

FRANCESCO GAMBINO

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO PRIVATO
NELL'UNIVERSITÀ DI MACERATA

Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice

SOMMARIO: 1. Il diritto di rinegoziare nei propositi del legislatore. – 2. Ragioni di un problema. – 3. L'intervento giudiziale e l'azione misurata della buona fede – 4. L'ipotesi di una nuova disciplina.

1. – Il disegno di legge recante la delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile (XVIII legislatura) contiene – tra i principi e criteri direttivi cui il Governo si dovrà attenere nell'esercizio della delega – «il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti» [art. 1, lett. i)].

2. – Occorre in sintesi ripercorrere la storia del problema.

Come nasce in Italia la teoria dell'obbligo «legale» di rinegoziare¹? Nasce negli anni novanta sulla scia degli studi della dottrina tedesca; e subito si raccoglie intorno al disagio – avvertito anche tra gli operatori del mercato – suscitato dall'art. 1467 c.c. Le teorie dell'obbligo legale di rinegoziare si sviluppano in aperta polemica contro la soluzione adottata, in materia di sopravvenienze, dal nostro legislatore: la risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità della prestazione. Si fa strada l'idea che i rapporti contrattuali protratti nel tempo, funzionali alla pianificazione dell'attività di impresa e all'organizzazione del mercato, esigano strumenti flessibili e rispondenti all'esigenza della stabilità, nel tempo, delle relazioni economiche; una certezza che lo scioglimento del vincolo, vanificando le attese e i calcoli dei contraenti, non è in grado di garantire². Nelle ricerche sociologiche e negli studi di analisi

¹ Qui mi riferirò in particolare alla teoria dell'obbligo di rinegoziare costruita sulle applicazioni della clausola generale di buona fede.

² Per una compiuta disamina delle fonti e della disciplina del fenomeno v. la monografia, che ha aperto la strada della riflessione sul tema, di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 312-331 (ma v. p. 312, nt. 1). Per ulteriori contributi v. ID., *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, 2006, p. 689 ss.; R. SACCO, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*³, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 722-725, secondo cui l'equità di cui all'art. 1374 c.c. lascerebbe sottintendere il richiamo, nei contratti a lunga durata, di una clausola di

economica del diritto, maturati nei sistemi di *common law*, si affaccia la categoria dei *relational contracts*, costruita sul rilievo che il tempo vincolato dall'accordo non sia vuoto, ma si riempia di un'affidabile regolarità di contegni dovuti, di un insieme di reciproche aspettative, di condizioni fiduciarie il contratto in cui viene attuandosi³. Il rapporto contrattuale, concepito come evento relazionale⁴, non isolabile dal contesto di fatto, diventa il perno intorno al quale ruotano le indagini sulla revisione giudiziale del contratto⁵. Mentre in diritto tedesco, con la riforma dello *Schuldrecht* – come nei progetti di unificazione legislativa a livello europeo⁶ – si fa proprio il principio generale della revisione e dell'adeguamento giudiziale del contratto, il diritto italiano resta fermo al codice civile del 1942. Il contenuto di disciplina generale (art. 1467 c. c.) non è indifferente al tempo protratto nel rapporto, che anzi assume a condizione della propria applicazione; ma,

rinegoziazione (la posizione dell'Autore sul punto è già rintracciabile in *Il contratto*², *ivi*, 1993, II, 685-686); F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in AA.VV., *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di Nicolò Lipari, 1998, p. 193; V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, pp. 972-973; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 796-809; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, v. spec., pp. 433-434; in materia di diritto di famiglia, A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 213 ss.; in tema di mutui usurari, A. RICCIO, *Ancora sulla usurarietà sopravvenuta*, in *Contratto e impresa*, 2003, 14-15; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, pp. 368-372; Al fenomeno della rinegoziazione di fonte legale viene prestata dissenziente attenzione da M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, pp. 476-491; da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, pp. 701-723; nonché nella mia monografia *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e nella voce enciclopedica *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur., Agg.*, XV, Roma, 2007.

³ V., sul modello «relazionale», che rifiuta l'antica idea del contratto come scambio di promesse, I. R., MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 *Northwestern University Law Review* (1978), p. 854 ss.; S. MACAULAY, *An Empirical View of Contracts*, in *Wisconsin Law Review* (1985), p. 465 ss.; E. MCKENDRICK, *The Regulation of Long-Term Contracts in English Law*, in *Good Faith and Fault in Contract Law* a cura di J. Beatson e D. Fredman, Oxford, 1995, p. 305 ss.). Per la dottrina italiana, sotto diversi punti di vista, v. V. ROPPO, *Il contratto*², cit., pp. 967-968; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 63 ss.; ID., *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Enc. Dir., Ann.*, II, 2, Milano, 2008, p. 1026 ss.; A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, cit., spec., p. 235.

⁴ V., sul tema, M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 54.

⁵ Tra le conclusioni enunciate da R. A. HILLMAN, *Court adjustment of long-term contracts: an analysis under modern contract law*, in *Duke Law Journal* (1987), p. 33, si legge: «court can, in some circumstances and often in modest ways, adjust the contract for the parties».

⁶ V. ad esempio sugli effetti del mutamento dello stato di fatto, come disciplinati nell'art. 6.2.3 dei Principi Unidroit, in alternativa alla risoluzione, D. CORAPI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 36.

dalla sua storicità, isola soltanto avvenimenti estranei alla volontà e al comportamento dei contraenti. La norma non ignora il principio di conservazione degli effetti contrattuali, che trova espressione sia nella nozione legislativa di alea normale del contratto (art. 1467, 2° comma, c. c.) che nell'offerta di riduzione ad equità (art. 1467, 3° comma, c. c.); ma non risponde all'esigenza del contraente onerato di conseguire, per propria iniziativa e in via giudiziale, il riequilibrio delle prestazioni. Se si osservasse il fenomeno della rinegoziazione con le lenti dell'art. 1467 c. c. si aprirebbe un'alternativa povera di soluzioni: o i contraenti raggiungono un accordo modificativo prima – o in occasione – del processo o la riduzione ad equità della prestazione compete alla parte non onerata che, convenuta in giudizio con la domanda di risoluzione, deciderà, secondo il proprio giudizio di convenienza, sul come disporre dei propri interessi. In altre parole, l'adeguamento del rapporto al mutarsi dello stato di fatto è problema che investe l'esercizio del potere di autonomia privata. È in questi termini che il nostro ordinamento dà risposta, con una disciplina generale ed esaustiva, al tema dell'adeguamento in sede giudiziale del contratto. Si potrebbe dire che si è in presenza di una lacuna in senso, non tecnico, ma ideologico: non manca la norma, ma manca la norma che si desidera che ci sia. In questo quadro, caratterizzato da una disciplina generale ed esaustiva, alla dottrina non resta che responsabilizzare le parti, obbligandole al dialogo in funzione della modifica del rapporto. Si interrogano così le inesauribili risorse della buona fede, facendo dell'obbligo di rinegoziare la premessa giuridica della revisione giudiziale del contratto. Nasce l'idea, al fine di attribuire al fenomeno un senso conclusivo e unitario, di applicare l'art. 2932 c.c.; così da schiudere la via – per l'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare – di un intervento costitutivo-determinativo del giudice.

3. – Tra i vari motivi di dissenso, e ragioni di perplessità, si possono qui richiamare due ordini di questioni⁷.

Il primo – che riguarda anche l'obbligo di fonte convenzionale – investe un problema di carattere generale, comune a tutti gli altri ordinamenti giuridici, che coinvolge il rapporto tra il ruolo del giudice e l'autonomia privata. La difficoltà è concepire una pronuncia che tenga luogo dell'adempimento dell'obbligo di cooperare per l'adeguamento del contratto a fatti sopravvenuti; in quanto, in assenza di criteri e parametri convenzionali, che riescano a esprimere e a

⁷ Si svolgono temi proposti e sviluppati nella mia monografia *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004 e nella mia voce enciclopedica *Rinegoziazione (dir. civ.)*, in *Enc. Giur. Agg.*, XV, Roma, 2007.

definire misura e modi dell'intervento giudiziale, la pronuncia sull'inosservanza di un obbligo di ridurre, modificare, sostituire non si traduce – in linea di principio – nel ridurre, modificare, sostituire.

Quando il giudice, in assenza di una norma sulla revisione del contratto⁸, provvede ad adeguare il rapporto al mutarsi dello stato di fatto solleva in primo luogo una questione di politica del diritto, intesa a prospettare, nell'amministrazione della giustizia, una nuova disciplina del rischio; che risulti, ad esempio, più flessibile e rispondente alle esigenze del caso concreto, ad una più efficiente allocazione delle risorse, ad una nuova visione del diritto contrattuale⁹.

In altri termini, entra in gioco il ruolo e la responsabilità del giudice, che agirebbe come «a mixture of mediator and arbitrator»¹⁰.

Il secondo ordine di problemi, circoscritto alla tesi dell'obbligo legale di rinegoziare, gravita intorno alla relazione tra il potere di autonomia e l'esecuzione del rapporto, su cui agisce la buona fede. Sia che lo si concepisca come originario o come derivato, il potere di autonomia non è elemento del rapporto giuridico, ma ne costituisce il presupposto, la fonte e il titolo¹¹; e, in quanto tale, resta in sé estraneo all'azione della buona fede esecutiva. Ne discende che il potere autonomo – negoziale, mutevole e creativo – sciolto dal legame con l'atto in cui non si consuma né si esaurisce conserva un carattere pieno e incondizionato anche nell'attuazione del rapporto; soggiacendo, nel suo esercizio, ai soli limiti segnati dall'ambito di applicazione degli artt. 1337 e 1338 cod. civ. Si può rilevare – in un quadro più ampio di considerazioni – che dalla clausola generale di buona fede discendono contegni dal contenuto specifico, atti che realizzano in sé elementi di contenuto del rapporto giuridico. Viene in rilievo, non l'attività strumentale al compimento di un atto che nella rinegoziazione – fenomeno dall'esito imponderabile – potrebbe chiudersi in sé stessa; bensì il rilievo funzionale che l'atto assume nell'attuazione del rapporto obbligatorio. L'azione in cui si lascia ridurre il comportarsi secondo buona fede è azione determinata, idonea a far conseguire un risultato utile. Non già un'azione che, pur esprimendo un impegno di cooperazione, rimanda il conseguimento di tale risultato ad un

⁸ V., sul ruolo della legge nell'intervento giudiziale sugli atti di autonomia e sulla calcolabilità giuridica delle decisioni contrattuali, C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Jus*, 2018, pp. 396-397.

⁹ Con lo strumento della sentenza determinativa, determinandosi elementi di contenuto del rapporto, si amministrano interessi.

¹⁰ S. MACAULAY, *The Real and the Paper Deal: Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules*, in *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts*, Oxford, 2003, p. 91.

¹¹ S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, (rist. inalt.) 1983, p. 181.

momento eventuale e successivo¹². In questa prospettiva si potrebbe discorrere di obblighi, non di rinegoziare, ma di modifica di elementi del rapporto; dove il potere di autonomia non è, per così dire, lo scopo dell'integrazione, ma strumento *misurato* di attuazione del rapporto¹³.

4. – Nel quadro descritto, delineato alla luce del vigente art. 1467 cod. civ. e delle comuni applicazioni della clausola generale di buona fede, occorre ora tornare sui criteri direttivi contenuti nel disegno di legge – recante la delega al Governo per la revisione ed integrazione del codice civile – per definirne la portata in continuità con il nostro sistema vigente. Ciò induce a formulare una norma che – in linea con il criterio dell'effetto, quello dell'adeguamento giudiziale del contratto – da un lato tenga fermi alcuni concetti presenti nell'art. 1467 cod. civ. e dall'altro si ispiri in certa misura alle regole contenute nei Principi *Unidroit* e al nuovo art. 1195 del *Code civil*¹⁴; codice, per tradizione, sensibile – come il nostro – ai principi dell'autonomia privata e della forza obbligatoria del contratto.

Il testo potrebbe suonare così:

«Se, in un contratto con prestazioni corrispettive¹⁵, la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa¹⁶ per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può richiedere all'altra parte la rinegoziazione del contratto.

La richiesta di rinegoziazione non attribuisce alla parte onerata

¹² Si diano due ipotesi che riescono ad esprimere, nell'ottica anche del problema indicato in queste pagine, il comune modo di operare del principio di buona fede: a) l'atto di tollerare che la prestazione sia eseguita in un luogo diverso da quello convenuto, senza che ciò implichi – per il creditore – un apprezzabile sacrificio (C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 481: è il problema della «difettosità» dell'adempimento in relazione al luogo in cui deve essere eseguita la prestazione). b) la modifica di clausole che si siano rivelate inattuabili, purché non comportino una modifica sostanziale del patto originario (cfr. Cass. 16 gennaio 1954, n. 86, in *Rep. Foro it.*, 1954, *Obbligazioni e contratti*, n. 207).

¹³ A proposito dell'idea di affidare il destino del contratto «ad una serie di nuovi doveri, in cui la buona fede s'intreccia con la lealtà, la solidarietà, il diritto a rinegoziare» Stefano Rodotà discorre di «eccesso di fiducia» nella ristampa integrata del 2004 de *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano, 1969), p. XI.

¹⁴ V., anche nel raffronto con il vecchio art. 1134 del *Code civil*, E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e Mercato*, 2018, p. 1130 ss.

¹⁵ Si prevede nel disegno di legge delega che il nuovo rimedio operi per «ogni ipotesi di eccessiva onerosità» volendosi a mio avviso intendere che il rimedio non è in sé circoscritto alla formula contenuta nell'art. 1467 cod. civ. «contratti ad esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita» e lasciando implicito il riferimento, nei contratti coinvolti dalla sopravvenuta eccessiva onerosità, l'elemento «tempo».

¹⁶ La locuzione si riferisce – secondo le comuni interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali del vigente art. 1467 cod. civ. – anche all'onerosità indiretta. È il caso in cui il debitore di merci e di servizi lamenti, anche in via di eccezione, lo svilimento della controprestazione in denaro a causa della sopravvenuta svalutazione monetaria.

il diritto di sospendere l'adempimento. In caso di rifiuto o fallimento della rinegoziazione le parti possono concordare la risoluzione del contratto alla data e alle condizioni da esse stabilite o chiedere di comune accordo al giudice l'adeguamento del contratto al fine di ripristinare la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute tra le parti.

In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, il giudice, accertata la situazione di cui al 1° comma, può, su richiesta di una parte, risolvere il contratto alla data e alle condizioni dal medesimo stabilite oppure adeguare il contratto al fine di ripristinare la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute tra le parti.

La risoluzione e l'adeguamento non possono essere domandate se l'eccessiva onerosità in dipendenza dell'evento sopravvenuto rientra nell'alea normale del contratto¹⁷.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione o l'adeguamento può evitarle offrendo di modificare le condizioni del contratto. In assenza di accordo provvede il giudice»¹⁸.

¹⁷ Ferma l'applicazione dell'art. 1469 cod. civ., si predilige, in continuità con l'art. 1467, 2° comma, cod. civ., la nozione di alea normale a quella di rischio – anche implicitamente – assunto dalle parti (cfr. il nuovo art. 1195 del *Code Civil*). Si conserva così il patrimonio di interpretazioni offerte dalla Corte di cassazione relative al concetto di alea normale del contratto come il criterio della frequenza statistica dell'avvenimento sopravvenuto e del giudizio di conoscibilità che a mio avviso può anche coinvolgere, sotto il profilo dei doveri di informazione, l'ambito della responsabilità precontrattuale.

¹⁸ Si darebbe spazio nel processo – in linea con il vigente art. 1467 cod. civ. – alla dialettica delle parti nell'esercizio del potere di autonomia.