbligo di eseguire la prestazione, quando un presupposto assunto come fondamentale dalle parti risulti *latu sensu* pregiudicato, determinando un significativo squilibrio nel valore dello scambio.

Su tali premesse, la pronuncia ha evoluto 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 indagandone 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 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 alla 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; mentre 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. Esemplicando, 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 invalidare il contratto allorché l'oggetto rivelerà l'una o l'altra natura. Al contrario, nel caso dell'errore comune, le parti contratteranno sulla base del presupposto comune che l'oggetto compravenduto è 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 quella se le parti fossero a conoscenza dell'incertezza caratterizzante un elemento fondamentale del contratto, ma se esse avessero creduto che detta incertezza fosse

effettivamente rientrante in un determinato intervallo (*range*), tale da rendere estremamente improbabili esiti comportanti uno squilibrio del rapporto esorbitante il rischio consapevolmente assunto da ciascuna parte. Si è visto, in precedenza, come Alcoa avesse negoziato la clausola di indicizzazione con l'obiettivo, noto alla controparte, di garantirsi un profitto netto (4 centesimi di dollaro per libbra), accettando una contenuta e ben determinata oscillazione del prezzo di vendita (± 3 centesimi per libbra), valendo ciò ad escludere un'assunzione, da parte di quest'ultima, del rischio della sopravvenienza poi verificatasi in concreto e tela da incidere in termini essenziali 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; ciò in quanto 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 1 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'appropriata 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 terzo giudice. 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 literalità 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.

4. 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 della fattispecie 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.

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 sinallagmatico¹⁴³. 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

¹⁴³ Macario, *Sopravvenienze e rischio contrattuale*, cit., p. 902.

governare le dispute contrattuali, nelle ipotesi in cui – per aver ritenuto 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 insorta¹⁴⁴. 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 contratto¹⁴⁵, ipotesi adeguatamente rappresenta, in termini esemplificativi, dal caso analizzato nel paragrafo precedente.

¹⁴⁴ PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., pp. 75 s.

¹⁴⁵ Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Giur. It.*, I, p. 672; in *Foro it.*, I, p. 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 ad 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.

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 investito dalle sopravvenienze contrattuali 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 parti¹⁴⁶. Risulta evidente, dunque, la necessità di poter svolgere l'attività di interpretazione e, eventualmente, di integrazione del contratto avendo comunque a disposizione un meccanismo rimediale 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*, di stampo economico e di derivazione anglosassone, non può essere accomunata con leggerezza al concetto di norma dispositiva. Infatti, mentre nel

¹⁴⁶ SCOPPA, *Asimmetrie informative, contratti e incentivi*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 30.

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. Una ulteriore precisazione può essere svolta con riguardo al ruolo dell'autonomia delle parti nell'applicazione della *default rule*, in ragione della vista 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 dispositiva¹⁴⁷. Le *default rules* non sono classificabili, quindi, come norme imposte dall'ordinamento secondo equità o giustizia, 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

¹⁴⁷ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 104 ss.

circostanze (regole *implied in fact*) e quelle sottratte alla disponibilità delle parti (regole *implied in law*)¹⁴⁸.

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. 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, 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», ovverosia

¹⁴⁸ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 109.

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); mentre, nel caso contrario – quando, cioè, i costi transattivi superino il valore della clausola e l'incompletezza contrattuale risulti inevitabile –, non essendovi ragione di penalizzare i contraenti, si dovrebbe preferire un'interpretazione del regolamento contrattuale più attenta ai dati extratestuali¹⁴⁹ e alle circostanze di fatto come modificatesi nel tempo. Tale ultima osservazione appare di rilievo, con riguardo ai contratti relazionali di lungo periodo, caratterizzati, da un lato, da elevati costi transattivi, ma, dall'altro, da un'elevata probabilità di errore nella valutazione degli elementi extratestuali¹⁵⁰. Tuttavia, l'approccio più attento alle dinamiche relazionali si rivela comunque preferibile, in quanto, in una prospettiva generale, 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; mentre, in un'ottica maggiormente incentrata sulla singola relazione negoziale, tale approccio scoraggia i comportamenti opportunistici

¹⁴⁹ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 200 s.

¹⁵⁰ POSNER, *Parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principle of contractual interpretation*, 146 *U. Pa. L. Rev.* 533 (1998), pp. 557 s.

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 contratto¹⁵¹.

Quale conclusione preliminare, può, dunque, osservarsi come – nella particolare ipotesi problematica in esame e al di là della predisposizione di una regola di *default* e del possibile 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*¹⁵².

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 delle sopravvenienze contrattuali, ponendo in luce

¹⁵¹ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 207 ss.

¹⁵² 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, p. 36; TRIMARCHI, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in *International review of law and economics*, 1991, 11, p. 66.

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*) 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*) è volta a prevenire (mediante un ordine giudiziale) una futura attività illecita, senza il consenso del titolare del diritto. 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 corrispettivo¹⁵³, mimando – dunque – 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

¹⁵³ PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., pp. 49 s.

expectation damages (assegnando al promissario l'equivalente della prestazione promessa), 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), dei *restitutory damages* (che sanzionano l'inadempimento imponendo la restituzione del vantaggio – ulteriore rispetto alla mancata esecuzione della prestazione promessa – conseguito dalla parte inadempiente), nonché sulla nuova figura dei *disgorgement damages*, dalla natura quasi-punitiva, la quale, imponendo all'inadempiente di riversare (*disgorge* significa, nel lessico colloquiale, vomitare) i profitti conseguiti nella propria attività, può addirittura eccedere l'ammontare dei benefici conseguiti con lo specifico inadempimento. 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 consente una pronta traduzione in termini quantitativi ovvero non sia possibile attivare una misura legale di danni¹⁵⁴.

¹⁵⁴ PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., pp. 80 ss.

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, infatti, si riflette anche sul piano dei costi transattivi, in quanto 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 ricchezza¹⁵⁵. 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.

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

¹⁵⁵ PARDOLESI, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, cit., p. 116.

(dottrina dell'*efficient breach*)¹⁵⁶, 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) 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 una 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 basato non solo sull'equivalente della prestazione promessa, ma che tenga altresì conto dell'aspettativa di guadagno del promissario. Tuttavia, al fine di incoraggiare, altrettanto, la cooperazione del promissario in vista dell'adempimento – anche mediante la rinegoziazione del contratto – andrebbero

¹⁵⁶ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., p. 222.

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; investimenti 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»¹⁵⁷. 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

¹⁵⁷ CLERICO, *Analisi economica del contratto*, cit., pp. 250 s.

giudice, di ridurre la penale manifestamente eccessiva svolge una funzione incentivante della 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 medesima¹⁵⁸. 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 negoziazione successiva alla conclusione del contratto, per riequilibrare il rapporto economico tra le prestazioni, alterato dagli eventi perturbativi sopravvenuti. Il tema della rinegoziazione e del

¹⁵⁸ DI CIOMMO, *Contratto e mercato*, cit., p. 576.

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, dunque, 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»¹⁵⁹. 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 riflettono 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

¹⁵⁹ CLERICO, *Analisi economica del contratto*, cit., p. 257.

negoziiazione (e di rinegoziiazione), a realizzare investimenti subottimali, 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 rinegoziiazione da parte del giudice, le parti possono essere portate a ritenere maggiori i benefici di un contratto più complesso rispetto ai suoi costi transattivi¹⁶⁰.

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 rinegoziiazione 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 rinegoziiazione dovrebbe consentire di tenere conto delle circostanze sopravvenute e, allo stesso tempo, incentivare ciascuna parte a effettuare investimenti a livello ottimale¹⁶¹. Sotto questo profilo, come si vedrà, la selezione di una regola di *default* in grado di trasmettere alle parti gli adeguati incentivi, e destinata a operare in combinato con il dovere di rinegoziiazione e l'eventuale e

¹⁶⁰ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 75 ss.

¹⁶¹ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 84 ss.

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 nella rinegoziazione del contratto esposto a sopravvenienze. 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, ad esempio attribuendo, mediante l'imposizione di penali o la richiesta di depositi iniziali infruttiferi a una parte, l'intero potere contrattuale, nell'ambito della rinegoziazione, all'altra parte: questa, 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'accordo¹⁶².

Nondimeno, la ricostruzione di un meccanismo rimediabile di portata generale può incentivare e influenzare sia la predisposizione,

¹⁶² BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 88 ss.

da parte dei contraenti, 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, perseguendo, al contempo, la riduzione dei costi di rinegoziazione, che sono costi transattivi, legali, giudiziali, nonché, eventualmente, quelli connessi all'adozione di un rimedio inefficiente¹⁶³, che potrebbero nel loro complesso portare 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 simile scambi.

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

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

¹⁶³ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 144.

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 mercato¹⁶⁴.

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, in quanto egli, fino al passaggio in giudicato della sentenza di risoluzione¹⁶⁵, è ammesso a formulare l'offerta di riconduzione a equità, anche in via subordinata rispetto alle difese volte a contrastare la domanda di risoluzione¹⁶⁶.

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; dall'altro lato, ogniqualvolta i limiti alla

¹⁶⁴ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 146 s.

¹⁶⁵ GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, nel *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, vol. I, tomo 2, II^a ed., Torino, 2006, p. 1809.

¹⁶⁶ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 150.

verificabilità delle circostanze sopravvenute lascino intravedere a una delle parti un vantaggio nella negoziazione, la funzione sanzionatoria 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 parola¹⁶⁷. Tali rilievi andranno tenuti presenti, allorché si prenderanno in esame le soluzioni adottate nel contesto internazionale ed europeo, nel faticoso processo di armonizzazione del diritto dei contratti.

Ciò che emerge, comunque, dalle presenti considerazioni è che la previsione, nell'ambito di un meccanismo rimediale volto a governare gli effetti distorsivi 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 sanzionatoria 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

¹⁶⁷ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 149 s.; Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, cit.

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 triplice prospettiva, prendendo a riferimento, *in primis*, la sua rispondenza al grado di propensione al rischio 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*); 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 garanzie¹⁶⁸.

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) quello del *cheapest risk avoider* (la parte in grado, al minor costo, di intraprendere iniziative volte a ridurre il rischio delle sopravvenienze)¹⁶⁹. Tuttavia, nell'ottica dell'individuazione di una regola legale, non può essere trascurato il rilievo dei costi transattivi che, come si è detto, spesso rendono più efficiente concludere un contratto incompleto, che non contempli una regola per l'allocatione 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

¹⁶⁸ CENNI, LUPPI, PARISI, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., pp. 38 ss.

¹⁶⁹ CENNI, LUPPI, PARISI, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., pp. 45 s.

remota; cosicché – 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. Per tale motivo, molti ordinamenti prediligono, quale rimedio legale *ex ante*, quello ablativo (scioglimento del contratto). In ragione delle considerazioni evolute, però, 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 inattuali¹⁷⁰.

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

¹⁷⁰ CENNI, LUPPI, PARISI, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., pp. 50 s.

della conclusione del contratto, le parti li abbiano considerati una conseguenza probabile dell'inadempimento. La regola affermata dalla Court of Exchequer¹⁷¹, limitando il risarcimento dei danni consequenziali, incentiva i creditori a condividere le informazioni relative alle conseguenze dell'avverso inadempimento e, al contempo, incoraggia i debitori ad adottare adeguate misure per ridurre il rischio di inadempimento, prevenendo le perdite connesse al risarcimento di tale tipologia di danni¹⁷². 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, 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 controparte¹⁷³. Ancora una volta, le scelte dell'autonomia privata e le regole di fonte legale paiono destinate a dialogare strettamente, come

¹⁷¹ *Hadley v. Baxendale*, Court of Exchequer, 9 Ex. 341, 1956 Eng. Rep. 145 (1854).

¹⁷² Ayres, Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rule*, 99 *Yale L. J.* 87, 120 (1989), pp. 101 ss.

¹⁷³ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 164 ss.

testimoniano le disposizioni predisposte in ambito comunitario, di cui si tratterà nel prosieguo.

III

*LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NEI PROGETTI DI
ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO DEI CONTRATTI*

1. 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 affliggano, 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 rilevanti, 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*»¹⁷⁴.

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

¹⁷⁴ HONDIUS, GRIGOLEIT *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, in Hondius and Grigoleit (edited by), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge, 2011, p. 3.

ulteriormente il discorso attorno alla selezione di un adeguato rimedio manutentivo.

La preesistente 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). Infatti, in una prospettiva europea, da un lato, si può osservare che 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 prerequisito dell'autonomia negoziale e della responsabilità contrattuale, imponga di limitare l'accesso ai predetti rimedi, secondo criteri rigorosi¹⁷⁵. 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 negoziale¹⁷⁶.

¹⁷⁵ HONDIUS, GRIGOLEIT *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., p. 3.

¹⁷⁶ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 201.

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*, deviano dal modello prescelto dal codice 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, esprimendo la tendenza alla conservazione dell'equilibrio contrattuale divisato dalle parti anche a fronte di circostanze perturbative sopravvenute che, frustrandolo, non giustifichino tuttavia il rimedio estremo ablativo¹⁷⁷.

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 – e che si esprime nelle dottrine dell'interpretazione "costruttiva" del contratto, volta a esplicitarne i termini impliciti, dell'errore,

¹⁷⁷ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 146 s.

dell'impossibilità della prestazione e della cosiddetta *lesio enormis* – la problematica delle sopravvenienze contrattuali è affrontata più sotto il profilo della ricerca dell'ipotetica volontà (inespressa) delle parti, 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 riassumerne le tesi della *doctrine of frustration*, della *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, della *doctrine of assumptions* e la dottrina della clausola *rebus sic stantibus* – affrontando il conflitto tra il dato letterale intrinseco del contratto e i suoi effetti estrinseci, configura una 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 positivo¹⁷⁸.

Delle dottrine ascrivibili all'impostazione non convenzionale, è utile fornire una panoramica definitoria¹⁷⁹. 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

¹⁷⁸ HONDIUS, GRIGOLEIT *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., p. 6.

¹⁷⁹ HONDIUS, GRIGOLEIT *Introduction: an approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances*, cit., pp. 7 s.

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 inesequibile in virtù del fatto che le circostanze nelle quali la prestazione è richiesta renderebbero detta prestazione differente da quella promessa in contratto. *Non haec in foedera veni*. Non era questo ciò che ho promesso di fare»¹⁸⁰.

La dottrina tedesca della *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ("caduta" o "venir meno del fondamento negoziale"), di ispirazione dottrinarie e recepita dalla giurisprudenza, prima, e dal BGB, a seguito della riforma del diritto delle obbligazioni (*Schuldrechtsreform*) del 2002, 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

¹⁸⁰ Lord Radcliffe, in *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council*, 1956, libera traduzione.

materiale e riconoscibile dall'altra parte – sia detta circostanza precedente alla conclusione del contratto (errore) o sopravvenuta –, può sciogliere il contratto, ovvero quest'ultimo può essere adeguato dal giudice.

Infine, la dottrina spagnola e slovena che fa leva sulla *clausula rebus sic stantibus* affronta il tema delle sopravvenienze contrattuali nella prospettiva dell'eccessiva onerosità (Spagna), ovvero della fondamentale alterazione dell'equilibrio tra le obbligazioni (Slovenia).

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, 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». Parallelamente, in ambito europeo, si registra 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 economici¹⁸¹.

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

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

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

¹⁸¹ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 158 e 213.

conservare il contratto. La dichiarazione inibisce l'instaurazione del giudizio per un termine di sei mesi, salvi i provvedimenti urgenti; e la controparte, al verificarsi dell'evento sopravvenuto, può chiedere al debitore di dichiarare, entro un termine massimo di sessanta 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 sessanta 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 predisposto un modello di *hardship clause*, 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 ragionevole 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 nei *Principles of european contract law* (PECL), redatti dalla Commissione sul diritto europeo dei contratti o Commissione Lando. 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 del 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 fosse 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 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 conforme 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). 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 conseguire 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 in tanto in quanto non conducano a conseguenze irragionevoli per la parte che assume la maggior parte di detto rischio, e che le stesse non possono 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*) e in parte ispirato ai PECL, prende 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 ad 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 rimediale 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) dedicata alla figura dell'*hardship*, quale fondamentale alterazione dell'equilibrio contrattuale, 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 questo

capitolo 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'espressa 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.

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); e 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 specifico 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.

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

Dall'analisi delle disposizioni esposte nel paragrafo 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. 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 contrattuale¹⁸². 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 dei contratti; e quella ideologica, che ha posto in rilievo il carattere relazionale della contrattazione di durata¹⁸³. 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 sospenso, 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

¹⁸² HESEN, HARDY, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010, p. 86.

¹⁸³ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, pp. 202 ss.

assegnato, in detti 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 mercato¹⁸⁴.

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. Poiché la funzione del diritto dei contratti e dell'ordinamento giuridico, in generale, 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

¹⁸⁴ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 213.

livello di incompletezza contrattuale *ex ante* (nelle trattative) ovvero *ex post* (nell'esecuzione spontanea o forzata) 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 sistema¹⁸⁵.

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 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), minimizzando i costi transattivi e favorendo le relazioni di durata. 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 benessere¹⁸⁶. Tuttavia, la necessità di bilanciamento tra le istanze

¹⁸⁵ CHIRICO, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010, pp. 20 s.

¹⁸⁶ CHIRICO, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010, p. 35

dell'autonomia privata e le esigenze di giustizia, induce a circoscrivere l'ambito di operatività della clausola generale di buona fede.

Si è 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. Così, il comportamento contrario a buona fede nelle trattative comporterebbe 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 comportare 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 previsto¹⁸⁷, 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

¹⁸⁷ CHIRICO, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 35.

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. 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 transattivi¹⁸⁸.

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.

Ebbene, nell'ambito del DCFR, la clausola di buona fede collocata al di sopra delle esplicite previsioni delle parti, risultando una disposizione imperativa (im)posta a presidio dell'equilibrio

¹⁸⁸ HESEN, HARDY, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, cit., p. 94.

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 negoziale¹⁸⁹. 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.

¹⁸⁹ CHIRICO, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, cit., p. 38.

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 contrattuali, 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: 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 evoluta¹⁹⁰:

- A. Poiché l'introduzione di una disciplina inderogabile limita la libertà contrattuale 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 (atto pubblico) per la conclusione di un contratto di vendita immobiliare – deve essere attentamente valutato in rapporto ai benefici recati dalla disciplina legale inderogabile.
- C. I costi transattivi sono influenzati anche dall'incertezza di interpretazione e non verificabilità del contratto e dei dati economici su cui si fonda, da parte del giudice, in quanto tanto maggiore è l'incertezza che circonda un contratto, tanto più probabili si rivelano gli errori giudiziari nelle procedure volte ad assicurarne l'esecuzione.

¹⁹⁰ CHIRICO, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, cit., pp. 23 s.

- 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.
- 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.
- F. L'introduzione di una *default rule se*, da un lato, 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. 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 strumenti¹⁹¹, quali: la predisposizione di una regola di *default* ritagliata sulla base delle preferenze della maggioranza (cosiddetta

¹⁹¹ CHIRICO, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, cit., pp. 25 s.

majoritarian default rule); 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*); 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*); 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 le asimmetria informativa (cosiddetta *penalty default rule*).

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 negoziazione¹⁹².

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 pericolosità¹⁹³. 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 cento dollari,

¹⁹² HESEN, HARDY, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, cit., p. 93.

¹⁹³ 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, pp. 130 s.

per riceverne in premio altri cento. Ebbene, la teoria dei giochi 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).

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, nel quale le guardie devono scoprire quale tra 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 v.* 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 legale¹⁹⁴.

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

¹⁹⁴ DE GEEST, *Specific Performance, Damages and Unforeseen Contingencies in the Draft Common Frame of Reference*, cit., 2010, p. 131.

rinegoziazione potrebbe essere individuato nell'incertezza e nei costi della decisione del giudice, ma non nell'efficienza del rimedio in sé¹⁹⁵.

Sarebbe, allora, preferibile, adottare un meccanismo conservativo (cfr., ad es., l'art. 1664 c.c.), 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 evolute (e ulteriormente evolvibili) 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»¹⁹⁶. 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, 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,

¹⁹⁵ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., pp. 207 s.

¹⁹⁶ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 231.

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)¹⁹⁷.

Nel primo capitolo, abbiamo osservato come i rimedi previsti dal legislatore nell'ambito della disciplina dei singoli contratti di durata testimoniassero la sua consapevolezza circa la struttura degli scambi integrativi di durata e il rilievo giuridico che le sopravvenienze possono assumere in seno ad essi. Tali rimedi costituiscono senza dubbio ipotesi tipiche e specifiche, insuscettibili di generalizzazione, 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.¹⁹⁸.

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

¹⁹⁷ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., pp. 235 s.

¹⁹⁸ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 502.

detto più conforme alle dinamiche di detti rapporti. Infatti, «il sistema giuridico moderno non si costituisce attorno ad essenze strutturate per *genus* e *species*, ma si sviluppa attorno a tipi normativi di problemi ed a rimedi adeguati»¹⁹⁹.

E, con riguardo agli scambi integrativi, 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 concorrenza²⁰⁰. Inoltre, come quello dettato dall’art. 1467 c.c., anche il regime di cui all’art. 1664 c.c. ha carattere dispositivo²⁰¹.

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. E, peraltro, la previsione di un obbligo di

¹⁹⁹ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 237.

²⁰⁰ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 251.

²⁰¹ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 248.

rinegoziazione, all'ombra dell'intervento giudiziale, rischia di rimanere senza effetti²⁰².

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 manutentivo²⁰³, 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 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

²⁰² BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., pp. 254 s.

²⁰³ D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, cit., p. 532.

carattere integrato del rapporto) e reprimendo 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*²⁰⁴.

Senza dubbio, l'approccio conservativo 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.

Oltre a tali rilievi, vi è da considerare come le soluzioni esaminate nel presente capitolo, 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

²⁰⁴ CENNI, LUPPI, PARISI, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., p. 36; TRIMARCHI, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, cit., p. 66.

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 del presente capitolo, in parallelo con la rilettura offerta del sistema rimediale dell'art. 1467 c.c.

4. 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: segnatamente, la loro incapacità di prevedere specifici meccanismi rimediali atti a governare le sopravvenienze, addossandone il rischio su di un contraente. La scelta di una regola legale, da un lato, così come le scelte 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 istantanea²⁰⁵.

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 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.

²⁰⁵ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 93 ss.

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, 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 approccio che non tenga specificamente conto dell'incompletezza del contratto rischia di condurre a esiti non soddisfacenti²⁰⁶.

²⁰⁶ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 136 ss.

I testi di armonizzazione consentono un intervento sul contratto che, al fine di riequilibrarne le sorti, ovvero di por 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 dell'equilibrio del contratto – impone al giudice, eventualmente adito, di tenere in considerazione gli effetti dell'evento perturbativo rispetto al sinallagma 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 contrasto con il

principio *pacta sunt servanda*, rendendo poco credibile la promessa di adempimento. Anche sotto tale profilo, infatti, come si è visto, può rivelarsi una inefficienza della disciplina, ove, cioè, il contratto sia ridotto a mera dichiarazione di intenti non vincolanti, sempre rinegoziabili e poco credibili²⁰⁷. Tale 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 di quanto 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

²⁰⁷ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., pp. 197 ss.

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 contratto²⁰⁸. 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 sede di rinegoziazione, poiché rischia di perdere una parte consistente del surplus generato dall'investimento medesimo²⁰⁹.

Anche relativamente a tali aspetti la strutturazione delle discipline rimediale 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, ove chiamato a intervenire sul contratto per

²⁰⁸ NICITA, *Contratti incompleti, investimenti specifici e opportunismo*, cit., p. 201.

²⁰⁹ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 91.

modificarlo, ovvero per dettare i termini e le condizioni del suo scioglimento.

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 parti²¹⁰ – 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 adempiere²¹¹. A tali approdi, certo, il giudice potrà giungere sfruttando l'elasticità delle previsioni esaminate, ma una

²¹⁰ VAN WIJCK, *Foreseeability*, in *Encyclopedia of law and economics*, edited by De Geest, vol. 6, *Contract law and economics*, edited by De Geest, Cheltenham-Northampton, 2011, p. 225.

²¹¹ CLERICO, *Analisi economica del contratto*, cit., p. 250 s.

disciplina specifica ne avrebbe agevolato il compito, incentivando le parti a condividere informazioni riguardanti le particolari contingenze che potrebbero aggravare le conseguenze di un inadempimento²¹², secondo il meccanismo della *penalty default rule*.

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 realizza 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 controparte²¹³; 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

²¹² GOETZ, SCOTT, *The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation*, in *Virginia Law Review*, 69, p. 986.

²¹³ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 164 ss.

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 rimediale 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 rimediale 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 nel precedente capitolo, ove si è distinto tra l'incompletezza contrattuale esogena, dipendente dall'impossibilità di predeterminare regole certe in vista di ogni possibile accadimento futuro, da quella endogena, caratterizzata dalla probabile, deliberata scelta delle parti di

concludere un contratto incompleto, riducendo i costi e rimettendo la specificazione della regola per le future contingenze non prevedute a una successiva negoziazione ovvero alla decisione di un terzo²¹⁴.

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 controllo²¹⁵.

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

²¹⁴ CLERICO, *Analisi economica del contratto*, cit., p. 261.

²¹⁵ SCOPPA, *Asimmetrie informative, contratti e incentivi*, cit., p. 30.

dell'incompletezza contrattuale inevitabile (quando, cioè, i costi transattivi superino il valore della clausola)²¹⁶. Tale rilievo ha una giustificazione ulteriore, sulla base dell'osservazione della struttura delle relazioni contrattuali di durata, di cui si è trattato ampiamente. In tal 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 rimediale – sia volontario, sia legale – dovrebbe incentivare l'emersione e tenere conto delle circostanze sopravvenute, incoraggiando ciascuna parte a effettuare investimenti a livello ottimale²¹⁷.

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, sanzionando eventuali condotte opportunistiche – anche mediante la condanna al risarcimento del danno – svolge una funzione incentivante della cooperazione 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

²¹⁶ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 200 s.

²¹⁷ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 84 ss.

della sopravvenienza, sulla base di un'applicazione letterale del contratto (incompleto) medesimo²¹⁸.

L'impostazione adottata nei testi di armonizzazione, riguardata dalla prospettiva del giudice, rivela delle assonanze con il caso *Aluminum vs. Essex*²¹⁹, esaminato nel capitolo precedente, 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 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 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

²¹⁸ DI CIOMMO, *Contratto e mercato*, cit., p. 576.

²¹⁹ *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.

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 repressione 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, al contempo, la perdita prodotta dai comportamenti predetti e i benefici (particolari e complessivi) dello scambio, ovvero impegnando eccessive risorse a copertura dei costi transattivi necessari a redigere un contratto più complesso²²⁰.

Una ulteriore valutazione di efficienza delle soluzioni in discorso può essere condotta in riferimento a quanto osservato, nel capitolo precedente, con riguardo all'adeguatezza delle regole di default²²¹.

A tali fini conclusivi, la valutazione di efficienza delle soluzioni adottate nei testi di armonizzazione non merita di essere condotta su

²²⁰ BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., pp. 75 ss.

²²¹ CENNI, LUPPI, PARISI, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., pp. 38 ss.

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), sanzionando, 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 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 predispone 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 trattative²²².

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

²²² CENNI, LUPPI, PARISI, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., pp. 50 s.

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 assicurato 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 evolute in precedenza, con riguardo alla quantificazione del risarcimento per violazione del dovere di buona fede, consentendo alle parti di svolgere una quanto più accurata valutazione comparativa tra i costi della rinegoziazione e quelli dell'inadempimento/risoluzione.

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'adempimento²²³.

Alla luce delle considerazioni sin qui evolute, si può tentare di rispondere al quesito 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

²²³ CENNI, LUPPI, PARISI, *Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*, cit., pp. 38 ss.

sopravvenienza²²⁴, 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). Ad 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

²²⁴ NICITA, SCOPPA, *Contratti e teoria economica. Un introduzione*, cit., p. 23.

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 (v. ad es. i requisiti posti per l'accesso al rimedio manutentivo). Il dato critico, come 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 dalla 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 (sia sotto il profilo 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*), 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 rimediale 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 creino 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.

IV

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 tenere in considerazione 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. 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 dati²²⁵. 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-positivo²²⁶.

²²⁵ CALABRESI, *The future of Law & Economics*, New Haven, 2016, p. 20.

²²⁶ CALABRESI, MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, Vol. 85, p. 1089, April 1972, p. 1093, nt. 2.

Anche in virtù dell'emersione di una simile esigenza di ampliare la prospettiva di osservazione, la ricerca di nuovi strumenti rimediali per il governo delle sopravvenienze contrattuali, nei contratti di durata, ci ha spinto a esplorare differenti manifestazioni 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 formanti normativi in ambito sovranazionale.

Il rischio intrinseco di una simile operazione è quello di non offrire punti saldi 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 che, da un lato, ci prospetta una crisi della *fattispecie*²²⁷, foriera di una incalcolabilità del diritto²²⁸ e del contratto²²⁹, e, dall'altro, ci invita a ritornare al diritto²³⁰, rimuovendo i

²²⁷ IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 36 ss.

²²⁸ IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.

²²⁹ IRTI, *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, pp. 17 ss.

²³⁰ GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. VII.

vincoli dell'ormai superata ideologia giuspositivistica fondata sulla primazia della volontà legislativa.

Con particolare riferimento al tema qua trattato, in dottrina²³¹, si è rilevato un avvicendamento, nella prospettiva delle parti e nella decisione del giudice, tra la fattispecie del contratto e l'operazione economica ad esso sottesa; avvicendamento in cui si riflette il passaggio dalla causa tipica a quella concreta, 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 percorsi 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.

²³¹ IRTI, *Un contratto «incalcolabile»*, cit., p. 22.

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 resti – 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 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»²³².

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 ad 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»²³³.

²³² Trib. Roma, 4 luglio 2011, in *Pluris*, www.pluris-cedam.utetgiuridica.it.

²³³ SPANGARO, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, cit., pp. 137 s.

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, sia sanzionabile, in primo luogo sotto il profilo risarcitorio²³⁴.

Infatti, sotto il profilo dell'intervento giudiziale sul contratto, si è potuto osservare che la regola generale dettata dall'art. 1467 c.c., che – pur a seguito della predetta ricollocazione sistematica – conserva comunque i denunciati limiti intrinseci, è stata supportata con un discorso intorno 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 (responsabilità contrattuale da *culpa in recontrahendo*), che costituirebbe un indiscusso incentivo al mantenimento del rapporto e che, in ogni caso, conferirebbe al giudice un concreto potere sanzionatorio degli abusi, commessi con intenti opportunistici, in quanto volti a lucrare i vantaggi indotti dalla sopravvenienza, ovvero a sfruttare una sopravvenienza non eccedente l'alea normale del contratto quale via di fuga dal contratto. Come si è visto, tuttavia, il meccanismo di equa modificazione delle condizioni previsto dal legislatore del codice civile italiano non risponde alle attuali

²³⁴ MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giusti. civ.*, 2014, p. 853.

propensioni della cultura giuridica di stampo europeo, relegando l'adeguamento e la conservazione del contratto a ipotesi residuale ed eventuale²³⁵.

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, mediante uno studio della contrattazione di durata, condotto attraverso la lente dell'analisi economica del diritto, che ne pone, in primo luogo, in rilievo la componente relazionale: si è, correttamente, parlato di «un'osmosi dal punto di vista economico»²³⁶. Un tale studio ha, infatti, consentito, dapprima, di recuperare un adeguato grado di realismo delle premesse, facendo emergere la portata caratterizzante della fattispecie, che deve riconoscersi nell'incompletezza fisiologica e strutturale dei contratti di durata – anche sotto il profilo della loro verificabilità-eseguibilità forzosa (cosiddetto versante “esterno”

²³⁵ MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., p. 840.

²³⁶ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., p. 134.

dell'incompletezza contrattuale) –, dovuta alla 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 regola generale 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 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.»²³⁷, 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 detti due 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 una vera e propria fattispecie 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 uno strumentario adeguato e coerente all'interprete, chiamato a districare la questione giuridica emergente dall'alterazione dell'equilibro fondamentale del contratto di durata, indotto 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,

²³⁷ PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e diritto privato*, 2015, p. 243.

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.

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 rimediante manutentivo del contratto, pena l'imposizione del contratto immutato 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'adeguata 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*²³⁸ ha dimostrato possibile – e ferma la facoltà di accordare restituzioni e pronunciare la condanna al risarcimento dei danni causati dai comportamenti 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, indirizzandola a 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 sanzionatorio del giudice) tanto più sarà capace di rivelarsi efficace nel prevenire e reprimere 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

²³⁸ *Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc.*, United States District Court, Western District of Pennsylvania, cit.

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 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*. 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*), e imporre loro, anche in sede di eventuale

rinegoziazione, di 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 ed 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 stesso²³⁹.

Non vi è dubbio, riallacciandoci alle considerazioni svolte in apertura di queste riflessioni conclusive, che il moderno capitalismo abbisogni di un diritto «calcolabile»²⁴⁰ 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 ad ogni uso e manipolazione e al “riempimento” da parte di etiche e interessi anche opposti, si apra una falla nei criteri di applicazione della legge²⁴¹.

Nondimeno, anche al fine di evitare che la libertà di iniziativa economica privata venga sistematicamente obliterata di fronte a un

²³⁹ BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, cit., pp. 50 s.

²⁴⁰ IRTI, *Un contratto «incalcolabile»*, cit., p. 18.

²⁴¹ IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 15.

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 valori²⁴².

Ebbene, gli elementi utili a individuare tale "minimo" – che sono stati ricercati, con differenti approcci, in queste pagine – ormai percolano nell'esperienza giudiziale e, più in generale, pratica, con la quale il giurista (pos)moderno è chiamato a confrontarsi.

Sotto tale profilo, è interessante richiamare la decisione di un giudice bolognese²⁴³, 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*»²⁴⁴. Sempre secondo la richiamata decisione, ciò si traduce, sul piano pratico, in una

²⁴² BENATTI, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, p. 704.

²⁴³ Trib. Bologna, decr. 26 aprile 2013, in *www.ildirittodegliaffari.it*; in *Pluris*, *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*.

²⁴⁴ MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., p. 853.

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 evolute – 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 inevitabile con l'ordinamento italiano, è destinato a produrre, in quest'ultimo, conseguenze “enormi”²⁴⁵. Una di esse può essere osservata come caratteristica, più in generale, dell'epoca pos-moderna, nella quale, anche in virtù della pluralità e atipicità delle fonti che la

²⁴⁵ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 18 ss.

caratterizzano, lo stesso principio di legalità, di conio illuministico-rivoluzionario, si trasforma in «principio di giuridicità», riferito alla varietà di forze motrici dell'ordinamento²⁴⁶, tra le quali assumono primaria importanza proprio le clausole generali, le quali, come si è detto, nell'ambito di un sistema legislativo volutamente misto²⁴⁷, consentono di adeguare la norma giuridica all'esigenza del caso concreto.

Tratteggiando i contorni del paesaggio giuridico, tra era moderna e pos-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 ampia 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 concreti²⁴⁸, 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 casistica²⁴⁹.

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

²⁴⁶ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 87.

²⁴⁷ PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 15.

²⁴⁸ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 28 ss.; *Ivi*, p. 34.

²⁴⁹ IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 43.

della complessità del mondo reale, per fare in modo che i casi dell'esperienza rilevanti per il diritto possano continuare ad 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 (cosa che può fare, e sovente fa, il legislatore), sicché a una crisi della fattispecie mai potrà corrispondere una crisi della decisione²⁵⁰, per cui la prima potrà, semmai, intradarci verso una sempre più spiccata giudizialità del diritto²⁵¹. Del resto, con riferimento al tema trattato nella ricerca, anche l'evoluzione delle normative di armonizzazione del diritto europeo dei contratti 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'accordo²⁵².

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»²⁵³. Come si è

²⁵⁰ IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 44.

²⁵¹ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 31.

²⁵² MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., p. 845.

²⁵³ GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 84 s.

posto in luce, con riferimento al nostro tema²⁵⁴, 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, 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». 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.

²⁵⁴ MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., pp. 864 s.



In fine di questa «aspra e disuguale tenzone», vorrei riservarmi qualche riga per dire grazie.

Come l'avvertito Lettore avrà compreso, è per impostazione metodologica – e ontologica pigrizia – che aborrisco da quelle dichiarazioni d'intenti che, rinunciando umilmente alle “pretese di esaustività”, si fanno, poi, seguire da un profluvio di menzioni, richiami, rimandi, proclami e smentite, sì da lasciare chi legge “esausto”.

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.

BIBLIOGRAFIA**a**

- AA.VV., *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007;
- Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004;
- Albanese, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008;
- Alpa, *I Principi UNIDROIT 2004 e i Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Raccolta studi giuridici del Consiglio Nazionale Forense*, in www.consiglionazionaleforense.it, 2 febbraio 2005;
- Alpa, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e nel commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, 723;
- Alpa e Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 1997;
- Alpa, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. comm.*, 1995, II, 1;
- Alpa, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 44;
- Alpa, voce *Rischio contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, LX, Milano, 1989, 1144;
- Ambrosoli, *La presupposizione in due recenti pronunce della Suprema Corte*, in *I Contratti* n. 12/2006;
- Ambrosoli, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002;
- Amore, *Appalto e claim*, Padova, 2007;
- Annunziata, Panzuto, *L'istituto della presupposizione e delle sopravvenienze*, in www.altalex.com/index.php?idnot=40931, 31 marzo 2008;

Artigot i Golobardes e Gómez Pomar, *Long-term contracts in the law and economics literature*, in *Encyclopedia of law and economics*, edited by De Geest, vol. 6, *Contract law and economics*, edited by De Geest, Cheltenham-Northampton, 2011, 314;

Ascarelli, *Processo e democrazia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1958, 844;

Ayres, Gertner, *Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rule*, 99 *Yale L. J.* 87, 120 (1989);

Azzarri, *Difetto di presupposizione e rimedi esperibili*, in *Nuova Giur. Civ.* n. 11/2007;

b

Balestra, *Introduzione al diritto dei contratti*, Bologna, 2015;

Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000;

Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006;

Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 305;

Barcellona, *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1097;

Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962;

Belfiore, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, vol. XIII, t. 4, Torino, 2003;

Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000;

- Benatti, *Contratto e poteri del giudice: il problema*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, I, 699;
- Benoit e Kornhauser, *Game-theoretic analysis of legal rules and institutions*, in *Handbook of game theory with economics applications*, a cura di Aumann-Hart, III, 2002, 2229;
- Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969;
- Bessone, D'Angelo, voce *Presupposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, 326;
- Betti, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1990;
- Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971;
- Betti, *Teoria generale del negozio giuridica*, in *Tratt. Vassalli*, XV, Torino, 1955, 250;
- Bianca, *Il contratto*, in *Diritto civile*, vol. III, II^a ed., Milano, 2000;
- Bianca, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, vol. V, II^a ed., Milano, 2012;
- Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205;
- Bocchini, *Commento agli artt. 1559-1570 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, I, Milano, 2011, 165;
- Boselli, voce *Eccessiva onerosità*, in *Nss. D. I.*, VI, 1960, 331;
- Breccia, *Causa e consideration*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 575;
- Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 260;
- Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968;

Busnelli, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537:

c

Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005;

Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954;

Calabresi, *The future of Law & Economics*, New Haven, 2016;

Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975,
ristampa inalterata con presentazione di Al Mureden, Milano, 2015.

Calabresi, Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, Vol.85, p. 1089, April 1972;

Calderale, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nel diritto luso-brasiliano*, in *I Contratti* n. 6/2012, 527;

Calvo, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010;

Carbone, *Il diverso valore del silenzio tra conclusione del contratto e modifica dello stesso*, in *Corriere giur.*, 1993, 1181;

Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, III^a ed. emendata ed ampliata, Roma, 1951;

Caroccia, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Napoli, 2006;

Castronovo, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 48;

Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 21;

Cataudella, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2009;

- 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, 33;
- Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000;
- Chirico, *The Function of European Contract Law: An Economic Analysis*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010, 9;
- Chirico, *The Economic Function of Good Faith in European Contract Law*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010, 31;
- Cirielli, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 1998, 786;
- Clerico, *Analisi economica del contratto*, Milano, 2008;
- Comporti, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 613;
- Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato: dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970;
- Costanza, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in Aa.Vv., *Inadempimento, adattamento e arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992;
- Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001;
- Criscuoli, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 709;
- Criscuolo, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del giudice) di equità*, in *Riv. arb.*, 1999, 71;

d

- D'Arrigo, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in *Sopraevenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di Tommasini, Torino, 2003, 491;
- 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, 123;
- De Martini, *Il giudizio di equità nel processo civile : premesse teoriche*, Padova, 1959;
- De Mauro, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000;
- De Nova, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011;
- De Nova, *Il contratto alieno*, Torino, 2010;
- De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993;
- Delfini, *Autonomia privata e rischio contrattuale*, Milano, 1999;
- Di Ciommo, *Contratto e mercato*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, vol. I, Bologna, 2014, 563;
- Di Majo, *Il contratto e l'obbligazione nei Principi*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 883;
- Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001;
- Di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corriere giur.*, 2000, 1486;
- Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. dir. crit. dir. priv.*, 1995, 5;
- Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, diretto da Galgano, Bologna-Roma, 1988;

Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967;

e

Eidenmuller, *Why withdrawal rights?*, in *ERCL*, 2011, 2;

Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. Patti e Zaccaria, Napoli, 1983;

f

Faltoni, *L'assenza della tendenziale equivalenza tra le prestazioni come mancanza della causa contrattuale*, in *NGCC*, 2011, I, 793;

Ferrara, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940;

Ferri, *L'invisibile presenza della causa del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 897;

Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, V^a ed., Rimini, 1995, rist. corretta 1997;

Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966;

Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959;

Ferrigno, *L'uso giurisprudenziale del concetto di causa nel contratto*, in *Contratto e impresa*, 1985, 133;

Franzoni, *Dell'annullabilità del contratto (art. 1425-1426)*, Milano, 2005;

Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 92;

g

Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, nel *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno, vol. I, tomo 2, II^a ed., Torino, 2006, 1809;

Galgano, *Trattato di diritto civile, Vol. II*, Padova, 2014;

- Galgano, *Il contratto*, Padova, 2011;
- Galgano, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2011;
- Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010;
- Galgano, *Il legittimo e il giusto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1;
- Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005;
- Galgano, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, 509;
- Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, IV^a ed., Padova, 2004;
- Galgano, *I caratteri della giuridicità nell'era della globalizzazione*, in *Soc. del dir.*, 2003, 11;
- Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, 2001;
- Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 925;
- Galgano, *Gli effetti del contratto*, Bologna, 1993;
- Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992;
- Gambini, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000;
- Gambino, *Problemi del negoziare*, Milano, 2004;
- Gambino, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 347;
- Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa* n. 2/2003, 667;
- 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*, 69, 967;

Gorni, *Le clausole di rinegoziazione*, in *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi. Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992;

Granieri, *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007;

Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015;

h

Hesen, Hardy, *Contract Interpretation – Interpretive Criteria*, in Larouche-Chirico (edited by), *Economic Analysis of the DCFR*, Munich, 2010, 83;

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

i

Iorio, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008;

Irti, *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 17;

Irti, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11;

Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36;

l

La Rosa, *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contratto e impresa*, 2014, 942;

Landini, *Commento agli artt. 1882-1932 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, IV, Milano, 2011, 35;

Lando, *L'unificazione del diritto privato europeo in materia contrattuale: sviluppo graduale o codificazione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 873;

Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013;

Lipari, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il ruolo limitativo delle categorie concettuali*, in *Contratti*, 2010, 704;

Lo Gullo, *Il problema del riequilibrio contrattuale e l'art. 1468 c.c.*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di Tommasini, Torino, 2003, 111;

m

Macario, *Interpretazione ed esecuzione del contratto*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, vol. I, Bologna, 2014, 728;

Macario, *Sopravvenienze e rischio contrattuale*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di Amadio e Macario, vol. I, Bologna, 2014, 898;

Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giusti. civ.*, 2014, p. 825;

Macario, voce *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. dir., Ann.*, II, Milano, 2008, 1026;

Macario, *La dottrina della presupposizione*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, *Rimedi*, Milano, 2006;

Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, I, 63;

- Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996;
- Macario, *Determinazione giudiziale del corrispettivo nei contratti di durata e tutela cautelare atipica*, in *Foro it.*, 1996, I, 715;
- Maggiolo, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 867;
- Mantello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003;
- Marasco, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006;
- Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, *Contratto e impresa* n. 2/2005, 563;
- Mauceri, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 1095;
- Memmo, *La responsabilità per inadempimento contrattuale: il nuovo modello tedesco*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 2011, 122;
- Memmo, *Le clausole generali nel diritto privato europeo: su un recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 1, 50;
- Memmo, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, Padova, 2007;
- Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, 797;
- Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 2;
- Mengoni, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988;
- Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, I, 5;

Mormile, *Commento agli artt. 1615-1627 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, I, Milano, 2011, 360

Muccioli, *Vizi della volontà, buona fede e presupposizione nell'alienazione di partecipazioni sociali*, Nuova Giur. Civ. n. 2/2008;

Musolino, *Commento agli artt. 1655-1664 c.c.*, in *I singoli contratti*, a cura di Daniela Valentino, in *Commentario del codice civile*, diretto da Enrico Gabrielli, II, Milano, 2011, 3;

n

Nanni, *Scelte discrezionali dei contratti e doveri di buona fede*, in *Contratto e impresa*, 1994, 475;

Natale, *La rilevanza dell'errore nella divisione transattiva*, in *Fam. Pers. Succ.* n. 1/2007;

Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1984;

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 *Europa dir. priv.*, 2001, 843;

o

Oliviero, *Nullità dell'appalto per mancanza di concessione edilizia: vecchie certezze e criticabili novità*, *Obbligazioni e Contratti* n. 11/2009;

Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943;

Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004;

p

- Panarello, *Impossibilità sopravvenuta e strumenti di distribuzione del rischio: il rimedio della risoluzione e le clausole di deroga*, in *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*, a cura di Tommasini, Torino, 2003, 23;
- Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto privato*, Bari, 2015;
- Pardolesi, *Regole di «default» e razionalità limitata; per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, 456;
- Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013;
- Patti, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 120;
- Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I Contratti* n.7/2012, 571;
- Patti, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. notar.*, 2010, 303;
- Pennanzio, *Rischio e sopravvenienze*, Napoli, 2013;
- Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006;
- Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335;
- Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, II, 545;
- Petrone, *Recenti orientamenti in tema di presupposizione e sopravvenienze*, *Obbligazioni e Contratti*, n. 2/2005;
- Pierazzi, *La giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 651;

Pietrobon, *Presupposizione (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, par. 1.1.;

Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *NGCC*, 2015, II, 411;

Piraino, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e diritto privato*, 2015, 233;

Posner, *Parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principle of contractual interpretation*, 146 *U. Pa. L. Rev.* 533 (1998);

r

Rescigno, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Considerazioni conclusive*, in *Contratti internazionali e mutamento delle circostanze*, coord. Draetta, Kleckner, Rinoldi, Milano, 1989, 95; e in AA. VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, 299;

Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv dir. civ.*, 1965, 205;

Ricci, *La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni*, in *Contratto e impresa*, 2005, 645;

Riccio, *Dell'eccessiva onerosità: art. 1467-1469*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2010;

Riccio, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contratto e impresa*, 1999, 942;

Rodotà, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di Orestano, Torino, 2009, 97;

Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004;

Rolli, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in nota a Cass. civ. Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratto e impresa*, 2007, 416;

- Rolli, *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio": verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale?*, in *Contratto e impresa*, 2001, 632;
- Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Napoli, 1970;
- Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, II^A ed., Milano, 2011;
- Roppo, *Il contratto nel duemila*, III^A ed., Torino, 2011;
- Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Politica dir.*, 2007, 451;
- Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Contratto e impresa*, 2001, 1083;

s

- Sacco e De Nova, *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004;
- Sacco, *I rimedi sinallagmatici, Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, Torino, 2002;
- Sangiorgi, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965;
- Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, rist. 2012;
- Scalisi, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 288;
- Schlesinger, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 20, 18;
- Scognamiglio, *Il danno risarcibile tra interesse privato ed interesse positivo*, in www.personaedanno.it, 2009;
- Scoppa, *Asimmetrie informative, contratti e incentivi*, in Nicita, Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005;

- Segreto, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1996, II, 57;
- Serio, *La struttura del contract*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 694;
- Sesta, *La rescissione del contratto*, in *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, Torino, 1991;
- Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 774;
- Sicchiero, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2003, 100;
- Siniscalchi, *Inizio di esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 526;
- Smorto, *Autonomia e diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2007, 325;
- Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2005, 75;
- Spangaro, *L'equilibrio del contratto tra parità negoziale e nuove funzionalizzazioni*, Torino, 2014;
- Stefanelli, *Note in tema di negozio modificativo*, in *Obbligazioni e Contratti* n. 2/2012, 109;
- Stolfi, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1964, 176;
- Stone Sweet, *Judicialization and the Construction of Governance*, in Shapiro-Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford, 2002, 69;

t

- Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il Codice Civile, Commentario* diretto da Schlesinger, sub art. 1467-1469, Milano, 1997;
- Timoteo, *Il contratto in Cina e Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004;

- Tommasini, voce *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104;
- Traisici, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003;
- Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 637;
- Trimarchi, *Commercial impracticability in contract law: an economic analysis*, in *international review of law and economics*, 1991, 11, 63;
- Troiano, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005;
- Trubiani, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 134;
- Trubiani, *La rinegoziazione contrattuale tra onere ed obbligo per le parti*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 447;
- Tuccari, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione di inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *I contratti*, 2014, 990;

u

- Uda, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004;
- Uda, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 631;

v

- Valentino, *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509;
- van Wijck, *Foreseeability*, in *Encyclopedia of law and economics*, edited by De Geest, vol. 6, *Contract law and economics*, edited by De Geest, Cheltenham-Northampton, 2011, 225;

van der Beek, *Log-term contracts and relational contracts*, in *Encyclopedia of law and economics*, edited by De Geest, vol. 6, *Contract law and economics*, edited by De Geest, Cheltenham-Northampton, 2011, 281;

Vettori, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 59;

Vettori, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 915;

Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21;

Villanacci, *La buona fede oggettiva*, Napoli-Roma, 2013;

Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004;

Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 303;

w

Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. it. Fadda e Bensa, I, 1, Torino, 1902;

z

Zaccaria A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, 1987;

Zaccaria E. C., *L'adattamento dei contratti a lungo termine nell'esperienza giuridica statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziale*, *Contratto e impresa* n. 2/2006, 478.

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Trib. Bologna, decr. 26 aprile 2013, in *www.ildirittodegliaffari.it*; in *Pluris*, *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*;

Trib. Roma, 4 luglio 2011, in *Pluris*, *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*;

Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Obbl. e 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 e Resp.*, 2010, 347, nota di Mastroianni; 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. e Contr.*, 2010, 172, nota di Orlandi;

Cass. civ., 25 luglio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 1, 1177, nota di Azzarri; in *Rass. dir. civ.*, 2008, 1134, nota di Pennazio; in *Il civilista*, 2009, 12, 88, nota di Pezzini;

Cass. civ., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, 1929, nota di Palmieri; in *Giur. it.*, 2000, 1154, nota di Gioia; in *Contratti*, 2000, 118,

nota di Bonilini; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929; in *Nuova giuri. civ. comm.*, 2000, I, 505, nota di Stefini; in *Corr. giur.*, 2000, 68, nota di Faucelli.

T. Genova, 11 luglio 1996, in *Contratto e impresa*, 1997, 115, nota di Rolli;

Cass. civ., 24 novembre 1994, n. 9991, in *Foro it.*, 1995, I, 3236;

T. Trento, 10 dicembre 1992, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 853, nota di Danisi;

Cass. civ., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 2018, nota di Magni;

Cass. civ., 17 dicembre 1991, n. 13578, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 12;

Cass. civ., 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;

Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro It.*, 1990, I, 564, nota di Macario;

Cass. civ., 20 aprile 1984, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159, nota di Morelli;

Cass. civ., 17 giugno 1983, n. 4177, in *Rep. Giur. it.*, 1983, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 421;

Cass. civ., 29 giugno 1981, n. 4249, in *Giur. It.*, I, 672; in *Foro it.*, I, 2132,
nota di Pardolesi;

Cass. civ., 24 aprile 1981, n. 2452, in *Foro it.*, 1982, I, 34, nota di
Silvestrini.

GIURISPRUDENZA STRANIERA

Aluminum Co. of America vs. Essex Group Inc., United States District
Court, Western District of Pennsylvania, 499F. Supp. 53, 72 (W.D.
Pa. 1980), trad. it. in *Foro it.*, 1981, IV, 363;

Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council, House of Lords,
[1956] A.C. 696;

Hadley v. Baxendale, Court of Exchequer, 9 Ex. 341, 1956 Eng. Rep. 145
(1854).