



Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e critica del diritto

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza

Titolo: L'Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata

Relatrice: Prof.ssa de Belvis Elisa

Studente: Bolzonello Gianluca

Indice

- ◇ Introduzione

- ◇ Capitolo 1: L'obbligo di rinegoziazione come una delle possibili soluzioni al problema
 - § 1.1 Qual è la realtà e qual è il problema
 - § 1.2 L'Obbligo di rinegoziazione come possibile risposta
 - § 1.3 La Drittwirkung: l'applicazione diretta dei principi costituzionali
 - § 1.4 L'Obbligo di rinegoziazione nella Costituzione italiana
 - § 1.5 I principi di Buona fede e di dovere di correttezza
 - § 1.6 Il senso di questa ricerca

- ◇ Capitolo 2: La rinegoziazione come alternativa alla risoluzione dei contratti di durata
 - § 2.1 I contratti di durata: definizione e disciplina
 - § 2.2 Le sopravvenienze contrattuali: tipiche e atipiche
 - § 2.3 I rimedi del Codice civile di fronte alle sopravvenienze: la risoluzione del contratto.
 - § 2.4 L'obbligo di rinegoziazione come risposta migliore alle sopravvenienze dei contratti di durata: salvaguardia dell'equilibrio contrattuale e tutela del contraente debole. Effetti giuridici e intervento sostitutivo del giudice.
 - § 2.5 Ipotesi di codificazione dell'obbligo: a livello nazionale e a livello europeo.
 - § 2.6 La posizione della giurisprudenza
 - § 2.7 Rapporto tra Obbligo di rinegoziazione e autonomia contrattuale
 - § 2.8 Riflessione: ma ha ancora senso il testo del contratto?

- ◇ Capitolo 3: Applicazioni dell'obbligo di rinegoziazione ai singoli contratti
 - § 3.1 I contratti di appalti pubblici e privati
 - § 3.2 I contratti tra imprese: il contratto di franchising
 - § 3.3 I contratti dei consumatori: i contratti di utenza telefonica
 - § 3.4 I contratti bancari e assicurativi
 - § 3.5 Il contratto di locazione

- ◇ Capitolo 4: Analisi di Diritto comparato
 - § 4.1 Comparazione con un Paese membro dell'UE: l'ordinamento francese
 - § 4.2 Comparazione con un Paese di common law: l'ordinamento inglese
 - § 4.3 Comparazione con il passato: come è cambiata la domanda della rinegoziazione, cosa la giustifica oggi e cosa la giustificava in passato.

- ◇ Capitolo 5: Obbligo di rinegoziazione e misure alternative di risoluzione delle controversie civili
 - § 5.1 I metodi alternativi di risoluzione di controversie civili
 - § 5.2 Riflessione: un ordinamento che guarda con più favore alla rinegoziazione rispetto che alla risoluzione ha un'economia più stabile? È economicamente più forte?

- ◇ Conclusioni

Introduzione

La realtà che osserviamo oggi è una realtà globalizzata, in movimento, che offre quotidianamente infinite opportunità. La facilità con cui al giorno d'oggi possiamo usufruire di beni e servizi, di viaggiare, di metterci in contatto con il mondo e di investire, è ciò che caratterizza la nostra vita, sia in termini sociali che economici. Sono tutte opportunità che si possono tradurre in possibili relazioni di tipo contrattuale: la quantità di contratti che quotidianamente concludiamo è presente in un numero elevato, dall'acquisto di un semplice caffè, fino all'acquisto di beni di prima necessità, quali la spesa, l'automobile, la casa. La moltitudine di queste relazioni comporta la ricerca, in ambito giuridico, di soluzioni sempre più aggiornate, al passo con i tempi, sempre più flessibili, che facilitino gli scambi anche in una logica internazionale: soluzioni, però, che non si dimentichino del rispetto dei principi e dei valori fondamentali degli ordinamenti moderni. Lo sforzo del giurista, in questo senso, è quello di riuscire a trovare le possibili soluzioni ad un problema, sia esso potenziale o attuale. Uno dei problemi che caratterizza la realtà appena descritta, è la protezione dei contraenti, degli investimenti e degli equilibri collegati ad essi in caso di sopravvenienze contrattuali. La possibilità di entrare in contatto con il mondo, di concludere contratti anche con i grandi operatori economici del mercato, interroga il giurista sulle possibili problematiche giuridiche ed economiche nascenti da questi tipi di relazione.

Le fattispecie contrattuali che si possono riscontrare nella prassi nazionale ed internazionale degli scambi presentano caratteristiche comuni: si caratterizzano appunto per essere contrattazioni di durata, nelle quali il fattore tempo gioca un ruolo fondamentale nella fase di esecuzione del contratto. Presentano, infatti, un programma contrattuale scarso, quasi incompleto, che solo la relazione, frutto del dialogo continuo tra le parti, può proporre le dovute integrazioni.

La tutela del contraente debole, dell'equilibrio contrattuale e la protezione degli investimenti specifici di questi contratti di durata, di fronte alle sopravvenienze, sono quesiti che creano riflessione e dibattito nell'attuale dottrina e disciplina civilistica. Al momento, come ampiamente si argomenterà in questa ricerca, i rimedi previsti dall'ordinamento, e nello specifico nel Codice civile, risultano poco soddisfacenti: la disciplina della risoluzione del contratto, nelle norme dell'impossibilità sopravvenuta e dell'eccessiva onerosità, caratterizzata dall'alternativa tra risoluzione o adeguamento del contratto, ad oggi non trova più una sua realizzazione in termini di flessibilità, protezione degli interessi e tutela delle parti. Lo sforzo deve quindi essere maggiore, cercando di osservare il problema da più punti di vista. In campo, entrano di gran carriera i principi di buona fede e di correttezza, colonne portanti della materia contrattuale in ordine di formazione, integrazione, esecuzione e interpretazione del contratto. Si scomodano anche le norme costituzionali, che alla luce di recenti dottrine sulla loro applicabilità, diventano sempre più il faro orientativo per i rapporti tra privati. Il problema delle sopravvenienze convoca qui una sorta di "Stati generali" della materia, un enorme sforzo di ricerca e di interpretazione per saper rispondere adeguatamente alla realtà. Gli stessi operatori economici chiedono, al mondo giuridico, soluzioni sempre più flessibili che sappiano guardare anche ai profili di affidamento e stabilità degli investimenti eseguiti. Il contratto, principe e protagonista dell'economia mondiale, deve presentare una disciplina aggiornata, ampia e completa, capace di rispondere e sostenere alle sfide economiche quotidiane. Che non si dimentichi però di assicurare quel grado di tutela necessario affinché il gioco possa continuare nei valori di lealtà e correttezza.

Una delle possibili soluzioni appare proprio l'Obbligo di rinegoziazione. Frutto di teorie giuridiche ed economiche di derivazione statunitense, vuole presentarsi nel nostro ordinamento come un principio, come un valore di alto rango, che regola e orienta la contrattazione, specie quella di durata. La ricezione del principio comporta alcune difficoltà di inserimento, tra le

quali il rapporto con il caposaldo della materia civilistica, ovvero l'autonomia contrattuale. Lo sforzo, in questa direzione, è quella di cercare un bilanciamento di rango costituzionale, che fonda la possibilità di una convivenza, tra i due, sostenibile.

La riflessione attorno al tema delle sopravvenienze è un tema che interroga anche gli ordinamenti stranieri. La dottrina tedesca è stata, nell'ambito del "civil law", una delle prime a studiare la contrattazione di durata e cercare delle soluzioni, di fronte alle sopravvenienze, nei principi fondamentali del loro sistema. Più in profondo si è spinta la dottrina francese, presentando di recente nel loro Codice civile una riforma in ambito di sopravvenienze, recependo e applicando proprio la teoria dell'Obbligo di rinegoziazione. Di altra natura si presenta invece l'orientamento anglosassone, quasi da sempre contrario ad un sostegno legislativo della rinegoziazione: d'altro canto, la recente pandemia da Covid-19 e la recentissima crisi economica, ha imposto un ulteriore riflessione sul tema anche oltre Manica e oltre Oceano.

Il tema delle sopravvenienze ha sensibilizzato anche l'Unione Europea, la quale sta studiando delle possibili direttive o regolamenti per armonizzare il diritto privato europeo: al momento, data ancora la giovane età di questa teoria, e date le differenze di interpretazione, recepimento e orientamento dei vari stati attorno all'Obbligo di rinegoziazione, la legislazione europea è ancora ferma ai nastri di partenza. Un tentativo più coraggioso si può riscontrare in Italia, con un progetto di legge di riforma del Codice che sembra abbracciare questa nuova teoria.

Molto probabilmente, ma solo il tempo lo confermerà, il tema della rinegoziazione diventerà centrale e assumerà sempre più un ruolo da protagonista nelle relazioni contrattuali: la valutazione dell'istituto verrà soppesata alla resistenza e alla operatività dello stesso di fronte alle prossime grandi sfide. Se la rinegoziazione saprà dare, fin da subito, ottime risposte in termini di tutele e protezione, e ottimi risultati a livello economico per le parti, può aprire una

nuova stagione della contrattazione privata, assumendo così il ruolo di cardine attorno al quale si orienteranno le formazioni, le interpretazioni e le esecuzioni contrattuali.

L'inizio del percorso è caratterizzato dal tentativo di inserire, o meglio, di ricercare questa dottrina all'interno dei principi fondamentali dell'ordinamento, nelle norme costituzionali in primis, nei principi di buona fede e dovere di correttezza in secundis.

Cuore pulsante dell'intero progetto è il confronto tra l'istituto della rinegoziazione e quello della risoluzione del contratto, per evidenziare come il primo sia oggi lo strumento e la soluzione migliore per la tutela dei principi e valori citati. Necessario e successivo confronto sarà quello tra Obbligo di rinegoziazione e autonomia contrattuale: un conflitto che cerca un suo bilanciamento, a questo punto, a livello costituzionale.

L'applicazione concreta dell'Obbligo di rinegoziazione ai contratti di durata specifici sarà la tappa successiva, nella quale la ricerca si soffermerà nei contratti di appalto, nei contratti tra imprese, in particolare nel contratto di franchising, nei contratti dei consumatori, in particolare quello delle telecomunicazioni, nei contratti bancari e assicurativi e, infine, nel contratto di locazione. L'applicazione dell'Obbligo avviene in ambito stragiudiziale, avvalendosi dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili: elenco e disciplina di questi troveranno ampia riflessione. A conclusione della ricerca vi saranno due riflessioni: la prima, esporrà un'analisi di diritto comparato di questo istituto, sia con ordinamenti moderni per armonizzare il diritto europeo e internazionale, sia con ordinamenti passati, per evidenziare come è cambiato il problema e come sono cambiate le soluzioni; la seconda, a conclusione, presenterà un'indagine di tipo statistico sull'utilizzo di questo nuovo strumento. Il tentativo è quello di dimostrare che la rinegoziazione, oltre ad essere un'ottima soluzione per la tutela di valori fondamentali, riesce a creare un'economia forte, stabile e attrattiva per gli investimenti.

Capitolo I.

L'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE COME UNA DELLE POSSIBILI SOLUZIONI AL PROBLEMA

§1.1 Qual è la realtà e qual è il problema. - §1.2 L'obbligo di rinegoziazione come possibile risposta. - §1.3 La Drittwirkung: l'applicazione diretta dei principi costituzionali. - §1.4 L'Obbligo di rinegoziazione nella Costituzione italiana. - §1.5 I principi di Buona fede e di dovere di correttezza. - §1.6 Il senso di questa ricerca.

§ 1.1 Qual è la realtà e qual è il problema.

La realtà che possiamo descrivere oggi in termini sociali ed economici è una realtà completamente diversa rispetto a quella che potevamo incontrare non tanto tempo fa. Le relazioni sociali e il tipo di economia che ci sorreggono oggi sono i fattori che più evidenziano una netta differenza con il passato. Basti pensare alle innumerevoli opportunità quotidiane che si presentano: la facilità con cui ci si muove, la facilità di reperire e creare risorse e la facilità di instaurare nuove relazioni e di mettersi in contatto con il mondo sono solo poche e generali possibilità che creano una realtà in continuo movimento, viva, accesa, connessa e senza confini. Realtà che non molto tempo fa era descrivibile invece con il termine della difficoltà: si pensi alla difficoltà degli spostamenti prima dell'invenzione dei mezzi di trasporto a motore, difficoltà di instaurare relazioni con altri popoli, di lingua e cultura diverse, difficoltà di lavoro e di sostentamento quotidiano. L'economia che potevamo descrivere fino alle rivoluzioni industriali e fino alla costruzione degli Stati moderni era un'economia di sostentamento, di fabbisogno giornaliero, dove il lavoro, la produzione e gli scambi erano tutti orientati verso uno

scopo vitale, inteso come mantenimento delle condizioni necessarie di vita della propria famiglia. Esempio di queste difficoltà è sicuramente l'epoca medievale, caratterizzata da una realtà molto più lenta, molto meno connessa. Un panorama sorretto da accordi - neanche definibili come contratti - di lunghissima durata, i quali avevano lo scopo di mantenere la realtà immutata: proprio l'immutabilità era al tempo, molto probabilmente, ma quasi sicuramente, il miglior modo di salvaguardare e di tutelare la vita delle persone. I cambiamenti avvenivano solo tramite dei conflitti, potenziali o attuali, che rispondevano principalmente a bisogni di tipo vitale, che assicurassero le condizioni necessarie di vita per sé e per la propria famiglia. Non vi era, sicuramente, il concetto di ricchezza, di produzione per la vendita, di guadagno: era una realtà, quella medievale, dove tutto era orientato al fabbisogno quotidiano, a ciò che bastava per nutrirsi e vivere. Lo strato giuridico che sorreggeva quest'epoca era anch'esso assai frammentato: è impossibile definire gli istituti presenti al tempo, su tutti la Proprietà, difficile da incasellare in una definizione generale ed astratta che possa ricomprendere tutti i titoli presenti in un territorio. Essa, come per altri istituti, non era definibile con i concetti giuridici attuali, poiché non risultava mai uguale a sé stessa: ogni pezzo di terra aveva un suo concetto di proprietà, frutto della storia di accordi e di conflitti di quel particolare terreno. E che quindi, non poteva mai essere paragonato o addirittura identico al pezzo di terra confinante, e così via. Stessa situazione poteva descriversi per il Contratto, istituto completamente diverso dalla definizione odierna: se attualmente il contratto è l'incontro di due volontà volto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico di tipo patrimoniale, nel medioevo la spinta per la realizzazione di accordi era, al posto della volontà, la necessità. Inoltre, è difficile parlare anche di "rapporto giuridico patrimoniale": non vi era ricchezza come scopo, non vi era guadagno, vi era solo il bisogno di procurarsi da vivere. E ogni accordo aveva le sue peculiarità, le quali difficilmente combaciavano in linea generale ed astratta con quelli di altri. Un panorama giuridico difficile quindi da afferrare e da incasellare in un sistema ordinato. Un equilibrio,

quello medievale, difficile da rompere e da ricomporre: processo che si è verificato solo con il passare dei secoli, con piccole ma repentine rotture del sistema descritto, arricchito da alcune rivoluzioni fondamentali per la nascita degli Stati moderni.

La rivoluzione industriale e il progresso tecnologico a seguito hanno consegnato alla storia un cambiamento economico e sociale presente ancor'oggi. L'economia organizzata in industria, la produzione di maggior quantità, la vendita e lo scambio di merci, e uno strato giuridico che ha saputo sorreggere il progresso in termini di regolamenti e tutele, sono i fattori che hanno permesso l'abbandono della logica precedente. Cambio di passo definitivo si è verificato agli inizi del '900, dove l'economia ha iniziato ad essere di massa: le unità produttive si sono organizzate in aziende, con processi produttivi ordinati e con rapporti di lavoro standardizzati; i beni e i servizi prodotti in grande quantità e rivolti verso una platea sempre più ampia di persone. La globalizzazione e la grande distribuzione sono state le due forze che hanno permesso all'economia di massa di diffondersi e di creare una rete commerciale mondiale, nella quale gli imprenditori e le aziende hanno trovato lo spazio di emergere, operando non più a livello locale e provinciale, ma verso una logica nazionale ed internazionale. È proprio qui che nasce la facilità descritta prima, in questo mercato, per mezzo del quale oggi dialoghiamo e commerciamo con il mondo intero, superando le differenze culturali e sociali dei popoli mondiali. E ben si può già capire come la logica della immutabilità, intesa come tutela e protezione, non può sposarsi con un sistema così ampio, interconnesso, vivo e in continuo movimento.

Il ruolo protagonista, nella realtà odierna, è sicuramente svolto dal Contratto. È lo strumento che permette il dialogo e la connessione tra i vari soggetti. Tutte le relazioni sociali ed economiche sono create e regolate da un Contratto: alcuni esempi sono i rapporti di lavoro, l'acquisto di beni e servizi, il commercio, i trasporti e i rapporti con le pubbliche amministrazioni. Le opportunità quotidiane sono tutti possibili contratti da concludere, tramite

i quali modelliamo la nostra volontà per rispondere ai nostri interessi, e al tempo stesso orientiamo l'economia che ci sorregge. E grazie a questa, oggi è possibile concludere contratti di qualsiasi genere, in qualunque luogo, per soddisfare qualsiasi tipo di volontà, sempre nel rispetto delle regole, dei valori e dei principi degli ordinamenti odierni.

Il contratto è l'istituto principe dell'intero sistema di diritto privato che, nella sua disciplina, diventa il biglietto da visita di ogni ordinamento. È l'elemento centrale, il mezzo tramite il quale le relazioni sociali ed economiche si creano e avanzano, il cc.dd. "veicolo degli scambi".

Si può affermare che un ordinamento funziona tanto quanto l'istituto del contratto descritto dal proprio Codice civile o dal proprio ordinamento riesce ad operare e a farsi adoperare, in termini di flessibilità, stabilità e di garanzia.

In un'economia così descritta è, all'ordine del giorno, il contatto tra i grandi operatori economici del mercato (pensiamo alle grandi aziende multinazionali) e soggetti privati (consumatori e piccoli-medio imprenditori). Contatto che assume molto spesso la forma di un vero e proprio contratto: nella prassi, nazionale ed internazionale, il tipo di contratto che si conclude tra questi soggetti è un contratto di durata, dove il fattore tempo risulta uno degli elementi centrali. In un mercato così vivo e in continuo cambiamento è difficile predeterminare fin da subito il regolamento, i comportamenti e gli atteggiamenti che le parti devono adottare durante l'esecuzione del contratto, la quale – esecuzione - può essere intaccata da tanti possibili fattori sopravvenuti che tendono a minare l'impianto contrattuale inizialmente formato. Data questa difficoltà di predeterminazione, le parti sono sempre più orientate a concludere contratti incompleti, con poche clausole, lasciando alla fase di esecuzione il completamento della relazione in essere. Sono contratti che non esauriscono il loro scopo con la conclusione, ma la stessa è l'inizio della relazione, l'inizio di un percorso che chiede alle parti sia di valorizzare e di compiere gli obiettivi prefissati inizialmente, sia di superare, insieme, quelle eventuali sopravvenienze nemiche dell'assetto originario concordato.

Uno dei problemi che attualmente scuote la dottrina giuridica a livello nazionale ed internazionale è la protezione e tutela dell'equilibrio contrattuale e degli investimenti specifici di questi tipi di contratti, i cc.dd. "contratti di durata". Un problema che si presenta ancora più ampio quando ci troviamo di fronte a contratti che mettono in relazione i grandi operatori economici del mercato con quelli più piccoli e deboli. Gli inglesi hanno definito questi rapporti con l'espressione "Business To business (Btob)" o "Business To consumer (Btoc)", sottolineando, già con il carattere maiuscolo e minuscolo delle iniziali, che la relazione contrattuale è tra un imprenditore grande e un imprenditore piccolo, o tra un imprenditore grande e un piccolo consumatore, tra una forza contrattuale che impone il suo regolamento e una che la subisce, tra parte forte e parte debole.

Come già accennato, i contratti che vengono in essere sono "di durata", i quali presentano un regolamento interno abbastanza spoglio, ma un'ampia valorizzazione alla fase esecutiva. Una dottrina recente, di derivazione statunitense, ha denominato questi tipi contrattuali come "*Relational contracts*", per sottolineare l'importanza del rapporto tra le parti in fase di esecutiva: il testo contrattuale viene così integrato dalla relazione, dal comportamento delle parti, dalle volontà e dagli interessi mutevoli nel corso dell'esecuzione.

La questione più delicata di queste relazioni contrattuali, e che più interroga la dottrina e la giurisprudenza per la ricerca di migliori soluzioni, è quella delle sopravvenienze. Disciplina - che verrà ampiamente presentata nel secondo capitolo di questa ricerca - è uno dei temi più caldi nella dottrina civilistica: cosa succede a questi contratti di durata, che danno più valore alla fase esecutiva, in caso di sopravvenienze? Come si devono comportare le parti di fronte a queste situazioni? Possono le parti, per il solo fatto di sopravvenienze, risolvere il contratto? Come si tutela la parte che si trova, a causa di sopravvenienze a lei non imputabili, il contratto risolto dopo che ci aveva fatto affidamento con investimenti specifici?

Sono tutte domande importanti alle quali, mediante questa ricerca, cercherò di dare una possibile risposta.

Una risposta che possa porre rimedio a situazioni di squilibrio contrattuale e di protezione degli investimenti specifici sembra proprio l'Obbligo di rinegoziazione: una dottrina che si fa largo da qualche anno in questo panorama giuridico, esplosa con la pandemia del 2020, che merita di essere, in questa sede, presentata, approfondita e sostenuta.

§ 1.2 L'obbligo di rinegoziazione come possibile risposta.

L'idea che gli attuali rimedi generali previsti dal Codice civile risultano insufficienti a garantire alle parti un'adeguata protezione¹ in presenza di sopravvenienze contrattuali è ormai pacificamente accettata in dottrina. È meno pacifica, invece, in dottrina ma soprattutto in giurisprudenza², la tesi dell'Obbligo di rinegoziazione: tema oggetto di studio in quasi tutti gli ordinamenti occidentali.

Prima di presentare questo nuovo possibile istituto è interessante capire come, nel corso della storia, la dottrina italiana si sia proposta e orientata di fronte al problema delle sopravvenienze. Nell'esperienza giuridica dell'attuale codice, possiamo intravedere la prevalenza in dottrina di due scuole di pensiero: la prima³, più orientata alla salvaguardia del principio di autonomia contrattuale, che guarda con più favore alla risoluzione del contratto; la seconda⁴, ispirata sicuramente dai principi di buona fede e di dovere correttezza, dando valore alla non imputabilità delle sopravvenienze, guarda con più favore al tema della rinegoziazione come rimedio contrattuale. Per un primo tratto di esperienza giuridica, la dottrina italiana tradizionale si è ritrovata nella prima scuola di pensiero, non contemplando un possibile rimedio manutentivo di fronte alle sopravvenienze: il rischio gravava sulla parte onerata, senza possibili rimedi, se non quello della risoluzione del contratto.

¹ V. Roppo. *Il contratto*, cit. 963. Sul punto, l'autore introduce il tema dei rimedi manutentivi presentando un'inadeguatezza dei rimedi attualmente codificati. L'inadeguatezza può presentarsi secondo un duplice motivo: sia nella descrizione delle fattispecie che danno luogo a rimedi, sia inadeguatezza del *modus operandi*.

² CASS, 18 luglio 2013 n.17560; CASS, 21 aprile 2011 n.9263. In queste sentenze, i giudici hanno affermato la supremazia – al momento – della soluzione prevista dal codice, ovvero l'alternativa tra risoluzione o adeguamento in caso di sopravvenienze.

³ E. Tuccari *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 24

⁴ La posizione della dottrina più risalente è presente in V. Roppo. *Il contratto*, cit, 944.

Intorno alla metà degli anni '90, si è affermato in dottrina un pensiero più vicino alla seconda scuola citata, riconoscendo nel nostro ordinamento l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione specificamente nei "contratti a lungo termine" di fronte alle sopravvenienze contrattuali⁵. Secondo questa dottrina, infatti, in presenza di circostanze sopravvenute non imputabili ai contraenti, sorgerebbe a carico degli stessi un obbligo legale di rinegoziare le condizioni contrattuali per evitare la risoluzione, o meglio, per evitare la sopportazione eccessiva del rischio della parte debole di fronte alla situazione venutasi a creare. Dottrina che, facendosi sempre più spazio, inizia ad essere accolta anche in qualche pronuncia giurisprudenziale⁶.

Più nello specifico, alcuni autori sostengono che l'obbligo legale di rinegoziazione si ispirerebbe alla teoria della Presupposizione⁷. Figura elaborata dalla pandettistica tedesca di metà '800, in un contesto nel quale non esisteva una norma come l'art.1467 (risoluzione del contratto per eccessiva onerosità), stabilisce che la conclusione del contratto sia frutto anche e soprattutto grazie ai cc.dd. "presupposti impliciti": le circostanze sopravvenute sono in grado quindi di modificare, non solo l'assetto originario del contratto, ma anche questi presupposti, fondamentali per la parti e il loro consenso all'accordo.

⁵ F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*; V. Roppo *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*.

⁶ Trib. Roma, Sez. VI civile, ord. 27 agosto 2020, n.29683. Sul tema, la pronuncia auspica ad un diritto dei contratti più solidale, contemperando il principio di vincolatività del contratto ex art.1372cc. Sul punto anche Relazione CASS. N.56/2020.

⁷Presupposizione: teoria elaborata inizialmente nella dottrina tedesca, avvallata e recepita anche in Italia, che s'interseca non solo con il tema delle sopravvenienze, ma anche con quello della volontà, dell'interpretazione e integrazione del contratto. V. Roppo, *il Contratto*, cit., 965.

Questa dottrina è stata in parte avvallata dalla giurisprudenza, che ha definito, nei caratteri essenziali, il presupposto: può essere di fatto o di diritto, presente o futuro, obiettivo ed esterno al contratto, non contemplato dal contratto, condiviso da entrambe le parti (se assunto da una sola, deve riflettere il suo interesse esclusivo), dotato di valore determinante e percepito come certo. Il venir meno di questo presupposto legittima, quindi, una tutela per la parte interessata allo stesso, protezione che spesso si sostanzia nella richiesta al giudice di una invalidità o della risoluzione. Teoria però da abbandonare: la dottrina dell'obbligo di rinegoziazione si discosta da quella della presupposizione principalmente per due motivi: in primis, le due teorie danno rilevanza una alla fase esecutiva, l'altra alla fase di formazione del contratto; in secundis, differenza sostanziale, è il tipo di tutela che prevedono, poiché una guarda ai rimedi manutentivi, l'altra a rimedi estintivi⁸.

L'Obbligo di rinegoziazione vuole inserirsi, nell'ambito delle sopravvenienze, come rimedio manutentivo e di adeguamento del contratto⁹, cercando di proporsi come istituto apparentemente migliore per la salvaguardia di valori, come l'equilibrio contrattuale, la protezione degli investimenti specifici e la tutela dei contraenti. Entra in gioco soprattutto nei casi in cui le parti non hanno previsto, già dalla formazione e conclusione del contratto, alcuna clausola in merito alla gestione delle sopravvenienze.

⁸V. Roppo. *Il contratto*, cit.963; E. Tuccari *Sopraevenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 24.

⁹Il catalogo dei rimedi manutentivi presenti attualmente nel nostro ordinamento presenta due tipi di rimedi, uno legale e l'altro convenzionale. Come rimedi manutentivi di tipo legale si possono citare l'errore di calcolo, il contratto viziato da ogni genere d'errore se rettificato, il contratto rescindibile per lesione e quello risolubile per eccessiva onerosità non si risolvono se ridotti ad equità, la vendita di cosa affetta da vizi può evitare la risoluzione con l'adeguamento del prezzo o intervento del giudice, la revisione del prezzo e l'equa indennità nei contratti di appalto se intervengono sorprese geologiche che rendano l'opera più gravosa per l'appaltatore. Sono tutti rimedi che hanno come caratteristica comune la flessibilità: grazie a questa è possibile porre rimedio a situazioni che lo stesso contratto si vincolerebbe per la sua rigidità. Rispondono allo stesso scopo e condividono la caratteristica della flessibilità anche i rimedi manutentivi convenzionali: esempi sono le clausole di ius variandi all'interno del contratto, mediante le quali si consente alle parti di modificare il loro rapporto in una logica più conveniente; utilizzate, soprattutto in ambito internazionale, sono le clausole di hardship, che contemplano sopravvenienze diverse da quelle legali o rimedi diversi da quelli legali; spesso sono utilizzate anche le clausole di rinegoziazione.

Non solo: questo istituto si propone inoltre come risposta alternativa ai rimedi previsti dall'ordinamento, considerati in certi tipi di relazioni contrattuali - come quelle dei contratti di durata - obsoleti sia da un punto di vista economico sia da un punto di vista giuridico.

La sfida, in questa sede di ricerca, è quella di presentare l'Obbligo di rinegoziazione come nuovo possibile rimedio, ricercando le sue fonti, mettendolo in relazione con altri istituti e risolvendo qualche conflitto giuridico che potrebbe crearsi nella instaurazione e implementazione dello stesso nel nostro ordinamento.

§ 1.3 La Drittwirkung: l'applicazione diretta dei principi costituzionali ai contratti

La presentazione dell'Obbligo di rinegoziazione come principio guida e come possibile valore fondante del nostro ordinamento impone una ricerca accurata della sua presenza all'interno delle fonti primarie. Una ricerca che guarda quindi alle costituzioni, quali carte fondamentali espressive dei diritti, dei principi e delle regole di funzionamento dei relativi ordinamenti. Prima però di inoltrarci in questa giungla, apparentemente selvaggia – soffermando la ricerca nelle norme della costituzione italiana – è opportuno rispondere ad un quesito primario: i principi e i valori fondamentali espressi nella carta costituzionale sono direttamente applicabili alle relazioni contrattuali di diritto privato?

Questo è un quesito che richiede uno sforzo interpretativo di alto profilo: da tempo, le dottrine costituzionali si sono interrogate su una possibile risposta - la quale risulterà primo passo fondamentale per la ricerca, scoperta e applicazione del tema in esame – oscillando tra vari orientamenti e scuole di pensiero. Per rispondere è qui opportuno presentare la Costituzione come fonte del diritto dei contratti.

Le norme costituzionali sono fonti della disciplina dei contratti sotto un duplice punto di vista: da un lato, si rivolgono al legislatore, che in sede legislativa è chiamato a rispettarle¹⁰ (cc.dd. *applicazione verticale*); dall'altro lato, le norme costituzionali si rivolgono a tutti i privati nel momento in cui stipulano un contratto (cc.dd. *applicazione orizzontale*).

Proprio da questo secondo punto di osservazione, sorge spontaneo il quesito di cui prima, cioè se e quando le regole costituzionali si applicano direttamente ai rapporti contrattuali. Inizialmente – almeno nella dottrina giuridica italiana – si sosteneva la non applicazione diretta delle norme costituzionali ai contratti, sostenendo che erano rivolte solo al legislatore per una applicazione verticale.

Il cambio di rotta è avvenuto grazie ad una dottrina tedesca, denominata “*Drittwirkung*” che ha iniziato ad intendere le norme costituzionali come fonte diretta dei contratti, sostenendo che almeno i principi fondamentali e fondanti dell'ordinamento siano direttamente applicabili alle relazioni contrattuali tra privati. Di conseguenza, il giudice, in fase di valutazione, potrebbe basare la sua decisione sui principi costituzionali, idonei a risolvere il caso concreto.¹¹

¹⁰ Con detta applicazione verticale si prevede una tutela indiretta della libertà contrattuale, che risulta tutelata nella misura in cui vengono tutelati altri valori costituzionalmente garantiti. Infatti, non è presente in Costituzione una norma che tuteli espressamente la libertà contrattuale ma si evince da altre norme, quali: art.41 Cost. (Contratto è il principale strumento attraverso cui si esercita l'iniziativa economica) art.42 Cost. (proprietà privata: mezzo attraverso il quale è goduta o disposta è il Contratto).

¹¹ La dottrina della *Drittwirkung* è stata interamente accettata anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, stabilendo che anche le norme inserite nei Trattati siano direttamente applicabili ai contratti, sulle quali quindi la Corte può basare la propria decisione. Sul tema: sentenza CGUE 06/2000, C-281/98.

Se ci poniamo quindi nel versante dottrinale aperto dalla *Drittwirkung* è possibile sia una ricerca dell'Obbligo di rinegoziazione nelle norme costituzionali, ma soprattutto renderlo principio applicabile direttamente alle relazioni contrattuali.

Siamo alle porte della ricerca del principio di rinegoziazione nel nostro ordinamento, l'entrata è però, giustamente, presidiata da un ordine di esposizione e di completezza: detiene la precedenza sicuramente la ricerca e la scoperta operata dalla dottrina tedesca in merito a questo tema.

Sulla spinta della *Drittwirkung* gli operatori tedeschi hanno valutato la presenza, nascosto nei loro principi fondamentali dell'ordinamento, un obbligo di rinegoziazione nelle relazioni contrattuali di durata, soprattutto nelle situazioni di sopravvenienze che creano squilibrio contrattuale e rischio per gli investimenti specifici delle parti.

Questa spinta, diventata sempre più forte con le difficoltà dovute alla pandemia del 2020, ha indotto le parti a valutare ed esercitare rimedi di tipo manutentivo, informati proprio dalla rinegoziazione, rispetto a rimedi caducatori a seguito di battaglie – inutili - in tribunale¹²

¹² Rispetto a questo tema, è importante segnalare l'orientamento prevalente seguito sia dalla giurisprudenza tedesca, ma soprattutto dalle parti, in ordine ai contratti di locazione. La pandemia ha sicuramente messo in crisi l'apparato degli affitti, in particolare quelli aventi ad oggetto gli spazi commerciali. Sul tema ci si chiedeva appunto come tutelare gli affittuari che non potevano, in situazione di chiusura forzata (cc.dd. *lockdown*), esercitare la loro professione, ma erano comunque tenuti a pagare il canone di locazione. I giudici hanno provato a basare le loro decisioni sui paragrafi 536 (Esonero totale dalla prestazione in caso di vizio della cosa locata) e 313 (Adattamento del contratto alle circostanze mutate in maniera significativa rispetto a quelle della conclusione). Ma le parti, nella maggior parte dei casi, hanno preferito, rispetto alla causa in tribunale, la rinegoziazione. E questo forse è già un primo segnale della presenza dell'Obbligo di rinegoziazione come principio e valore fondante degli ordinamenti odierni.

§ 1.4 L'obbligo di rinegoziazione nella costituzione italiana

La ricerca dell'Istituto in esame, quale valore fondante del nostro ordinamento, ci impone di iniziare dalle norme della Costituzione italiana, valutando se, all'interno di esse, si possa scovare una sua presenza in termini di diritto, dovere o principio.

Spesso in dottrina, nel momento di scoperta di un nuovo istituto o durante la ricerca di nuove soluzioni, si tenta un aggancio costituzionale, fondamentale per i seguenti motivi: riuscire a trovare un appiglio in costituzione permette al nuovo istituto di inserirsi con più forza nel sistema, con più stabilità, perché appunto detiene una sua giustificazione in una norma gerarchicamente più alta; inoltre permette un grado di tutela e di protezione maggiore in sede giurisdizionale, poiché può essere materia di giudizio costituzionale. Spesso i tentativi di scoperta in Costituzione dell'istituto che si va studiando, comportano una serie di passaggi, che non contemplano il criterio dell'immediatezza: è consuetudine ritrovarne la presenza tramite l'interpretazione di sentenze della Corte, che a sua volta prende uno dei possibili orientamenti riguardo ad una determinata norma. Il processo, per quanto nobile e possibile, risulta alquanto complicato. Inoltre, bisogna qui ricordare il processo formativo della Costituzione stessa: l'Assemblea costituente era un insieme di più anime, e la Carta, quindi, frutto di un compromesso politico. Un catalogo di diritti, doveri, principi e regole che potessero rispecchiare tutte le idee politiche del tempo, "un patto" per riuscire ad andare d'accordo e per far funzionare il sistema. Attribuire ex post - alla Costituzione - significati, interpretazioni e istituti è forse un procedimento non solo pericoloso, ma si rischia di cercare qualcosa che nel pensiero costituente, di fatto, non esisteva. In questa sede però, parlando di Obbligo di rinegoziazione - istituto che discende direttamente da principi di solidarietà, quali la buona fede e la correttezza - credo che una ricerca vada almeno tentata. Di fatto, il tema in esame,

costituisce un comportamento, un modo di intendere la contrattazione che, ai nastri di partenza, sembra andare alquanto d'accordo con le norme costituzionali. E l'esegesi è il metodo.

La prima norma costituzionale che viene in rilievo come espressione dell'Obbligo di rinegoziazione è l'articolo 2, *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*.

Norma cardine del nostro ordinamento, riconosce e garantisce i diritti fondamentali dell'uomo, riconosciuti preesistenti e, a tutti, considerati inviolabili. L'accento va posto sulla seconda parte del comma, ovvero dove l'ordinamento giuridico richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Soprattutto in quel “solidarietà economica” si può intravedere una prima presenza dell'Obbligo di rinegoziazione. Il significato di solidarietà, ormai affermato nella dottrina e giurisprudenza di legittimità, è quello d'intendere non solo l'adempimento di doveri, ma più in generale agire per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza l'animo e l'agire umano, al di là del calcolo utilitaristico o dell'imposizione di un'autorità legalmente costituita. Qui la costituzione fa una netta scelta di campo: il valore su cui si fonda il nostro ordinamento è quello della solidarietà, della collaborazione. Valore che, trasportato nell'ambito civile, specificamente nell'ambito della contrattualistica, già ci indirizza sui profili comportamentali e di condotta che la Costituzione tende ad indicare. Centrando il punto, in caso di sopravvenienze non imputabili ai contraenti, per evitare una eccessiva gravosità di rischio ad una delle parti, questo valore, concretizzato proprio nell'Obbligo di rinegoziazione, può informare l'intero sistema. Anche quindi se le parti non hanno riferito nel testo contrattuale alcuna clausola, alcuna previsione, di come le situazioni di sopravvenienza dovranno essere risolte, il valore della solidarietà così tradotto interviene e, quanto meno, limita i danni di una eventuale risoluzione utilitaristica a vantaggio solo di un contraente. E sorge proprio in quell'agire libero e spontaneo, non imposto,

dall'animo dei contraenti di intendere la contrattazione come una vera e propria relazione cercando, per quanto possibile, di superare qualsiasi avversità sopravvenuta insieme.

Uno sforzo d'interpretazione maggiore - ma neanche impossibile - occorre farlo in ordine alla norma successiva. L'articolo 3 della Carta stabilisce che *“Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*. Tralasciando il primo comma che enuncia il principio di eguaglianza formale, è opportuno concentrarsi nel secondo, il quale enuncia il principio di eguaglianza sostanziale. Questa norma può esprimere una presenza dell'Obbligo di rinegoziazione nella parte in cui stabilisce che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale: ostacoli che se non rimossi degradano l'individuo e offendono la sua dignità e la sua realizzazione. Anche se lo sforzo interpretativo sembra arduo – me ne rendo conto – è possibile legittimarne la presenza nelle situazioni in cui, in presenza di sopravvenienze contrattuali, una parte si vede sopportare un rischio enorme che, se subito effettivamente, le comporta un impedimento della sua realizzazione o, ancora peggio, un'offesa alla propria dignità. L'obbligo qui interverrebbe proprio per evitare situazioni che possano minare i valori enunciati dalla norma.

Con il medesimo sforzo interpretativo si può presentare, sempre come espressione del principio, l'articolo 41: *“L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*. Norma che sancisce il principio

della libertà di iniziativa economica, tenuta a freno con opportuni limiti in modo tale che la stessa abbia una vocazione di utilità sociale. Dove possiamo intravedere una presenza o una legittimazione costituzionale dell'obbligo di rinegoziazione è proprio nell'utilità sociale: l'iniziativa economica privata, sebbene finalizzata al perseguimento di un profitto personale, non può identificarsi con l'interesse esclusivo dell'imprenditore, ma deve realizzare, seppur indirettamente, interessi della società nel suo complesso. Ciò che ci vuole ribadire il legislatore costituente è che lo sviluppo economico non è un fine, ma un mezzo per la realizzazione dei valori fondamentali della persona e dei doveri di solidarietà sociale. L'Obbligo di rinegoziazione diventa – a mio avviso - lo strumento, a questo punto principe, per realizzare l'utilità sociale e per assolvere ai doveri di solidarietà sociale che rinforzano i valori cardini della nostra società.

La riflessione attorno alle norme costituzionali, soprattutto la ricerca della presenza e della legittimazione dell'Obbligo di rinegoziazione nelle stesse, sembra un procedimento molto complicato, con sforzi interpretativi ampi. Ci sono due modi di vedere e di valutare questa ricerca: un primo modo è la critica, argomentando che le norme costituzionali, oltre a non poter intervenire direttamente nelle relazioni contrattuali, non si riferiscano direttamente ai contratti e a come gestire le sopravvenienze; altro modo è seguire la dottrina dell'applicazione diretta dei principi costituzionali alle relazioni contrattuali: le norme costituzionali non rimangono quindi nell'olimpico come concetti puramente teorici, ma diventano norme che trovano una loro applicazione pratica, che informano il sistema, non solo dall'alto, ma vengono all'interno e danno la direzione. Seguendo questo secondo modo di intendere, l'Obbligo di rinegoziazione trova, non solo la legittimazione a poter stare nell'ordinamento, ma ampio, ampissimo spazio di applicazione e di manovra. Diventa l'ancora per le parti in una relazione contrattuale: un sistema che non si dimentica, ma che interviene, in tutta la sua completezza a tutelare i valori fondamentali di equilibrio contrattuale, protezione degli investimenti, protezione della parte

debole, è un sistema virtuoso, che cresce, che non dimentica nessuno, che crea rete, collettività e condivisione. Crea forza e stabilità all'interno della sua economia e della sua società. Appare qui più corretto intendere le norme costituzionali come cardini operativi dell'ordinamento: sono norme attorno al quale ruota la nostra vita quotidiana, non le dobbiamo lasciare lì come lettera morta. Devono operare, orientarci, guidarci, verso la realizzazione sempre più alta dei valori di persona, dignità e collettività, principi che solo le norme costituzionali sanno saldare, unire e portarci sempre più ad un progresso economico e, al contempo, umano.

§ 1.5 I principi di buona fede e di dovere di correttezza.

La ricerca delle fonti dell'Obbligo di rinegoziazione incontra – in questo paragrafo - uno dei pilastri su cui si fonda la materia civilistica, ovvero il principio di *buona fede*. Questo concetto è presente in numerose disposizioni del legislatore nel Codice civile. Il primo incontro è previsto nell'art.1175cc, norma che, disciplinando il comportamento delle parti in un rapporto obbligatorio, impone al debitore e al creditore il dovere di comportarsi secondo *buona fede*¹³. Più nello specifico della materia contrattuale, incontriamo la buona fede all'art.1337cc, norma che impone alle parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, un comportamento secondo *buona fede*: un principio che regola ogni fase della formazione ed esecuzione del contratto.

¹³ Si può notare come questo dovere di cooperazione si fonda sul principio di solidarietà sociale previsto dall'articolo 2 della Costituzione, incontrato nel paragrafo precedente.

Anche nella norma successiva – l’art.1338cc - incontriamo la *buona fede*, ma in un ambito più operativo: la parte che conosceva una causa d’invalidità del contratto e non la ha comunicata a controparte – in altri termini, non si è comportata secondo buona fede - è tenuta al risarcimento del danno a controparte. Il principio riemerge, successivamente, nelle norme di interpretazione del contratto, nello specifico, nella norma 1366, la quale impone, nella fase di interpretazione, un’analisi secondo *buona fede*: questa norma è molto importante perché tutela l’affidamento di ciascuna parte sul significato dell’accordo, di conseguenza scarta interpretazioni cavillose e formalistiche che le parti tendono ad effettuare nel proprio interesse, contrarie allo spirito d’intesa¹⁴. Infine, come catalogo di norme espressive del principio, troviamo la *buona fede* all’art.1375cc, norma che stabilisce l’esecuzione del contratto secondo buona fede: questa norma ci dice che la prima fonte d’integrazione del contratto è la *buona fede*, intesa come regola di condotta che concorre a determinare il comportamento dovuto dalle parti nell’esecuzione dalle parti. La *buona fede*, grazie a questa norma, diventa un obbligo di mantenere, nella relazione contrattuale, un comportamento leale e corretto in relazione alle concrete circostanze di attuazione del contratto, e si sostanzia nei doveri di avviso, informazione, solidarietà e protezione¹⁵.

Questa carrellata di norme è utile per presentare l’importanza di detto principio nella materia civilistica, ma in realtà non spiegano che cosa sia effettivamente la *buona fede*.

Una definizione o, per lo meno, una spiegazione più dettagliata del concetto è opportuna per capire se, proprio da questo principio, possa discendere il cc.dd. Obbligo di rinegoziazione.

¹⁴⁻¹⁵ Riemergono i principi e valori enunciati dall’articolo 2 e 3 della Costituzione.

Per molto tempo si pensava che la *buona fede* fosse semplicemente un principio morale, una sorta di raccomandazione alle parti, ma non che si trattasse di un principio o vincolo giuridico alla cui violazione scattassero determinate conseguenze giuridiche.

Il cambiamento di prospettiva si è presentato con la celebre sentenza della Cassazione civile “Fiuggi” n°3293 del 1994: la sentenza è l’esito di un iter procedimentale e giurisdizionale nel quale si è ampiamente discusso sul valore della *buona fede* nel nostro ordinamento. Il caso in questione ha messo in conflitto il comune di Fiuggi ed una società privata, la quale aveva una concessione per sfruttare la sorgente d’acqua. La concessione prevedeva un pagamento, da parte della società, di un canone annuo, che rimaneva stabile: la società però, anno dopo anno, fornendosi di un’altra società controllata - costituita ad hoc per la sola vendita dell’acqua, in modo tale da non subire i vincoli della concessione - aumentava il prezzo di vendita dell’acqua al pubblico. Il comune di Fiuggi contesta il fatto ritenendolo contrario a buona fede; la società si è difesa dicendo che non aveva cambiato il prezzo di vendita – era, di fatto, la controllata che aumentava il prezzo -. In primo grado di giudizio, il tribunale di Roma respinge la richiesta da parte del comune dando ragione alla società, che da un punto di vista contrattuale non aveva violato alcuna norma. Stesso esito anche in appello. Cambio di rotta si verificò invece in Cassazione, nel giudizio dove i giudici di merito rifletterono sul significato della buona fede: danno ragione al comune di Fiuggi stabilendo che il comportamento della società era contrario alla regola della buona fede. La legittimazione di questa decisione la trovarono proprio nell’art.2 della Costituzione. Riemerge qui, nel nuovo significato che si dà alla buona fede, il dovere di lealtà e di cooperazione, non come lettera teorica e principio morale, ma come valore che entra dentro il sistema e opera in una prospettiva dinamica.

Dottrina e giurisprudenza appaiono quindi concorde sul ruolo della buona fede come fonte d'integrazione del contratto: la valorizzazione di questo principio costituisce una delle principali linee di sviluppo del diritto dei contratti del nostro tempo¹⁶.

Anche nell'area di ricerca e di sviluppo della Buona fede, dato questo ormai prevalente orientamento sul suo significato e sulla sua interpretazione, emerge l'Obbligo di rinegoziazione. Un istituto che da nuova forma e nuova attuazione al principio di buona fede nella fase esecutiva del contratto, che aiuta le parti, specialmente la più debole o la più onerata dell'eventuale rischio, a sorreggerla e orientarla in fase di sopravvenienze contrattuali. L'Obbligo di rinegoziazione si estende come manifestazione del dovere di lealtà e di correttezza, attuando sia le norme costituzionali, sia le norme civilistiche di condotta che informano e che – a mio avviso - sostengono l'intero apparato delle relazioni contrattuali.

¹⁶ Per quanto riguarda il dibattito dottrinale, su tutti V. Roppo. *Il contratto*, cit. 465. Sul piano giurisprudenziale si segnalano le sentenze: C. Cost.26/07/2022 n.198; CASS. CIVILE, sez. I, 12/05/2023 n.12993; CASS. CIVILE, sez. I, 14/04/2023 n. 10044; CASS. CIVILE, sez. I, 14/04/2023, n. 10024.

§ 1.6 Il senso di questa ricerca

La lettera d'intenti che scrivo insieme a questa ricerca è la scoperta di un principio, di un valore e quasi un dovere che vive e si manifesta nel nostro ordinamento. La strada non è quella di cercare e di imporre un obbligo tramite legge. La fonte vuole essere più alta, come più alto vuole essere il significato. Gli ordinamenti attuali, tramite le loro costituzioni e il loro apparato legislativo predispongono un'arena, dentro la quale la contrattazione è libera: perché le partite all'interno abbiano un senso serve necessariamente un tessuto di regole e di limiti, che gli stessi ordinamenti sono chiamati a disciplinare. L'Obbligo di rinegoziazione vuole essere scoperto come principio di lealtà nella contrattazione: tanto più la contrattazione tende ad espandersi fuori dei muri dell'arena – rischiando di diventare sleale - tanto più l'ordinamento deve intervenire e porre la propria barriera, affinché la partita possa continuare con il suo ordine di gioco.

Non è altro che l'interruzione del gioco - nel mondo del pallone – in caso di infortunio di uno degli avversari, per ricominciare la partita undici contro undici. E il tutto, senza che l'arbitro dica o obblighi di farlo, ma eseguito dai giocatori in pieno spirito di volontarietà e di libertà. Un sentimento presente nelle parti, alle quali chiede di giocare con lealtà e correttezza, al fine di rendere lo spettacolo creato insieme, in questa arena, la vera vittoria della contrattazione.

Capitolo 2

LA RINEGOZIAZIONE COME ALTERNATIVA ALLA RISOLUZIONE NEI CONTRATTI DI DURATA.

§2.1 I contratti di durata: definizione e disciplina. - §2.2 Le sopravvenienze contrattuali: tipiche e atipiche. - §2.3 I rimedi del Codice civile di fronte alle sopravvenienze: la risoluzione del contratto. - §2.4 L'Obbligo di rinegoziazione come risposta migliore alle sopravvenienze dei contratti di durata: salvaguardia dell'equilibrio contrattuale e tutela del contraente debole. Effetti giuridici e intervento sostitutivo del giudice. - §2.5 Ipotesi di codificazione dell'Obbligo di rinegoziazione: a livello nazionale e a livello europeo. - §2.6 La posizione della giurisprudenza. §2.7 Rapporto tra Obbligo di rinegoziazione e autonomia contrattuale. - §2.8 Ma ha ancora senso il testo del contratto?.

§ 2.1 I contratti di durata: definizione e disciplina

Entrando sempre più nel cuore della ricerca è opportuno presentare ora il campo d'azione dell'Obbligo di rinegoziazione, e quindi presentare le fattispecie contrattuali alle quali si applicherebbe questo nuovo principio e istituto. Questo, infatti, sorge non per risolvere le sopravvenienze di qualsiasi tipo di contratto, ma nasce e tende a riequilibrare situazioni dei cc.dd. “contratti di lunga durata” - “*long term contracts*” nel diritto anglosassone -. Questi contratti, si distinguono da altre fattispecie per la nascita, durante la fase esecutiva, di una vera e propria “relazione contrattuale”.

Lo studio di questi tipi contrattuali ha fatto emergere, nella dottrina giuridica statunitense¹⁷, due teorie che esprimono al meglio la natura e le caratteristiche degli stessi, figlie del più vasto movimento giuridico di “law & economics”¹⁸. Analizziamole separatamente.

La prima è denominata “Relational contracts”¹⁹, teoria che afferma la totale superiorità della relazione nel tipo contrattuale esaminato: tramite un’indagine socio-giuridica, gli studiosi americani hanno evidenziato come la maggior parte dei rapporti sociali siano di tipo relazionale. Sarebbe, quindi, più intensa la forza sociale e la predisposizione degli individui al sacrificio delle proprie aspirazioni personali, rispetto alla forza individualista che guarda alla mera utilità personale - quest’ultima fondata e radicata nel pensiero di Hobbes (“man-the-atom”)-. Di conseguenza sono maggiori le situazioni in cui gli individui agiscono insieme nell’ambito di relazioni sempre più ampie e complesse: si è evinto che gli attori economici sono più predisposti verso lo sviluppo delle relazioni d’affari tramite contratti a lungo termine rispetto a contratti istantanei e isolati.

Ponendo l’accento sul termine “relazionale” si può scorgere la natura di questa fattispecie: sono contratti che pongono come fonte regolatrice la relazione tra le parti, sia in fase di formazione, soprattutto in fase di esecuzione. Molto spesso il contratto, alla sua conclusione, si presenta

¹⁷ L’analisi dello studio e delle riflessioni della dottrina statunitense sul tema delle sopravvenienze è stata approfondita da E.C. ZACCARIA, *L’adattamento dei contratti a lungo termine nell’esperienza statunitense: aspirazioni teoriche e prassi giurisprudenziali*, 2006, 478 ss.; studio sostenuto anche da P.GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*.

¹⁸ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, 2018, cit. 39.

¹⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 968. L’autore, in questi tipi di contratti, afferma una “relazione molto intensa” fra le parti, con la quale riescono ad organizzare la propria sfera giuridica in funzione di quel rapporto con l’altra, capace – sempre il rapporto – di condizionare l’intera esecuzione contrattuale.

scarno ed essenziale, rimandando alla cc.dd. “*relation*” la regolazione della fase esecutiva. È quindi un tipo contrattuale che si basa sulla collaborazione reciproca tra le parti. Termine relazionale che, in linea di massima, dovrebbe informare anche le situazioni di sopravvenienze contrattuali durante l’esecuzione, il quale imporrebbe un adeguamento o una rinegoziazione dei termini iniziali per superare, insieme, in pieno spirito di solidarietà, reciprocità e collaborazione, i profili problematici sopravvenuti.

A rinforzo di questa teoria relazionale – e di conseguenza a rinforzo della presenza dell’Obbligo di rinegoziazione - esiste una seconda teoria, la cc.dd. teoria degli “*incomplete contracts*”: questa dottrina, elaborata sempre negli *States*, affermerebbe la natura necessariamente “incompleta” di tutti gli accordi contrattuali²⁰. Pensiero che si basa su un semplice ragionamento di fondo, cioè che un contratto è incompleto quando “non tenga conto di tutte le circostanze che si possono verificare successivamente alla sua conclusione, e dei loro effetti sull’equilibrio contrattuale”. Questo accade nella maggior parte, se non tutta, dei contratti. Di fatto, al momento della formazione del contratto, è impensabile per le parti riuscire a predeterminare tutte le possibili situazioni che si possono verificare nell’esecuzione dell’accordo, figuriamoci di un contratto a lunga durata. Viviamo in un’epoca di grandi cambiamenti, sociali, economici e tecnologici, che impongono un grado di flessibilità ancora maggiore alla disciplina contrattuale. I contratti a lunga durata, in una realtà del genere, risultano sia relazionali ma soprattutto incompleti: ecco che, da queste due caratteristiche - spinte dalle due dottrine - nascerebbe l’Obbligo, per le parti, di rinegoziare il contratto per gestire ex post le imminenti, sconosciute ma molto spesso sicure sopravvenienze contrattuali. Lo sbarco delle teorie “*Relational contracts*” e “*Incomplete contracts*” alle soglie del nostro ordinamento, ha imposto ai giuristi italiani un’ampia riflessione attorno le possibilità di recepimento, adeguamento e applicazione alla nostra disciplina contrattuale²¹.

Il metodo mediante il quale i giuristi hanno approfondito le teorie è stato quello di trattare il fenomeno prima da un punto di vista descrittivo, poi normativo.

Partendo dalla teoria relazionale, il profilo descrittivo sembra combaciare: anche in Italia è diffusa la prassi di utilizzo degli accordi a lunga durata informandoli ed eseguendoli tramite la cooperazione. Da un punto di vista normativo invece, sorge qualche profilo critico: osservando la realtà è difficile affermare che i movimenti contrattuali siano spinti da logiche solidaristiche e comunitarie, bensì da una visione più individualista e utilitaristica della contrattazione. Il contratto è proprio il mezzo attraverso il quale si perseguono le più svariate finalità economiche e si regolano i propri personali interessi, spesso contrapposti con quelli di controparte. Proprio in situazioni di sopravvenienze, dove ognuna delle parti tende a massimizzare il proprio profitto, emerge la distanza degli interessi, situazione che induce una parte a preferire, sempre per spinte individuali, meccanismi di risoluzione o di esecuzione del contratto; situazione che invece, a controparte, spingerebbero verso meccanismi di adeguamento e di rinegoziazione.

Analizzando la seconda teoria degli “*Incomplete contracts*” si evidenzia come, anche in questo caso, il profilo descrittivo possa combaciare: in linea di massima, tutti i contratti sono incompleti, data l'impossibilità per le parti di prestabilire e regolare futuri avvenimenti. E i contratti di lunga durata presentano questa caratteristica in ampia estensione. Sotto il profilo normativo però, si è scoperto ed evidenziato che la previsione della rinegoziazione del contratto originario induce le parti ad assumere, ancor di più, atteggiamenti opportunistici.

²⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 968. Per quanto riguarda il programma contrattuale, l'autore sostiene come quanto più un contratto è complesso e di lunga durata, tanto più è destinato ad essere “inevitabilmente incompleto”. Incompletezza che si traduce in una difficoltà di gestione del rapporto contrattuale in fase di sopravvenienze.

²¹ E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, 2018, cit. 40 ss.

Se una parte sa che la foce della relazione, in caso di sopravvenienze, è la rinegoziazione, può assumere atteggiamenti e comportamenti - o prendere addirittura scelte che indeboliscano la relazione - per avere più vantaggio in vista della rinegoziazione. Sostanzialmente, porta le parti ad assumere atteggiamenti di difesa durante la relazione ed esecuzione, per poi attaccare in fase di rinegoziazione, non risolvendo né la questione dell'equilibrio contrattuale né tanto meno la soddisfazione degli interessi individuali. Da un punto di vista economico la rinegoziazione può risultare quindi inefficiente.

I giuristi italiani, nel recepire queste due teorie, si sono spinti un po' più a fondo, ovvero hanno creato, in queste fattispecie, un vero e proprio obbligo legale di rinegoziazione. Questa è una previsione che può stonare sia con i profili di autonomia contrattuale, sia con lo spirito stesso di solidarietà e collaborazione, spinto dalla facoltativa volontà di rinegoziare un accordo. L'obbligo quindi minerebbe, secondo una parte della dottrina, quello spirito di volontarietà della rinegoziazione. Anche dal mio punto di vista, la creazione di un vero e proprio obbligo legale di rinegoziazione, oltre a porsi in totale conflitto con i principi sacri dell'autonomia contrattuale, svierebbe da quella funzione sociale e solidaristica alla quale il principio vuole aspirare. La ricerca qui ambisce alla scoperta di un principio, di un valore, e non di certo di un vincolo legislativo espressamente previsto. Sul punto tornerò ampiamente nei prossimi capitoli. Approfondendo nello specifico i cc.dd. Contratti di durata, credo sia opportuno riportare in questa sede la classificazione operata dal giurista Giorgio Oppo in merito all'elemento di durata di questi rapporti contrattuali²²: questa classificazione è data per evidenziare come l'elemento del tempo incida in maniera differente in base alla qualificazione contrattuale del rapporto.

²² G.OPPO, *I contratti di durata*, I, in Riv. dir. comm., 1943, 143 ss., 227 ss.; in questo scritto, l'autore, a poca distanza dall'entrata in vigore dell'attuale codice, delinea una possibile classificazione dei rapporti giuridici, classificandoli proprio in base all'elemento "di durata".

Il primo rapporto contrattuale che delinea il giurista è quello dei “*contratti ad esecuzione differita*”: sono contratti caratterizzati per la distanza tra l’atto costitutivo del rapporto e l’adempimento, ovvero l’esecuzione del contratto è rimandata ad un momento successivo. In questi contratti, il tempo svolge la funzione di termine per l’esecuzione della prestazione.

Figura differente sono i *contratti che necessitano di un certo periodo di tempo per l’adempimento*²³: il tempo, in questi contratti, funziona come termine, e l’obbligazione si ritiene adempiuta solo ed esclusivamente alla scadenza.

Terza figura della classificazione di Oppo sono appunto i *contratti di durata*: il tempo, in queste relazioni, non funziona da termine e l’adempimento consiste nel compimento della stessa attività in modo ripetuto e continuativo. La durata non riguarda solo il rapporto e l’esecuzione, ma l’adempimento stesso: essa funge da nota individuatrice della prestazione. Caratteristiche principali dei contratti di durata sono principalmente due: la predisposizione, al loro interno, di contratti a effetti obbligatori e l’adempimento durevole delle prestazioni dovute.

Questa classificazione di Oppo, in particolare la riflessione sulla natura e caratteristiche dei contratti di durata, è stata oggetto di ampio dibattito in dottrina. Affermare che i contratti di durata rispondano ad un interesse durevole dei contraenti, predisponendo sempre una struttura “a effetti obbligatori”, rischia di escludere dalla categoria dei contratti di durata contratti importanti come quello di mutuo e di assicurazione, che forse intercettano più di tutti il bisogno di tutela – e l’applicazione dell’Obbligo di rinegoziazione -. Questo perché sia nei contratti di mutuo, sia nei contratti di assicurazioni, ciò che rende resistenti le relazioni non sono solo la fonte obbligatoria del rapporto e l’adempimento durevole dell’obbligazione, ma vi sono altri vincoli o situazioni giuridiche di tipo causale che incidono sulla durata del rapporto.

²³ Appartengono a questa categoria, per esempio, il contratto d’opera, l’appalto, il trasporto ed il mandato. In tutti questi casi l’obbligazione è adempiuta solo alla scadenza, ma l’adempimento, pur perfezionandosi in un singolo momento, si forma progressivamente. Cit. E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, 2018, 7.

Per esempio, nel contratto di mutuo, ciò che caratterizza il rapporto è un vincolo di soggezione giuridica che, impedendo l'immediata esigibilità del capitale, realizza un interesse del mutuatario e giustifica l'eventuale corresponsione di un corrispettivo: la funzione negoziale si realizza quindi a prescindere dall'adempimento durevole delle prestazioni dovute. Così anche per il contratto di assicurazione, caratterizzato da un rapporto giuridico particolare formato dal binomio "soggezione-aspettativa" e dal ruolo dell'evento, futuro ed incerto, capace di incidere sulla struttura contrattuale: il decorso del tempo, collegato all'esistenza della posizione aleatoria, realizza la funzione contrattuale indipendentemente dall'adempimento della prestazione nel caso che l'evento non si verifichi. La categoria dei contratti di durata, secondo questo dibattito, andrebbe rivista, riconoscendole un'assoluta rilevanza causale, e quindi, anziché alla durata dell'adempimento, alla durata del soddisfacimento dell'interesse. Questa classificazione è importante perché crea ordine per riflettere attorno al tema delle sopravvenienze. L'importanza che si dà alla causa - e quindi all'interesse - del contratto rispetto all'adempimento, può aiutare l'interprete a cambiare punto di vista attorno al tema delle sopravvenienze, e soprattutto orientare al meglio, nella pratica, la ricerca della soluzione migliore, a questo punto di massimizzazione dell'interesse, di fronte ai problemi.

Attualmente, nel nostro ordinamento, i contratti di durata sono accomunati ai contratti ad esecuzione continuata o periodica: sono tali, infatti, i contratti in cui almeno una delle prestazioni non si esaurisce in un'operazione o in un effetto istantaneo.

Nell'ambito dei contratti di durata, si distingue tra contratti ad esecuzione continuata, la cui prestazione si attua nel tempo senza soluzioni di continuità - es. contratto di locazione -, e i contratti ad esecuzione periodica, la cui prestazione si attua con erogazione di beni ed attività ripetute ad intervalli di tempo. Un contratto, infine, può essere ad esecuzione continuata per una prestazione e periodica per la controprestazione: la legge riserva lo stesso trattamento, considerandolo contratti ad esecuzione periodica o continuata.

Quanto alle parti, la dottrina italiana ha proposta un'ulteriore classificazione dei contratti di durata: è chiamato "Primo contratto" quello che è realizzato tra soggetti che hanno il medesimo status giuridico e stesso potere contrattuale – es. contratto tra privati o tra due imprese -; "Secondo contratto", quello che pone in relazione soggetti di status e potere differenti; "Terzo contratto", posto in essere tra parti con stesso status giuridico ma potere contrattuale diverso, una relazione che presenta una evidente asimmetria in partenza²⁴. Il Terzo contratto è la nuova preoccupazione della dottrina e della giurisprudenza, poiché è fattispecie potenziale di squilibrio contrattuale e di rischio su investimenti specifici generati da un'incompletezza del regolamento contrattuale fonte. L'Obbligo di rinegoziazione, inteso come principio e valore cardine della contrattazione, vuole essere una risposta²⁵ soddisfacente a questa realtà.

²⁴ La teoria del "Terzo contratto" è stata affermata da M.TAMPONI, *Liberalizzazioni: terzo contratto e tecnica legislativa*, 2013, 91 ss.; inoltre anche da R. Pardolesi, Prefazione a G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*. Sul tema del "Terzo contratto" E. LABELLA *Tutela della microimpresa e Terzo contratto*, par.7.

²⁵Risposte al problema dell'equilibrio contrattuale e degli investimenti specifici, in realtà, sono già state in parte fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Su tutte, è opportuno qui citare la Legge sulla subfornitura, n°198/1998, la quale tutela, all'art.9, i contraenti che subiscono abusi di dipendenza economica: prevede infatti la nullità della clausola contrattuale che prevede la possibilità di abuso e il risarcimento del danno nel caso in cui la clausola, contenente l'abuso, non venisse dichiarata nulla. Le Sezioni Unite della Cassazione, con ordinanza 25 novembre 2011 n°24906, hanno esteso l'applicazione dell'art.9 di questa legge a tutte le situazioni di abuso di dipendenza economica di tutti i tipi contrattuali asimmetrici.

§ 2.2 Le sopravvenienze contrattuali: tipiche e atipiche.

Le relazioni contrattuali, specie quelle a lunga durata, si proiettano verso il futuro. Rari sono i casi in cui un contratto si definisce e opera solo al momento della conclusione: come ben si sa, il presente non è mai uguale al futuro, e quest'ultimo è difficile da prevedere e predeterminare. Lo sviluppo di un rapporto contrattuale può comportare il rischio che intervengano eventi modificativi dell'equilibrio contrattuale originario stabilito dalle parti. I fatti che, intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua, si dicono "sopravvenienze".

Il tema che ruota attorno alle sopravvenienze è capire chi debba sopportare il rischio connesso alle stesse. Il Codice civile²⁶, all'entrata in vigore nel '42, non ha ignorato il fenomeno, disciplinando cause e conseguenze di due tipi di sopravvenienze, dette "tipiche". Queste sono, l'articolo 1463 cc, che disciplina l'impossibilità sopravvenuta nei contratti con prestazioni corrispettive; la seconda è disciplinata all'articolo 1467 cc, rivolta sempre ai contratti a prestazioni corrispettive, la quale tende a risolvere il problema dell'eccessiva onerosità.

Di fronte alle sopravvenienze tipiche, il legislatore del '42 è stato ben accorto nel disciplinare i presupposti e i rimedi di fronte all'impossibilità sopravvenuta e all'eccessiva onerosità.

²⁶ La differenza tra sopravvenienze "tipiche" e "atipiche" è stata introdotta da R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, cit., 1677 ss., 1708 ss. Concetto ripreso anche da F. PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in "Europa e diritto privato", 2019, fascicolo 2, da 585 a 643.

Vi sono altre situazioni, non contemplate dal Codice civile, che creano sopravvenienze contrattuali: si pensi alle situazioni che non rendono del tutto impossibile la prestazione od eccessivamente onerosa la prestazione: queste sono denominate “sopravvenienze atipiche”. Un altro dei dibattiti dottrinali - sui cui peraltro si fonda anche la teoria dell’Obbligo di rinegoziazione - è quello della rilevanza giuridica o meno delle sopravvenienze atipiche, e di quali rimedi eventualmente predisporre per le stesse.

In linea di massima, è ormai abbastanza pacifica è la questione in dottrina e giurisprudenza della rilevanza delle sopravvenienze che pregiudicano l’interesse di una parte, aggravando il sacrificio che il contratto le impone o diminuendo l’utilità che il contratto le reca - sono sopravvenienze che creano un rischio -. È compito dell’interprete, valutare, caso per caso, la rilevanza di ogni singola sopravvenienza: è uno sforzo importante, perché solo dalla valutazione della rilevanza possono scattare o meno i rimedi codicistici e dell’ordinamento²⁷.

²⁷ Nei contratti di lunga durata le parti possono decidere di tutelare la loro posizione inserendo, già nella fase di formazione, delle clausole che tendano a ridistribuire il rischio delle sopravvenienze, oppure clausole che impongano una determinata rinegoziazione; il problema che attanaglia maggiormente il mondo giuridico è quando le parti non prevedono nulla: contratti quindi che non contemplano nessuna clausola. In questo preciso problema si scontrano due anime dottrinali della disciplina dei contratti: da un lato, forte del principio “*pacta sunt servanda*”, l’anima più conservatrice del vincolo contrattuale non prevederebbe di certo una soluzione al di fuori dello stesso; l’altra anima, più solidale, tende proprio a liberare la parte onerata del rischio dal vincolo, ricercando e trovando una soluzione al di fuori del contratto, che guardi più all’intero ordinamento. Sicuramente, in questa seconda dottrina, si palesa l’obbligo di rinegoziazione come valore, come nuovo pilastro dell’ordinamento giuridico.

Sul tema, V. ROPPO *Il contratto*, 967 ss.

§ 2.3 I rimedi di fronte alle sopravvenienze contrattuali: la risoluzione del contratto.

Per quanto riguarda le sopravvenienze tipiche, il Codice civile è stato ben esaustivo nel disciplinare presupposti e rimedi, dedicandogli i seguenti articoli.

Il rimedio principe disciplinato dal legislatore del '42 è la risoluzione del contratto. Essa comporta lo scioglimento del contratto nei casi in cui si palesino eventi che alterano l'equilibrio tra le attribuzioni patrimoniali di un contratto a prestazioni corrispettive. Il legislatore, a differenza di altri istituti dove interviene per risolvere vizi intrinseci del contratto, si occupa qui di porre rimedio ad alterazioni intervenute in un contratto durante la fase esecutiva: l'accordo è di per sé valido, non presenta alcun difetto all'atto della sua formazione, ma lo presenta nella sua esecuzione. Il codice disciplina tre ipotesi di risoluzione: risoluzione per inadempimento²⁸, risoluzione per impossibilità sopravvenuta e risoluzione per eccessiva onerosità. Le ultime due sono le discipline per far fronte alle cc.dd. sopravvenienze tipiche, ovvero quelle che generano rischio non imputabile alle parti. E sono queste a trovare spazio in questa ricerca.

²⁸Per completare il quadro dell'istituto della risoluzione, l'art.1453 cc stabilisce che *nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*. La norma prospetta una duplice scelta di fronte all'inadempimento altrui: o chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto. Scelta permessa dal legislatore alla parte per contemperare al meglio il suo interesse, a ciò che quindi preferisce. L'inadempimento che porta a risoluzione deve essere qualificato, di gravità o presente in una clausola risolutiva espressa o in un termine essenziale. Onere della prova per la risoluzione: in capo a chi la chiede. Infine, la scelta tra adempimento o risoluzione concerne anche sulla reversibilità o meno della stessa: chiesto l'adempimento, è richiedibile la risoluzione; scelta la risoluzione, non è possibile tornare indietro e chiedere l'adempimento.

Iniziando con l'impossibilità sopravvenuta, la disciplina è dettagliata negli art.1463 e seguenti del Codice: la prima norma delinea la cc.dd. impossibilità totale della prestazione, e infatti stabilisce che *“nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”*. Qui è chiaro che il legislatore interviene per impedire la verifica di uno squilibrio eccessivo tra gli interessi delle parti, poiché una di esse si sarebbe trovata obbligata ad eseguire la propria prestazione senza ricevere la remunerazione costituita dalla controprestazione divenuta impossibile. La legge poi si occupa, nella norma successiva, e nello specifico all'art.1464, dell'impossibilità parziale della prestazione, stabilendo che *“quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile, l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.”*

In questa norma, ciò che tutela lo squilibrio sopravvenuto è proprio la scelta tra riduzione della controprestazione e il diritto di recesso, che funge quindi da rimedio di fronte alla sopravvenienza. Altra norma nella quale si può ben osservare il rapporto tra prestazione e controprestazione, è l'articolo 1466, il quale stabilisce che *“nei contratti indicati dall'articolo 1420 l'impossibilità della prestazione di una delle parti non importa scioglimento del contratto rispetto alle altre, salvo che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze considerarsi essenziale”*. Addirittura, qui è esaltato il principio di conservazione del contratto.

Come ben si è evidenziato nella stesura e spiegazione di questi articoli, non vi è norma esplicita che, divenuta impossibile la prestazione contrattuale, stabilisca la risoluzione. La possibilità di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta è data sicuramente dal dato sistemologico, cioè dove questo istituto è inserito nel Codice. Inoltre, la lettera dell'articolo 1463, sulle conseguenze comportamentali delle parti alla impossibilità sopravvenuta, è

semplicemente un altro modo – sintetico - di spiegare la risoluzione: il contratto (appare evidente) non c'è più.

La risoluzione per impossibilità sopravvenuta opera di diritto senza intervento di parte o d'ufficio del giudice: la sentenza che pronuncia la risoluzione è dichiarativa. Inoltre, è rilevabile su istanza di parte²⁹.

La seconda sopravvenienza tipica è l'eccessiva onerosità, della quale il codice dedica le norme 1467 e ss. Nella prima delle norme, il legislatore disciplina i presupposti e le conseguenze dell'eccessiva onerosità nei contratti a prestazioni corrispettive, stabilendo che “Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458.

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. In questa norma si può notare come la risoluzione del contratto e riduzione del contratto ad equità siano due facce della stessa medaglia, in grado di comportarsi come rimedio di fronte alla sopravvenienza, superando così il problema dello squilibrio contrattuale venuto a crearsi.

²⁹ Si discute attualmente in dottrina sulla rilevabilità anche d'ufficio. V. ROPPO *Il contratto*, cit. 936. L'autore, nel presentare l'istituto della risoluzione e la sua disciplina, lascia spazio ad un orientamento giurisprudenziale che ammetterebbe la rilevabilità d'ufficio dell'impossibilità sopravvenuta: tesi però fermamente scartata dal giurista.

I rimedi che prevede il codice di fronte all'eccessiva onerosità scattano in presenza di quattro presupposti³⁰: il primo presupposto richiede che almeno una delle prestazioni sia differita in tutto o in parte rispetto al tempo della conclusione del contratto; il secondo richiede che la prestazione non sia ancora esaurita, nel momento in cui non viene colpita dall'onerosità; il terzo, che l'onerosità sopravvenuta sia eccessiva (alea normale del contratto); quarto ed ultimo presupposto, che l'onerosità dipenda dal verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili. In presenza di questi quattro presupposti il contratto si risolve o subisce un adeguamento nell'interesse della parte gravata. Caratteristica importante è la presenza di un lasso di tempo fra la conclusione del contratto e la completa esecuzione della prestazione: è ciò che accade sia nei contratti a esecuzione istantanea ma differita, ma soprattutto, per quanto a noi interessa, per i contratti di durata.

Comunque, soffermandoci ancora un attimo sulla lettera dell'articolo 1467 comma primo, si può notare come la risoluzione sia il rimedio primario contro l'onerosità sopravvenuta, anche se la sua attivazione è su istanza della parte gravata con domanda giudiziale di risoluzione. Di fronte al potere-diritto di risoluzione della parte onerata, la legge prevede un contropotere - detto diritto potestativo - in capo alla parte contro la quale è domandata la risoluzione, che a sua volta può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (ridurre il contratto ad equità).

La riduzione ad equità, ormai è abbastanza pacifico in dottrina, riesce ad impedire la risoluzione quando l'offerta riporta lo squilibrio contrattuale all'interno dell'alea normale del contratto.

³⁰ V. ROPPO *Il contratto*, cit.944 e ss.; A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, edizione XXIII, 706 ss.

§ 2.4 L'obbligo di rinegoziazione come risposta migliore alle sopravvenienze dei contratti di durata: salvaguardia dell'equilibrio contrattuale e tutela del contraente debole. Effetti giuridici e intervento sostitutivo del giudice.

La realtà descritta nel primo capitolo di questa ricerca permette un ampio sviluppo di contratti, specialmente quelli di lunga durata. La prassi negoziale degli affari ormai è orientata verso la formazione di contratti fonti di relazioni, i quali trovano una loro forma e definizione durante l'esecuzione. Inoltre, ponendo l'attenzione sui soggetti, gli operatori economici attivi in questo tipo di mercato sono di diversa grandezza: possiamo trovare aziende multinazionali che offrono beni e servizi a livello internazionale, realtà che operano più a livello nazionale, le piccole realtà territoriali che alimentano le economie locali, e i cc.dd. singoli consumatori. Qualsiasi scambio di beni e servizi possibile nel mercato è un incontro di due o più soggetti che detengono una forza contrattuale diversa. Basti pensare ad un singolo consumatore quando si trova ad acquistare beni e servizi di una multinazionale, magari in una piattaforma online; o gli stessi piccoli imprenditori che concludono contratti di fornitura, appalto e locazione sempre con i grandi colossi del mercato. Appare evidente che le forze contrattuali in gioco appaiono differenti, dove esiste quindi una parte economicamente più forte, in grado di imporre la propria regola nella relazione contrattuale, e una parte più debole, che in linea di massima, subisce la forza di controparte. Lo sforzo del giurista in questo ambito è capire come risolvere il problema dell'equilibrio contrattuale in relazioni così soggettivamente sproporzionate. Inoltre, da un punto di vista degli interessi, queste relazioni contrattuali inducono la parte debole a concludere contratti sempre più sorretti da investimenti specifici, magari utilizzando buona parte delle proprie risorse. Investimenti che, da parte del colosso, non sono altro che una normale e quotidiana percentuale delle loro possibilità. In queste relazioni contrattuali è importante capire che cosa può accadere di fronte a sopravvenienze contrattuali di impossibilità sopravvenuta o

di eccessiva onerosità che alterano ancora di più un equilibrio assai, già dalla formazione, molto fragile. Non dimenticando poi le ipotesi di dipendenza economica³¹ e di abuso di posizione dominante³² che caratterizzano buona parte di queste relazioni contrattuali.

Il tema a questo punto appare evidente con i seguenti quesiti: i rimedi previsti dal legislatore del '42, in particolare la risoluzione e l'adeguamento del contratto, sono rimedi utilizzabili, ma soprattutto sufficienti per erigere di fronte alla parte debole una barriera adeguata di tutela? Può la sola risoluzione tutelare al meglio l'equilibrio contrattuale e gli investimenti specifici operati per la singola relazione contrattuale?

³¹ La Dipendenza economica è una particolare situazione contrattuale nella quale un'impresa è in grado di determinare uno squilibrio in un rapporto commerciale con altra impresa. I fattori scatenanti della dipendenza economica sono principalmente due: il primo è l'incompletezza del regolamento contrattuale (teoria degli "*incomplete contracts*"), che si può tradurre nella impossibilità di prevedere ogni possibile contingenza futura, la difficoltà di descrivere le fattispecie in modo non equivoco, un elevato costo di contrattazione e infine l'asimmetria informativa; il secondo fattore scatenante è quello dei cc.dd. investimenti specifici, ovvero investimenti che non hanno valore al di fuori di quella relazione contrattuale.

La dipendenza economica di per sé è lecita, fa parte della natura contrattuale di queste relazioni in questo tipo di mercato. Ciò che non è lecito invece è l'abuso di dipendenza economica: questo è un illecito che ha valenza, non per il mercato, ma per la relazione contrattuale. Un esempio calzante di abuso di dipendenza economica è un possibile contratto di subfornitura, nel quale il subfornitore investe le sue risorse in un macchinario specifico che eseguire il lavoro fornito dal committente. Durante la relazione accade un fatto non previsto dal contratto e il committente minaccia di uscire dalla relazione contrattuale. Ovviamente il subfornitore non può perdere l'investimento ed è costretto ad accettare una negoziazione a suo sfavore. Oppure, configura abuso di dipendenza economica anche il caso in cui il committente receda brutalmente dalla relazione contrattuale. Di fronte a queste situazioni il legislatore è già intervenuto con la legge sulla subfornitura 192/1998, nella quale all'art.9 ha disciplinato l'abuso. Inoltre, l'abuso di dipendenza economica può avere valenza anche per il mercato, e in questo caso competente sarà l'Antitrust.

³² L'abuso di posizione dominante è invece altra cosa. È un vero e proprio illecito concorrenziale, il quale viola un dovere che ha natura generale, cioè rileva sotto il profilo del mercato. Ciò che si tutela è il mercato, un bene pubblico; quindi, l'illecito è di natura pubblicistica e non civilistica. Abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante possono coincidere: in questo caso competente è l'Antitrust, che applicherà l'art. 3 della legge Antitrust.

Infine, i rimedi codicistici sono adatti per fronteggiare in casi di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante, situazioni che spesso si ritrovano in contratti dove la sproporzione in termini di forza contrattuale è enorme? Sono tutti quesiti ai quali vuole dare risposta la teoria dell'Obbligo di rinegoziazione.

L'introduzione in via interpretativa dell'Obbligo di rinegoziazione nel nostro ordinamento ha recepito la distinzione tra sopravvenienze tipiche e atipiche, formando in dottrina due percorsi argomentativi distinti³³.

Per quanto riguarda le sopravvenienze tipiche, la dottrina ha basata l'introduzione sua una reinterpretazione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione del rapporto contrattuale. Ponendo l'attenzione sull'ipotesi di adeguamento dell'articolo 1467 cc, il legislatore avrebbe attribuito un diritto soggettivo per evitare la risoluzione, a cui corrisponderebbe un "obbligo" a carico di controparte di rinegoziare in *buona fede* condizioni contrattuali originarie. La rinegoziazione sfocia in una riduzione o un adeguamento del contratto verso l'equità, capace di concedere al contratto la sua prosecuzione. E l'"obbligo" sarebbe proprio un effetto legale della fattispecie, manifestandosi come strumento giuridico per l'adeguamento anche quando non sia espressamente previsto dalla fattispecie.

³³ La distinzione argomentativa è stata elaborata da R. SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, cit., 1677 ss., 1708 ss.; pensiero affermato e seguito anche dal F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit. 290 ss. Il tema, nel percorso argomentativo presentato, anche in E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 57 ss., il quale autore valuta l'introduzione dell'obbligo legale di rinegoziazione differenziando in base alle sopravvenienze, prima in quelle tipiche, poi atipiche.

Per quanto concerne le sopravvenienze atipiche, la fonte dell'Obbligo di rinegoziazione risiederebbe sicuramente nella teoria degli “*incomplete contracts*”, ma soprattutto dal combinato disposto degli articoli 1366 cc e 1375 cc, l'interpretazione ed esecuzione del contratto secondo *buona fede*: si può affermare che, in un contratto a lungo termine, la comune intenzione dei contraenti sia quella di adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto, che comportano un cambiamento significativo alle logiche economiche sottese al momento della conclusione. “Natura dell'affare” è sicuramente la direzione dell'interpretazione del contratto, che diventa così il faro per la conduzione di nuove trattative. Il binomio codicistico fondato sulla buona fede farebbe sorgere un vero e proprio dovere di cooperazione tra le parti, che sarebbero tenute a rinegoziare l'accordo originario per assicurare una maggior aderenza del regolamento alla sopravvenienza intervenuta. Il contraente che si sottrae alla rinegoziazione porrebbe in essere un comportamento contrario a *buona fede*.

Che cosa si intende a questo punto per “obbligo”? Quando le parti possono dire di aver assolto allo stesso?

La dottrina si è spinta un po' più a fondo sul tema³⁴, provando a delineare il vero significato di “obbligo”: le parti non possono limitarsi a compiere un atto di impulso della trattativa o aderire semplicemente all'invito formulato da controparte, ma sono tenute a compiere tutti gli atti e le attività che, alla luce delle circostanze, degli usi, e della natura dell'affare, risultano idonei a conseguire l'adeguamento del contratto originario. Sarebbero quindi obbligate ad instaurare la trattativa, condurla correttamente, fornire alla controparte tutte le informazioni rilevanti per la modifica dell'accordo originario e mantenere un'assoluta riservatezza circa le informazioni acquisite nel corso della rinegoziazione.

³⁴ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 62 ss.; Sul tema anche S. LUPPINO, *Autonomia contrattuale e rinegoziazione, causa maggiore, eventi straordinari, sopravvenuti e imprevedibili*, cit. 209 ss.

La *buona fede* – ex art.1375 cc – assume il ruolo di parametro valutativo del comportamento assunto dalle parti durante l’esecuzione dell’Obbligo di rinegoziazione. E cosa succede in caso di inadempimento dell’Obbligo di rinegoziazione?

Anche a questo quesito sembra aver dato risposta buona parte della dottrina, delineando due ipotesi generali d’inadempimento dell’Obbligo: il *rifiuto a trattare*³⁵ e la *trattativa maliziosa*³⁶.

Quanto alle tutele, vi sono attualmente ampi dibattiti in dottrina attorno alla possibilità di tutela risarcitoria e di tutela in forma specifica di fronte all’inadempimento dell’Obbligo di rinegoziazione³⁷.

La prima detiene, in quest’ambito, una posizione molto scomoda, non tanto per la risarcibilità o meno del danno subito dalla parte adempiente, quanto alla sua concreta liquidazione: la sfida è ricercare dei criteri e parametri oggettivi in grado di determinare l’entità del pregiudizio sofferto. Al momento, la soluzione più stabile, è ricondurre la valutazione del danno ai parametri di “natura dell’affare” e delle “condizioni dei contraenti”: non dimenticando di certo l’applicazione dell’articolo 1227 cc, il quale richiede una cooperazione alle parti durante l’esecuzione del rapporto, equilibrando l’entità del risarcimento qualora il fatto colposo della parte adempiente abbia concorso a cagionare il danno subito.

Più interessante è la riflessione attorno al tema della tutela in forma specifica. Si fa largo in dottrina una teoria che introdurrebbe - in via interpretativa, seguendo la disciplina dell’obbligo di contrarre - la tutela specifica dell’obbligo di rinegoziare di fronte al suo inadempimento.

³⁵ Si verifica quando una parte non si attiva minimamente per assicurare la continuazione del rapporto, risultando così inadempiente rispetto ai singoli atti necessari per la rinegoziazione dell’accordo.

³⁶ Si riscontra nelle ipotesi in cui una parte si comporta scorrettamente durante lo svolgimento delle trattative, violando così l’obbligo di buona fede nell’esecuzione del negozio volto a garantire la continuazione del rapporto.

³⁷ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 64 ss.,

Due sono gli ostacoli, abbastanza grandi, che limitano l'affermarsi di questa teoria: in primis bisogna qui ricordare che la semplice trattativa non obbliga mai le parti, anche in fase avanzata, di concludere il contratto; in secundis, vi sarebbe un'invasione da parte del giudice tramite l'emanazione della sentenza ex art.2932 cc nel vincolo contrattuale, area protetta dal principio di autonomia negoziale. D'altro canto, però, in merito alla seconda critica, le parti hanno già esercitato l'autonomia negoziale concludendo un contratto di lunga durata con le caratteristiche già enunciate: la sentenza sarebbe solo la realizzazione del programma contrattuale originario, espressione diretta dell'autonomia privata dei contraenti. In aggiunta, vi è anche l'art.1467cc comma terzo: se il giudice può (o deve) mettere una sentenza modificativa delle condizioni del contratto, di cui si lamenti l'eccessiva onerosità, si può nella stessa maniera affermare che lo stesso giudice possa emettere una sentenza costitutiva nel caso di violazione dell'obbligo di contrarre. Seguendo questo ragionamento, è possibile accogliere nel nostro ordinamento la tutela in forma specifica di fronte all'inadempimento dell'Obbligo di rinegoziazione: prossimo ma necessario passaggio sarà quello di valutare con quali criteri il giudice possa modificare il contratto originario tramite sentenza.

Di certo, questa disciplina, di fronte alle sopravvenienze contrattuali dei contratti di durata si presenta con un grado di protezione migliore rispetto ai rimedi codicistici, su tutte la risoluzione. Nella fattispecie contrattuali descritte prima, squilibrate economicamente, rischiose e potenziali vittime di forme di abuso, l'Obbligo di rinegoziazione è attualmente il rimedio interessante, più equo e più congruente che l'ordinamento possa schierare: è ciò che riporta la contrattazione all'interno di quella famosa arena, all'interno di un tessuto di regole, di valori e di principi che caratterizza la convivenza umana. Di certo, risponde a quei valori di solidarietà e di collettività presenti nella Costituzione, le quali norme – è utile ribadirlo – devono diventare sempre più protagoniste nella nostra quotidianità.

§ 2.5 Ipotesi di codificazione dell'Obbligo di rinegoziazione: a livello nazionale e a livello europeo.

Il tema delle sopravvenienze ha subito una forte esplosione con la pandemia da Covid-19 del 2020. Tutti i contratti di durata hanno dovuto sopportare il rischio economico delle chiusure forzate e di conseguenza una netta e significativa modifica del programma originario. Ma il tema è conosciuto da molto tempo, tant'è vero che progetti di riforma e possibili interventi legislativi si facevano spazio già prima.

Nel 2019 era già presente³⁸ nelle aule del Senato il d.d.l.n. 1151 «Delega al Governo per la revisione del Codice civile», il quale apriva la strada ad importanti riforme verso la rinegoziazione. Il legislatore, spinto dalla valorizzazione dei principi costituzionali di solidarietà e uguaglianza, aveva posto l'attenzione sia alla fase precontrattuale sia alla fase esecutiva e di sopravvenienze dei contratti di durata. Per quanto riguarda la fase di formazione, aveva previsto l'eliminazione delle asimmetrie, per assicurare pari diritti e un importante sostegno alle parti in situazioni di carenza di obblighi informativi. Per la fase esecutiva era centrale la lettera *h*) del disegno: “sempre nell'ambito dei rapporti contrattuali, si prevede di disciplinare il diritto alle parti di pretendere la rinegoziazione dei contratti secondo buona fede qualora divengano eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, ovvero di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, qualora non si raggiunga un accordo tra le parti”. Le parti, secondo questo disegno di legge, potrebbero intraprendere una rinegoziazione secondo *buona fede*, e rivolgersi al giudice solo nel caso di mancato accordo, al quale si chiede l'adeguamento delle condizioni del regolamento negoziale.

³⁸ S. LUPPINO, *Autonomia contrattuale e rinegoziazione, causa maggiore, eventi straordinari, sopravvenuti e imprevedibili*, cit. 213 ss.

A livello europeo³⁹ invece la realtà attorno a questo tema sembra più frenata, poiché non si intravede ancora una valorizzazione della rinegoziazione rispetto ad altri rimedi. Difficoltà è sicuramente causata da una complicata armonizzazione del diritto europeo, che se non trova sufficienti appigli in più ordinamenti, tende a non inserirsi. Infatti, come dimostrato dalle norme del *Draft Common Frame of Reference*, gli studiosi europei sembrano preferire l'alternativa rimediabile tra risoluzione e adeguamento contrattuale in caso di eccessiva onerosità sopravvenuta. Lo sforzo maggiore è stato eseguito in ordine alla ricerca di criteri orientativi della revisione giudiziale dei contratti, al fine di salvaguardare ragioni di giustizia ed esigenze di certezza giuridica delle transazioni civili e commerciali nell'Unione.

A livello internazionale possiamo qui citare i Principi *Unidroit* 2016, dove all'art.6.2.3 si prevede che “in caso di *hardship* – sopravvenienze – *la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto*”, e “in caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice”, al quale spetta il potere di decidere se risolvere o modificare il contratto in esame.

³⁹ S. LUPPINO, *Autonomia contrattuale e rinegoziazione, causa maggiore, eventi straordinari, sopravvenuti e imprevedibili*, cit. 153 ss. E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 314 ss.

§ 2.6 La posizione della giurisprudenza.

Il principio della *buona fede* presentato come espressione di un carattere precettivo, dal quale discende per altro la disciplina dell'Obbligo di rinegoziazione, non è accolto generalmente dall'intero ordinamento.

L'evoluzione interpretativa⁴⁰ del principio da parte della Corte costituzionale è risultata contraria, in prima battuta, la quale escludeva il concorso della *buona fede* nella formazione e integrazione del contratto, dal momento in cui l'integrazione, ex art.1374, sarebbe una fattispecie esterna al regolamento e quindi esterna all'autonomia negoziale.

Di recente, invece, la giurisprudenza di legittimità, spinta dall'attuazione dei valori di solidarietà e collettività, ha virato l'orientamento, valorizzando le manifestazioni di cooperazioni e protezione dell'equilibrio contrattuale dello stesso principio. E questo, proprio come fondamento di un generale dovere di rinegoziazione in capo alle parti in una esecuzione di durata⁴¹.

Riguardo alla Suprema corte, se inizialmente la tavola era apparecchiata per un matrimonio tra l'ordinamento e la rinegoziazione⁴², attualmente si palesano forti dubbi sulla presenza di un Obbligo di rinegoziazione nel sistema: i Giudici non si sono ancora spinti verso un riconoscimento dello stesso in presenza di sopravvenienze contrattuali tipiche o atipiche.

⁴⁰ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 119 ss.;

⁴¹ Si segnala la pronuncia C.cost. 24 ottobre 2013, n°248; Sul tema, S. LUPPINO, *Autonomia contrattuale e rinegoziazione, causa maggiore, eventi straordinari, sopravvenuti e imprevedibili*, cit. 153 ss., 209 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit. 322 ss.

⁴² Sentenze CASS., 7 agosto 2012, n°14180; CASS. 18 settembre 2009, n°20106.

Inoltre, i giudici di merito, hanno più volte affermato che “la *buona fede* non può essere spinta fino al punto di configurare un “obbligo di rinegoziazione” del contratto, previsione che si presenta contraria al principio generale che governa il diritto dei contratti”.

Si può tranquillamente affermare che, al momento, la giurisprudenza rimane fortemente contraria alla teoria dell’Obbligo di rinegoziazione: rimangono solo alcune isolate pronunce a favore⁴³.

È da segnalare⁴⁴ – in questo paragrafo – una recentissima relazione della Corte di Cassazione, n. 56/2020, con la quale si apre una possibile strada per la rinegoziazione. L’analisi della Corte evidenzia l’inadeguatezza dei rimedi codicistici, dimostrando come l’ordinamento, soprattutto durante periodi di crisi e di difficoltà – su tutte pandemia da Covid 19 – preferisca la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale. Colonna portante del ragionamento è soprattutto la buona fede, la quale è “*sotto diversi versanti, il principio che impone ai contraenti di rendersi disponibili alle modificazioni del contratto, allorché la parte interessata a mantenere in essere un rapporto in senso aderente alla realtà del mercato inviti l’altra a rinegoziare (...)*”.

Il ragionamento si fonda anche e soprattutto su una nuova interpretazione dell’articolo 1664: l’analisi e la stessa interpretazione troveranno ampio spazio nel capitolo n.4 – di questa ricerca – dedicato ai singoli contratti.

⁴³ E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 121 ss.: l’autore espone la difficoltà, da parte delle corti, di avvallare lo strumento dell’Obbligo di rinegoziazione, presentando l’orientamento ancora prevalente della Cassazione di distanza rispetto a questa teoria. Al contrario, si palesano solo poche pronunce a favore, tra le quali TRIB.BARI, ord., 31 luglio 2012; TRIB.BARI, ord., 14 giugno 2011; TRIB.BOLOGNA, decr.26 aprile 2013.

⁴⁴ R. BERLOCCO, *Le sopravvenienze negli appalti pubblici, caro materiali, revisione prezzi, compensazioni e rinegoziazione del contratto*.

§ 2.7 Il rapporto tra Obbligo di rinegoziazione e autonomia contrattuale.

Prima di porre in relazione i due istituti⁴⁵, cercandone un equilibrio nel nostro sistema, è opportuno definire sia da un punto di vista storico sia giuridico il tema dell'autonomia contrattuale.

Possiamo definire il termine "autonomia" come il potere di un soggetto di regolarsi da sé, ovvero "il darsi delle proprie regole. In riferimento all'aspetto negoziale, l'autonomia contrattuale è il potere dei privati riconosciuto dallo Stato di prodursi regole, alle quali la legge attribuisce forza vincolante.

Le sorgenti dell'autonomia negoziale le possiamo riscontrare sicuramente del diritto romano arcaico, intesa come quella situazione personale di poter agire per regolare al meglio i propri interessi. Il mezzo attraverso il quale si manifestava di sicuro l'autonomia dei privati era l'accordo e, più nello specifico, il contratto.

Le fonti dell'autonomia contrattuale che possiamo trovare nell'attuale impianto giuridico si trovano sia a livello internazionale¹ sia nazionale.

Nel primo ambito, il principio di autonomia contrattuale è espresso all'art.26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, adottata a Vienna il 23 maggio 1969 e ratificata dall'Italia con l.n. 112/1974: la norma si intitola *Pacta sunt servanda*: il principio che i patti devono essere rispettati è alla base di qualsiasi relazione, non solo di natura commerciale.

⁴⁵ S. LUPPINO, *Autonomia contrattuale e rinegoziazione, causa maggiore, eventi straordinari, sopravvenuti e imprevedibili*, cit. cap. I; L'autore ricerca le origini del principio di autonomia contrattuale muovendo proprio dalle fonti del diritto romano arcaico, esaminando come l'evoluzione della dottrina sui contratti abbia fondato sempre più la forza dell'autonomia. L'exkursus storico consegnerà agli ordinamenti moderni il principio di autonomia come lo intendiamo oggi.

Nell'ambito interno, le fonti dell'autonomia contrattuale sono gli articoli 41 e 42 della Costituzione, dove la Repubblica sancisce la libertà dell'iniziativa economica e tutela la proprietà privata. Sul tema, è prevalente la dottrina che esclude una tutela diretta della Costituzione dell'autonomia contrattuale, piuttosto una tutela indiretta: è tutelata nella misura in cui vengono tutelati altri principi fondamentali dell'ordinamenti.

Altre fonti, di rango legislativo, sono l'articolo 1321 cc, norma manifesto del contratto come strumento di esercizio dell'autonomia negoziale e l'articolo 1322 cc, previsione che permette alle parti di determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge. Il combinato disposto delle seguenti norme, evoca l'autonomia negoziale anche in riferimento all'accordo, il quale rimane libero nella sua interezza: le parti decidono se concludere o meno un contratto, se e in che modo le proprie sfere giuridiche abbiano ad essere incise.

L'autonomia contrattuale si manifesta secondo due aspetti: il primo, in senso negativo, richiede che nessuno può essere spogliato dei propri beni o essere costretto a porre in essere prestazioni a favore di altri, senza che ciò corrisponda alla propria volontà; il secondo, in senso positivo, richiede invece una libertà di porre in essere un atto di volontà che costituisca, regoli o estingua rapporti di tipo patrimoniale.

Da qui la domanda sorge spontanea: come può inserirsi l'Obbligo di rinegoziazione nel nostro sistema e coesistere con l'autonomia contrattuale, pilastro della materia negoziale?

Chiaramente, il punto di partenza e di osservazione del problema è lo sguardo verso le fonti primarie del nostro ordinamento. Se iniziassimo a riflettere ad un Obbligo di rinegoziazione come legge che interviene a gamba tesa nella disciplina codicistica, un possibile rapporto e dialogo sarebbe impossibile da instaurare con l'autonomia negoziale: sarebbero due parti di uno stesso ingranaggio fissati erroneamente, che già in partenza sarebbero in collisione. Ciò che dobbiamo legittimare è – a mio avviso – la ricerca dell'Obbligo di rinegoziazione come fonte gerarchicamente più alta, protetta dalle norme costituzionali di solidarietà, eguaglianza e

collettività, e racchiusa nei principi nei principi di buona fede e dovere di correttezza. Solo così si può aprire un tavolo di trattative tra i due principi, un tavolo molto simile a quello apparecchiato durante la formazione della Costituzione. E l'accento si posa direttamente sull'articolo 41 della Costituzione, terreno pacifico e fertile di una coesistenza solo apparentemente complicata.

La norma, come ben si può notare come questa norma è frutto di un compromesso politico all'interno dell'Assemblea costituente, dove si ritrova un modello di economia mista: una sintesi fra visione liberista, solidarista di stampo cattolico e marxista. Infatti, se da un lato è sancita la libertà di iniziativa economica, dall'altro vi sono dei limiti alla stessa, che di fatto può essere limitata per ragioni di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana.

La scoperta dell'Obbligo di rinegoziazione richiede quindi un bilanciamento di tipo costituzionale con l'autonomia negoziale, da svolgersi proprio nell'articolo 41 Costituzione.

L'ordinamento predispose l'arena: nel campo da gioco, l'autonomia contrattuale è libera; ma si tiene il potere di determinare i confini del campo: se intervengono i valori di utilità sociale, sicurezza, di libertà e di dignità umana, ecco che interviene per riequilibrare l'assetto.

Tanto più l'autonomia contrattuale si espande, tanto più l'ordinamento deve capire se l'espansione è legittima oppure no, se è leale o è sleale. Lo strumento per controbilanciare l'estensione libera e naturale della contrattazione, è proprio l'Obbligo di rinegoziazione: rimette i giocatori nel campo da gioco, rispiega le regole, modifica i confini, li allarga se c'è bisogno, ma soprattutto permettere la continuazione del gioco. E il tutto, valorizzando i valori fondamentali di uguaglianza, solidarietà e di dignità, rendendo la contrattazione sempre più giusta, più umana, ma più forte, più resistente: un sistema che limita le aspirazioni utilitaristiche e personali, salvaguardando e tutelando sempre più il progresso sociale e collettivo.

§ 2.8 Riflessione: ha ancora senso il testo del contratto?

Una possibile riflessione critica al principio fin qui descritto sorge dal metodo di analisi e di interpretazione delle fattispecie contrattuali⁴⁶. Forse – me ne rendo conto – il tentativo di scoperta e applicazione dell'Obbligo di rinegoziazione, sorrette dalle citate teorie giuridiche sulla natura dei negozi di durata, risulta un metodo che toglie il ruolo di protagonista, della materia, al contratto vero e proprio. Di certo, per valutare e risolvere il problema delle sopravvenienze, data l'effettiva incompletezza dei testi contrattuali, l'attenzione è stata posta altrove, al di fuori di quel vincolo sacro di volontà e accordo.

In questo modo di intendere il contratto, assumono alto rilievo le norme di interpretazione e di esecuzione secondo il principio di buona fede, faro ispiratore di completamento del programma contrattuale. Concentrano buona parte dei riflettori del palco su loro stesse anche le norme costituzionali, fino a poco tempo fa trattate come lettere astratte, ora guida e direzione dell'esecuzione concreta del contratto.

Il cambio di prospettiva è di certo giustificato dalla ricerca di un'adeguata protezione in situazioni complesse che le parti, molto spesso, non sono in grado di gestire nelle loro relazioni contrattuali: talvolta perché il testo contrattuale viene imposto in maniera standardizzata, altre volte perché non detengono la forza di poter adeguare il contratto alle loro esigenze economiche mutate.

L'unico rischio che intravedo in questo modo d'intendere è la svalorizzazione del programma contrattuale originariamente previsto. Le parti potrebbero essere indotte alla stesura di un programma scarno e incompleto, che può dare adito a inesattezze ed errori giuridici e di interesse, con l'idea che "in qualche modo la questione si risolve". È opportuno invece continuare nella cultura giuridica che guarda al testo contrattuale come fonte e che, inizialmente, deve presentarsi, nel limite del possibile, un contratto solido, corretto e resistente.

Questa ricerca continua ad avere ampio spazio di manovra e continua ad avere un senso solo se la si mantiene, per quanto possibile, aderente al testo contrattuale. Ben vengano gli interventi di valori e principi alti dell'ordinamento, ma ciò che si deve salvaguardare è sempre il vincolo che le parti, originariamente e con la propria volontà, hanno deciso di saldare. La soluzione alle sopravvenienze, quindi, nel ricercare una soluzione, deve cercare una coerenza o, al massimo, una congruenza con la volontà contrattuale espressamente prevista. Il rischio, se così non fosse, sarebbe quello di un intervento a gamba tesa dell'ordinamento nei rapporti tra privati.

Uno dei criteri che qui si può adoperare è di certo quello della proporzionalità: tanto più una relazione contrattuale presenta lacune che rispondono ad interessi suscettibili di intervento giuridico, tanto più l'ordinamento è legittimato ad intervenire. Tanto più la relazione diventa sproporzionata in termini di potere, in termini economici e in termini di rischio, tanto più l'ordinamento può completare quel testo contrattuale che da solo, di certo, non è in grado di superare l'avversità.

Il metodo del giurista – a mio avviso – nella valutazione di una sopravvenienza, deve sempre avere, come punto di partenza il vincolo contrattuale espresso dalle parti in origine: solo dove trova delle lacune importanti, che nascondono vuoti di tutela enormi, è chiamato ad intervenire e ad integrarlo. Credo quindi che l'Obbligo di rinegoziazione possa essere, ancora una volta, quel principio, quel valore, quella direzione che integra il contratto verso la vera volontà attuale delle parti, rispettoso di certo della volontà negoziale di partenza.

⁴⁶ F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, Rivista di Diritto bancario. L'autore palesa una criticità di questo modo d'intendere la contrattazione, fondata sull'interpretazione ed esecuzione della buona fede: il rischio è la svalorizzazione del testo contrattuale, colonna portante che si fonda sull'art. 1322 cc, nel quale le parti possono liberamente determinare il contenuto, ovvero le regole e il programma che dovranno seguire.

Capitolo 3

APPLICAZIONE DELL'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE AI SINGOLI CONTRATTI DI DURATA

§ 3.1 I contratti di appalti pubblici e privati. - § 3.2 I contratti tra imprese: il contratto di franchising. - § 3.3 I contratti dei consumatori: i contratti di utenza telefonica. - § 3.4 I contratti bancari e assicurativi. - § 3.5 Il contratto di locazione.

§ 3.1 I contratti di appalti pubblici e privati

Dopo aver presentato a livello generale il possibile nuovo principio e istituto dell'Obbligo di rinegoziazione è interessante ed opportuno valutarne la sua portata operativa nelle singole fattispecie contrattuali. Nello specifico – qui – l'attenzione è posta ai contratti di appalti pubblici, fattispecie di durata che può fornire ampio spazio di manovra al principio in esame.

Il contratto d'appalto⁴⁷ è disciplinato all'articolo 1655 cc, norma che lo definisce come il contratto con il quale un committente affida ad un appaltatore il compimento di un'opera – per esempio la costruzione di un edificio – o lo svolgimento di un servizio - per esempio la pulizia di uno stabilimento – verso un corrispettivo di denaro.

⁴⁷ La disciplina del contratto di appalto è ampiamente presentata in A. TORRENTE, P. SCHLESINGER *Manuale di Diritto privato*, cit. 784 ss.

Gli appalti si distinguono in appalti pubblici e in appalti privati: i primi, contratti che mettono in relazione gli imprenditori privati con la pubblica amministrazione, sono caratterizzati dalla modalità di scelta dell'appaltatore, la quale prevede apposite procedure di selezione del contraente, per evitare comportamenti discriminatori o preferenziali e favorire, attraverso una gara tra i potenziali appaltatori, l'ottenimento delle migliori condizioni contrattuali⁴⁸.

Caratteristica principale dell'appalto è la gestione a rischio dell'appaltatore, il quale provvede – operando in autonomia rispetto al committente e secondo la propria discrezionalità e diligenza – ad organizzare tutti i mezzi necessari per l'esecuzione del contratto. Dalla lettura e analisi dell'articolo, si evince che l'appaltatore deve essere necessariamente un imprenditore, qualifica soggettiva che differenzia l'appalto dal contratto di lavoro autonomo⁴⁹. Inoltre, l'appalto si distingue dalla vendita grazie all'oggetto di *facere*, e non di *dare*⁵⁰.

⁴⁸ La materia degli appalti pubblici è stata oggetto di numerosi interventi dell'Unione Europea, per tutelare, proteggere e incentivare il principio della libera concorrenza tra gli Stati membri, preoccupandosi principalmente di porre mano ai contratti che superano una certa soglia. L'intervento europeo è quindi sulle procedure di bando ed aggiudicazione, affinché ogni potenziale concorrente sia nelle condizioni di conoscere tempestivamente sia quali sia quante gare le amministrazioni hanno intenzione di bandire, sia ogni indicazione utile per programmare con adeguato anticipo un'eventuale partecipazione. Da un punto di vista legislativo, Direttiva 2014/24/UE, recepita in Italia con D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

⁴⁹ Nel contratto di lavoro autonomo (art.2222cc) l'opera o il servizio possono essere compiuti con lavoro prevalentemente proprio e senza bisogno di disporre di appositi complessi produttivi. L'appaltatore, invece, deve impiegare capitali ed organizzare i fattori della produzione e quindi assume un rischio maggiore.

⁵⁰ La distinzione tra appalto e vendita rileva anche per la fattispecie di vendita di cosa futura: si ha vendita di cosa futura quando il produttore offre in vendita e si impegna a tal fine a realizzare un oggetto in conformità ad un tipo o a un modello di propria fabbricazione; si ha appalto, quando il prodotto rappresenti un *quid novi* rispetto alla normale serie produttiva. Sul tema, ampiamente A. TORRENTE, P. SCHLESINGER *Manuale di Diritto privato*, cit. 785 ss.

L'oggetto dell'appalto deve essere determinato o determinabile, inserito in un *progetto* sufficientemente dettagliato per consentirne la realizzazione⁵¹. Il corrispettivo può essere stabilito o a *forfait*, per tutta l'opera nel suo complesso oppure a *misura*⁵².

È molto frequente nella prassi la stipulazione di “*subappalti*”, disciplinati dall'articolo 1655 cc, i quali richiedono una specifica autorizzazione da parte del committente. Il subcontratto è un nuovo contratto: trasferisce al subappaltatore il rischio per l'insolvenza o ritardo dell'esecuzione.

Il tema delle sopravvenienze nei contratti di appalto presenta una netta differenza di disciplina rispetto alla tipologia contrattuale che si è formata, allorché privata o pubblica.

Le sopravvenienze dei contratti di appalti privati sono sicuramente informate dall'articolo 1467 cc, norma che disciplina le conseguenze dell'eccessiva onerosità, fatto – al momento – della gestione di difficoltà intervenute durante l'esecuzione di questi tipi contrattuali. Il legislatore ha però previsto – sempre in tema di sopravvenienze - due norme di settore, inserite proprio della disciplina dell'appalto privato: esse sono, nello specifico, l'articolo 1660⁵¹ e 1664 cc.

⁵¹ In ambito di progetto è interessante segnalare l'art.1660 cc, norma che stabilisce la possibilità di porre modifiche al contratto in caso di “variazioni necessarie del progetto”: “*se per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo. (...)*”. L'esecuzione dell'opera a regola d'arte è una possibile sopravvenienza del contratto, la quale può essere superata anche e specialmente con l'Obbligo di rinegoziazione.

⁵² In tema di corrispettivo, se le parti non ne hanno fissato il quantitativo, interviene l'art.1657 cc, il quale stabilisce che il compenso va stabilito “*con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi*”, in mancanza stabilito dal giudice.

La seconda delle ipotesi, regola le conseguenze relative ad un'onerosità o difficoltà intervenute nella fase di esecuzione dei lavori: *“qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo contenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. (...)”*. Rispetto all'art. 1476 cc, la norma in esame prevede come rimedio⁵³ alla sopravvenienza dell'onerosità la sola revisione del prezzo, che scatta solo in presenza di circostanze imprevedibili⁵⁴. La legge prevede anche un parametro, che costituisce un limite di naturale aleatorietà dell'appalto⁵⁵: l'aumento o la diminuzione nel costo dei fattori produttivi dev'essere superiore al decimo del prezzo complessivo per far scattare il rimedio della revisione. La giurisprudenza maggioritaria è concorde nel rimettere, l'operatività dell'articolo 1664 cc, all'accordo delle parti, derogando quindi dalla disciplina della revisione del prezzo⁵⁶.

⁵³ R. BERLOCCO, *Le sopravvenienze negli appalti pubblici, caro materiali, revisione prezzi, compensazioni e rinegoziazione del contratto*, cit. 20 ss.; E. TUCCARI, *Sopraevenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit. 147 ss.

⁵⁴ È pacificamente accettato che l'imprevedibilità va valutata al momento della conclusione del contratto. Consiste in quegli avvenimenti che, con l'impiego della diligenza e della perizia media – V. art.1176 cc – l'appaltatore e il committente non avrebbero potuto ragionevolmente prevedere perché estranei al corso normale degli eventi.

⁵⁵ C. G. TERRANOVA, *Appalto privato e rimedi dell'onerosità sopravvenuta*, cit. 293.

⁵⁶ Sul punto, CASS. CIV., Sez. II, 4 marzo 2005, n.4779; CASS. CIV., Sez. II, 22 dicembre 2015, n.25762.

Ratio della norma è quella di orientare le parti, in questa fattispecie contrattuale di durata, verso una rinegoziazione capace di mantenere, nel limite del possibile, l'equilibrio contrattuale intatto.

Ulteriore fonte di rimedio dinanzi alle sopravvenienze degli appalti privati è la buona fede, nelle norme 1375 cc – esecuzione in buona fede – 1374 – integrazione secondo buona fede – 1175 – comportamento, nell'adempimento degli obblighi, secondo buona fede -. Si presenta nell'appalto come clausola generale destinata a regolare la fase dell'esecuzione del contratto, ma anche come fonte di integrazione dell'accordo di ulteriori obblighi comportamentali non specificamente disposti dalla legge. A conferma dell'operatività della buona fede nella gestione delle sopravvenienze in materia di appalto - e prima apparizione della teoria dell'Obbligo di rinegoziazione -, vi è una recentissima pronuncia⁵⁷: *“dalla clausola generale di buona fede e correttezza deriva un obbligo delle parti di contrattare al fine di addivenire ad un nuovo accordo volto a riportare in equilibrio il contratto entro i limiti dell'alea normale”*. Aggiunge inoltre, sempre la stessa corte, che la buona fede ha la *“funzione di rendere flessibile l'ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore”*. Tesi confermata anche da ulteriori pronunce⁵⁸.

⁵⁷ Trib. Roma, Sez. VI, ord. 27 agosto 2020, n. 29683.

⁵⁸ Trib. Napoli, Sez. III, 15 luglio 2022, n. 7151; CASS. CIV, Sez. III, 12 dicembre 2019, n.32478.

La nuova stagione di gestione di sopravvenienze in ambito di appalti privati è segnata dalla Relazione della Corte di Cassazione n.56/2020⁵⁹. Il documento palesa – ancora una volta – l’inadeguatezza dei rimedi codicistici previsti dall’articolo 1467 cc, norma considerata ormai obsoleta per gestire l’enorme complessità di sopravvenienze in questi tipi contrattuali. Spinta sicuramente dall’avvento della pandemia da Covid-19, la Relazione presenta un’ampia disamina sul tema della rinegoziazione, rendendola protagonista dell’elaborato. Scrive infatti la Suprema Corte che *“a fronte di una sopravvenienza che alteri l’equilibrio dello scambio, ciò che ragionevolmente occorre è che il contratto prosegua: ma con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati. Allo scopo, risultano necessari rimedi manutentivi che mirino a tenere in vita il contratto; o di adeguamento, che salvino il contratto conformandolo alle circostanze ed esigenze sopravvenute”*. Gli obblighi di cooperazione e il principio di buona fede costituiscono – sempre secondo la Corte - le chiavi per aprire le porte alla rinegoziazione dei contratti: queste chiavi infatti consentono di bilanciare *“l’apparente antinomia fra obbligo di rinegoziazione e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti”*. Infine, fonti di rimedi manutentivi delle sopravvenienze negli appalti privati derivano direttamente dalla prassi internazionale della rinegoziazione contrattuale⁶⁰.

⁵⁹ R. BERLOCCO, *Le sopravvenienze negli appalti pubblici*, cit. 26 ss.

⁶⁰ Sono molto utilizzate le clausole, inserite già alla formazione del contratto di appalto, di forza maggiore (circostanze non imputabili alle parti che comportano impossibilità di adempiere alle obbligazioni contrattuali, come ad esempio calamità naturali, terrorismo, guerra o *lock-down*), clausole *hardship* (di gestione del rischio), le cc.dd. M. A. C. *Clause* (clausole che salvano le parti dal rischio di sopportazione di effetti sfavorevoli), e il *claim* (clausole che permettono di configurare anticipatamente i rischi in sede di stipula del contratto, allocandoli in via convenzionale all’una o all’altra parte e prevedendo un meccanismo di gestione delle sopravvenienze). Sull’utilizzo di queste clausole, anche in una logica nazionale, è a favore anche la Corte di Cassazione, precisando nella Relazione 56/2020 che *“la ratio dell’inserimento nel contratto delle clausole in questione è così sensibilmente avvertita, che non s’è mai nemmeno posto il problema della loro validità”*.

Per quanto riguarda la gestione delle sopravvenienze in tema di contratti di appalto privati, non sembrano esserci dubbi sulla presenza e sull'applicazione dell'Obbligo di rinegoziazione, addirittura principio che ha già assunto il ruolo di protagonista dopo la presa di posizione della Cassazione⁶⁰.

Riguardo il tema delle sopravvenienze durante l'esecuzione di contratti di appalto pubblici, la questione si fa più delicata e complessa. Esse, infatti, in questa tipologia contrattuale possono presentarsi – oltre a quelle già viste in tema di appalti privati – anche in tre momenti differenti delle fasi di formazione ed esecuzione del contratto, a cui corrispondono tre differenti metodi di gestione delle stesse.

La fase di gara è il primo momento di manifestazione di sopravvenienze. La prima che incontriamo è l'aumento dei costi che si verifica prima dell'inizio della gara, quindi prima della formazione vera e propria di un contratto: spesso, nella prassi, si assiste al fenomeno delle *cc.dd. gare deserte*, gare alle quali gli operatori economici non intendono partecipare poiché ritenute poco o, quasi per nulla, remunerative a fronte degli attuali prezzi di mercato⁶². Se quindi i prezzi posti a base di gara non permettono la presentazione di un'offerta corretta, adeguata e consapevole⁶³, è possibile proporre impugnazione di fronte al TAR: questa ha l'obiettivo di annullare il bando e conseguentemente adeguarlo alle condizioni economiche vigenti, come richiederebbe la stessa normativa di settore⁶⁴.

L'aumento dei costi – seconda sopravvenienza - può verificarsi anche tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto: la fase qui è abbastanza delicata, di conseguenza gli operatori economici

⁶² R. BERLOCCO, *Le sopravvenienze negli appalti pubblici*, cit. 33 ss.

⁶³ Si intende che già in questa fase il rapporto contrattuale si prefiguri come eccessivamente oneroso e oggettivamente non eseguibile.

⁶⁴ L'art. 23 comma 16 del Codice prevede che “*per i contratti relativi a lavori il costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni è determinato sulla base dei prezzi regionali aggiornati annualmente*”.

consigliano di svincolarsi dall'appalto non concludendo il contratto, valutando sempre la vincolatività presente già nell'offerta. In questo frangente – a mio avviso – se vi fossero presenti dei profili di vincolatività nell'offerta, ben si potrebbe configurare un'ipotesi di Obbligo di rinegoziazione, un nuovo accordo quindi che rimetta le parti sui binari della collaborazione verso la stipula ed esecuzione del contratto.

Sempre nella fase di gara, l'aumento dei costi si può verificare quando l'offerta è ancora vincolante⁶⁵: in questo caso vi sarebbe l'obbligo, per l'aggiudicatario, di stipulare il contratto con la stazione appaltante. Una delle possibilità è la firma con riserva: l'aggiudicatario invia una nota all'amministrazione che non intende accettare la clausola che esclude la revisione e l'adeguamento dei prezzi. Anche in questo caso, onde evitare situazioni sgradevoli, può trovare ampio margine una rinegoziazione, come manifestazione del principio di buona fede e dei valori costituzionali da cui discende.

La sopravvenienza dell'aumento dei costi può verificarsi anche quando l'offerta non è più vincolante: in questo caso interviene l'articolo 32, comma 8 del Codice, che prevede una doppia possibilità, per l'aggiudicatario, di presentare istanza di scioglimento da ogni vincolo o istanza di recesso dal contratto mediante atto notificato alla stazione appaltante⁶⁶.

⁶⁵ Secondo l'articolo 32 comma 4 del Codice dei contratti pubblici, l'offerta è vincolante *“per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine”*.

⁶⁶ Ai sensi dell'articolo 32 comma 8 del D. lgs. 50/2016, divenuta efficace l'aggiudicazione *“la stipula del contratto deve avvenire entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire”*. Quindi, il silenzio o l'inerzia dell'amministrazione, determina una situazione che abilita l'operatore economico a svincolarsi dalla propria offerta.

Il comportamento inerte dell'amministrazione che non provvede, a norma di legge, alla stipula del contratto, configura una violazione del dovere di buona fede nella conduzione delle trattative e nella conclusione del contratto ex art. 1337 cc. In questa particolare situazione, credo che la norma di legge⁶⁶, sia già un buon scudo di protezione per l'aggiudicatario, senza scomodare la rinegoziazione che potrebbe portare a soluzioni forse più complesse.

Secondo momento di manifestazione di sopravvenienze in tema di appalti pubblici si verifica nelle more della consegna dei lavori⁶⁷: accade spesso che l'amministrazione committente ritardi nella consegna dei lavori, causa di pregiudizio economico per l'aggiudicatario. Il legislatore, sul punto, è intervenuto con l'articolo 5 comma 4 del D.M. 49/2018, dando la possibilità all'aggiudicatario la possibilità di recedere dal contratto qualora la consegna dei lavori non avvenga nel termine stabilito. Anche in questo caso, eviterei di scomodare l'Obbligo di rinegoziazione: è sicuramente possibile se l'amministrazione ha ancora interesse all'esecuzione del contratto, la quale dovrà portare sicuramente ad un adeguamento del prezzo pattuito in favore dell'aggiudicatario.

Terzo momento nel quale – sempre in tema di appalti pubblici - si possono configurare sopravvenienze, è la fase di esecuzione del contratto.

L'aumento dei prezzi e dei costi dei materiali e della mano d'opera sono sopravvenienze che si presentano quotidianamente negli appalti. Rispetto a quelli privati, dove la possibilità di revisione dei prezzi è rimandata all'autonomia delle parti, nell'ambito degli appalti pubblici invece la revisione è disciplinata con legge⁶⁸, che prevede espressamente i casi in cui è possibile eseguirla. Questo per evitare che i processi di revisione scappino dai principi di trasparenza e correttezza tipici dell'azione amministrativa.

⁶⁷ R. BERLOCCO, *Le sopravvenienze negli appalti pubblici*, cit. 49 ss.

⁶⁸ Articolo 106 D. lgs. 50/2016 in attuazione dell'articolo 72 Direttiva UE 2014/24.

La revisione dei prezzi⁶⁸, peraltro, è divenuta una clausola obbligatoria nei contratti di appalto pubblici in un recentissimo intervento del legislatore⁶⁹. La revisione dei prezzi – a mio avviso – come una manifestazione dell’Obbligo di rinegoziazione, che giustifica la veste di legge per i delicati e complessi rapporti tra pubblica amministrazione e privati.

Sempre in tema di aumenti dei prezzi, vengono in aiuto anche le norme codicistiche, applicabili ai contratti di appalto pubblici grazie all’articolo 30, comma 8 D.lgs. 50/2016, che così rinvia “*alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del Codice civile*”. L’adeguamento come revisione dei prezzi risulta quindi possibile applicando l’articolo 1664 del Codice civile, norma di riferimento dell’onerosità sopravvenuta durante l’esecuzione dell’appalto. Quando però l’onerosità sopravvenuta diventa eccessiva⁷⁰, interviene come norma codicistica l’articolo 1467 cc, “*dell’ eccessiva onerosità*”, predisponendo la duplice scelta tra risoluzione e adeguamento del contratto. Norma che appare – anche in quest’ambito – obsoleta per la natura contrattuale complessa e di durata dell’appalto: di quest’avviso è la Cassazione, che non una recente pronuncia ha affermato la presenza di un dovere generale di rinegoziazione in capo alle parti⁷¹, fondato proprio sul principio di buona fede.

⁶⁹ D.L. 27 gennaio 2022 n.4 conv. in L. 28 marzo 2022, n.25, il cc.dd. *Decreto sostegni-ter*, art.29 comma 1.

⁷⁰ Si intende che l’aumento dei prezzi è divenuto, in maniera imprevedibile, tale da alterare in maniera significativa l’equilibrio contrattuale, rendendo di fatto non percorribile la via della prosecuzione dei lavori.

⁷¹ Con sentenza 22 febbraio 2022 n. 5848, la Corte di Cassazione ha sancito che “*nell'appalto di opere pubbliche, stante la natura privatistica del contratto, è configurabile, in capo all'amministrazione committente, creditrice dell'opus, un dovere discendente dall'espresso riferimento contenuto nell'articolo 1206 cc e, più in generale, dai principi di correttezza e buona fede oggettiva che permeano la disciplina delle obbligazioni e del contratto - di cooperare all'adempimento dell'appaltatore attraverso il compimento di quelle attività, distinte rispetto al comportamento dovuto da questi e necessarie affinché il medesimo possa realizzare il risultato cui è preordinato il rapporto obbligatorio*”. La Buona fede, principio portante del nostro ordinamento, rappresenta quindi una valida fonte spendibile anche nella contrattualistica pubblica.

A sostegno della rinegoziazione durante l'esecuzione degli appalti pubblici, vi è una delibera⁷² dell'ANAC⁷³, con la quale l'ente suggerisce alle stazioni appaltanti l'inserimento in questi contratti di clausole di rinegoziazione, che sappiano porre rimedio alle sopravvenienze causate da forze maggiori, per orientare – i contratti – ad una loro conservazione rispetto che ad una loro caducazione.

Ulteriore rimedio alle sopravvenienze contrattuali – ispirato sicuramente alle logiche della rinegoziazione - in termini di aumento di prezzo, è lo strumento delle “varianti in corso d'opera”⁷⁴. Grazie a questo rimedio, le parti possono modificare il contratto se la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore, a condizione che la modifica non alteri la natura generale del contratto.

Alla luce di questa analisi del contratto di appalto, è evidente come la teoria dell'Obbligo di rinegoziazione inizia ad informare la materia sia in ambito privato sia in ambito pubblico. La natura di durata, la complessità degli interessi in gioco, la difficoltà di esecuzione dell'opera e le variazioni dei prezzi sono fattori che hanno subito un ulteriore aggravio dopo la pandemia da Covid-19, e dopo la recentissima guerra in Ucraina e la conseguente crisi economica. La teoria della rinegoziazione diventa in questa fattispecie contrattuale il faro per la gestione delle sopravvenienze, l'unica che sappia soddisfare i molteplici interessi in gioco.

⁷² Delibera ANAC 11 maggio 2022, n.227.

⁷³ ANAC è un'autorità amministrativa indipendente con compiti di tutela dell'integrità della pubblica amministrazione, contrasto all'illegalità, lotta alla corruzione, attuazione della trasparenza e di controllo sui contratti pubblici.

⁷⁴ Codice dei contratti pubblici, articolo 106, comma 1, lett. c).

§ 3.2 I contratti tra imprese: il contratto di franchising

La contrattazione di durata esprime la sua miglior versione in ambito dei contratti tra imprese. Molte sono le fattispecie contrattuali che mettono in relazione gli imprenditori, a cui corrispondono una moltitudine di contratti che quotidianamente vengono conclusi nei vari settori economici. Uno dei più importanti contratti, nei quali si intercettano dei profili critici ai quali proprio l'obbligo di rinegoziazione vuole dare una risposta, è il cc.dd. contratto di *franchising*⁷⁵.

Il contratto in esame trova la sua disciplina legislativa nella legge 129/2004⁷⁶, definibile come “un sistema di distribuzione commerciale di beni e/o servizi e/o tecnologie basato su una durevole e intensa collaborazione legale e finanziaria tra il *Franchisor* e i suoi *Franchisees*, nella quale il *Franchisor* concede la propria idea imprenditoriale ai *Franchisees*, imponendo loro obbligazioni e, soprattutto, il proprio metodo economico di vendita.” Dalla definizione si evince che le parti del contratto sono due, il *Franchisor* – affiliante che concede il proprio metodo imprenditoriale – e i vari *Franchisees* – dei veri e propri *followers*, i quali non fanno altro che applicare il metodo imprenditoriale altrui⁷⁷.

⁷⁵ Questa tipologia contrattuale nasce nell'economia nordamericana negli anni 50-60 durante l'epoca del *baby boom*: vi fu un forte aumento delle nascite, aumento della domanda e il conseguente adeguamento delle offerte. Il contratto di franchising fu proprio lo strumento per la creazione della distribuzione commerciale.

⁷⁶ Definita dagli interpreti “*Disclosure Law*” poiché la maggior parte dei nove articoli di cui è formata prevede obblighi di informazione.

⁷⁷ Esempi di contrattazione di Franchising sono i metodi imprenditoriali delle aziende multinazionali nel settore dell'abbigliamento.

Questo tipo di contratto genera un rapporto cc.dd. *Business To business*, ovvero mette in relazione un'impresa grande del mercato con tanti singoli imprenditori: questi rapporti causano nell'economia una rete statica, freno sicuramente alle nuove idee imprenditoriali.

Scorrendo le norme della legge⁷⁶, ben si può notare come il legislatore si sia concentrato sul disciplinare i vari obblighi e i vari diritti delle parti, senza porre un'adeguata attenzione al contenuto del contratto, soprattutto in tema di esecuzione e di sopravvenienze. Unica norma che si preoccupa di regolare – e soprattutto di proteggere il *franchisee* – è l'articolo 3 comma 3⁷⁸, il quale impone al contratto di *franchising* una durata minima di tre anni, sia esso a tempo determinato sia esso a tempo indeterminato. Questa previsione ha l'obiettivo di permettere alle parti l'ammortamento del relativo investimento. Norma che – a mio avviso – non risulta soddisfacente e non in grado a tutelare le varie e possibili sopravvenienze che possono colpire questo contratto di durata, dimenticandosi soprattutto di regolare i casi di recesso. Capita spesso nella prassi che il contratto di franchising si presenta incompleto⁷⁹, il quale non si preoccupa di proteggere i vari *franchisee* da comportamenti dominanti e abusivi da parte del *franchisor*. Uno di questi comportamenti è sicuramente il cc.dd. “recesso brutale”: la sfida giuridica attorno a questa disciplina contrattuale è proprio la ricerca di possibili rimedi di fronte a queste manovre abusive nella contrattazione⁸⁰.

⁷⁸ Stabilisce infatti l'art.3 comma 3 della legge 129/2004 che “*qualora il contratto sia a tempo determinato dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore ai tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione a inadempienza di una delle parti*”.

⁷⁹ Riemerge la teoria statunitense degli “*incomplete contracts*”.

⁸⁰ Recesso brutale: operato dall'impresa più forte che esce dalla relazione contrattuale senza preavviso.

⁸¹ C. ABATANGELO, *il fenomeno delle reti contrattuali tra imprese. Modelli d'integrazione top down e bottom up*, in *Reti contrattuali, Relation contracts e tutela dell'affidamento*, 2020.

Attualmente, di fronte a situazioni di “recesso brutale” in questo tipo di contrattazione, vi sono più soluzioni.

Scartiamo subito, in questa gamma di possibilità, l'appena citato articolo 3 L. 129/2004: la durata minima di tre anni è una norma “in bianco”, poiché prevede un precetto ma non una sanzione. Inoltre, riflettere su una nullità del contratto per violazione di questa norma non avrebbe senso: la natura di durata questo contratto, gli investimenti specifici effettuati per realizzarlo ed eseguirlo, e la protezione degli interessi di parte, impongono la ricerca di una sanzione diversa, che guardi piuttosto al risarcimento o all'inefficacia del recesso brutale⁸².

La prima – delle soluzioni possibili - che incontriamo è la cc.dd. *Recovery period rule*, una regola che consente il recupero degli investimenti specifici effettuati. Seconda soluzione può sicuramente essere la rinegoziazione: la teoria dell'Obbligo alla luce dell'interpretazione dei principi di buona fede e di correttezza nell'esecuzione del contratto, diventa qui il faro per la protezione del contraente debole, che si vede - di punto in bianco – il contratto sciolto senza possibilità di intervento. Se la rinegoziazione non va a buon fine, in soccorso vi è l'articolo 9 comma 3 della legge sulla subfornitura⁸³, che protegge le situazioni di abuso e scorrettezza nei rapporti soggettivamente ed economicamente squilibrati.

⁸² C. ABATANGELO, *il fenomeno delle reti contrattuali tra imprese. Modelli d'integrazione top down e bottom up*, in *Reti contrattuali, Relation contracts e tutela dell'affidamento*, 2020.

⁸³ L. 198/1988, sul quale articolo 9 la Cassazione ha attribuito forza di portata generale, con sentenza SS.UU. 25 novembre 2011, n. 24906.

L'Obbligo di rinegoziazione in questa fattispecie contrattuale⁸⁴ trova ampio spazio di manovra per qualsiasi sopravvenienza: lo squilibrio tra le parti, le differenti forze economiche che producono la relazione, la protezione degli investimenti effettuati e la tutela di fronte a possibili comportamenti abusivi sono quesiti al quale solo la rinegoziazione – a mio modo d'intendere – può porre rimedio. Le parti, condotte e orientate dal principio di buona fede, sostenute dai valori di solidarietà e collettività costituzionalmente previsti, dovrebbero essere loro stesse a cercare una soluzione insieme, per mantenere una contrattazione il più possibile leale e corretta.

⁸⁴ Ad oggi il franchising lo si deve considerare come una realtà superata, in quanto ad oggi la nuova sfida è quella di trovare nuove collaborazioni che abbiano effetti green, impattanti benevolmente sulla società. Ampiamente sul tema C. ABATANGELO, *il fenomeno delle reti contrattuali tra imprese. Modelli d'integrazione top down e bottom up*, in *Reti contrattuali, Relation contracts e tutela dell'affidamento*, 2020.

§ 3.3 I contratti dei consumatori: i contratti di utenza telefonica

Ambito nel quale possiamo riscontrare un netto squilibrio di forza economica e contrattuale è sicuramente quello dedicato ai consumatori. La materia è stata oggetto di numerosi interventi legislativi, sia a livello nazionale⁸⁵, ma soprattutto – nell’ultimo ventennio – a livello comunitario⁸⁶. L’Unione europea, con l’obiettivo di armonizzare il diritto europeo, ha trovato ampio spazio legislativo in tema di diritti e protezione dei consumatori: la libera circolazione delle merci e dei servizi ha creato un mercato di consumo vasto, che opera sempre più frequentemente in una logica internazionale. La sfida giuridica odierna è quella di saper intercettare i bisogni e gli interessi dei consumatori, e saper dare le giuste risposte con provvedimenti sempre più aggiornati, flessibili e comunitari.

Una delle fattispecie contrattuali del diritto dei consumatori che può meglio esporre le caratteristiche, i limiti e gli effetti di quest’ambito è sicuramente il “contratto di utenza telefonica”.

Il settore dei servizi telefonici⁸⁷, fino agli anni Novanta, era inserito nel monopolio statale: questa previsione rispondeva all’idea che solo lo Stato era in grado di sostenere – da un punto di vista economico – la realizzazione e la manutenzione delle infrastrutture strumentali alle

⁸⁵ Codice del consumo, introdotto con D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206: l’approvazione del Codice è stata considerata una svolta importante nell’ambito di tutela dei consumatori, soprattutto per la rilevanza che esso assume in termini politica del diritto. La disciplina previgente era rimessa alla legislazione di settore, che recepiva le direttive comunitarie.

⁸⁶ Sul tema si segnalano: Direttiva 1999/44/CE, Direttiva 2019/2161/UE, Direttiva 2019/771/UE

⁸⁷ D. FAUCEGLIA, *Il contenuto minimo e il problema dell’integrazione dei contratti di utenza telefonica*, in Europa e diritto privato, 2019.

Telecomunicazioni⁸⁸, e – da un punto di vista giuridico – garantire l'erogazione e la continuità del servizio a tutti i cittadini. La liberalizzazione dal monopolio è avvenuta grazie a due direttive comunitarie⁸⁹, le quali hanno abolito i diritti speciali ed esclusivi nei settori dei servizi e dei terminali e dei servizi, realizzando così un mercato di fornitura aperta di telecomunicazioni. Il processo di liberalizzazione è stato l'apripista per la cc.dd. "privatizzazione" delle imprese: queste, in precedenza di natura pubblica, vengono trasferite in capo a privati⁹⁰.

Protagonista del settore delle telecomunicazioni è sicuramente il contratto di utenza telefonica: esso si caratterizza per essere un contratto di durata e per la complessità delle prestazioni, dalla esecuzione di più servizi⁹¹ alla concessione della linea telefonica. Si dibatte – ancora attualmente – sulla qualificazione giuridica del contratto di utenza telefonica: il dibattito oscilla fra due tipi contrattuali, ovvero la qualificazione come contratto di appalto, tesi seguita dalla dottrina⁸⁸, o come contratti di somministrazione, tesi seguita e affermata dalla giurisprudenza⁹².

⁸⁸ Le telecomunicazioni erano considerato servizio pubblico essenziale, una sorta di monopolio naturale. Sul punto, D. FAUCEGLIA, *Il contenuto minimo e il problema dell'integrazione dei contratti di utenza telefonica*, in *Europa e diritto privato*, 2019, cit. 520 ss.

⁸⁹ Le direttive in esame sono: Direttiva 1988/16/CE, Direttiva 1990/388/CE. La liberalizzazione consiste nell'abbattimento delle barriere di accesso al mercato da parte dei potenziali concorrenti.

⁹⁰ Il processo di privatizzazione è caratterizzato da due momenti distinti: assunzione della forma di società delle imprese pubbliche (*privatizzazione formale*) e conseguente passaggio di queste imprese ai privati, con contestuale cessione agli stessi delle partecipazioni (*privatizzazione sostanziale*).

⁹¹ L'utente, infatti, a prescindere dal tipo di rete fissa o mobile, può richiedere più servizi, quali segreteria telefonica, caselle vocali, abilitazione all'invio di messaggi di testo, possibilità di connettersi alla *rete internet*: tutti i servizi però vanno a costituire un *unicum* dell'intero rapporto contrattuale.

⁹² Trib. Salerno, Sez. II, 14-1-2015; Trib. Napoli 10-04-2000.

Quanto al contenuto, il legislatore ha previsto una disciplina capace di porre rimedio alle probabili asimmetrie contrattuali di questa relazione di durata: il contratto di utenza telefonica presenta un contenuto minimo disciplinato all'articolo 70 del Codice delle telecomunicazioni elettroniche⁹³. Inoltre, sempre a tutela dell'utente, nella disciplina sul contenuto, interviene anche articolo 1 D. lgs. 31-1-2007 n.7 che stabilisce *“I contratti per adesione stipulati con operatori di telefonia e di reti televisive e di comunicazione elettronica, indipendentemente dalla tecnologia utilizzata, devono prevedere la facoltà del contraente di recedere dal contratto o di trasferire le utenze presso altro operatore senza vincoli temporali o ritardi non giustificati e senza spese non giustificate da costi dell'operatore e non possono imporre un obbligo di preavviso superiore a trenta giorni”*.

Questa ampia disciplina di settore contenuta nel Codice delle comunicazioni elettroniche è stata una risposta del legislatore di fronte ad un vuoto di tutela: la liberalizzazione e la privatizzazione del mercato in questione, hanno messo in crisi la tutela codicistica dell'articolo 1341 cc, norma che è risultata non più adatta e sostenibile di fronte ad un settore che presenta, quotidianamente, insidie e difficoltà giuridiche ed economiche. La norma civilistica, nell'intento di, da un lato accelerare la stipulazione dei contratti di utenza telefonica, e dell'altro tutelare il contraente economicamente più debole, prevedeva solo una tutela formale, che nella pratica risultava non soddisfacente: il disequilibrio e l'ampia forza contrattuale delle imprese del settore hanno imposto un intervento massiccio al legislatore in termini di tutele e di protezione.

⁹³ L'articolo 70 del codice delle comunicazioni elettroniche prevede che il contratto indichi almeno: a) la denominazione e l'indirizzo del fornitore del servizio; b) i servizi forniti, i livelli di qualità dei servizi offerti e il tempo necessario per l'allacciamento iniziale; c) i tipi di servizi di manutenzione offerti; d) il dettaglio dei prezzi e delle tariffe, nonché le modalità secondo le quali possono essere ottenute informazioni aggiornate in merito a tutte le tariffe applicabili e a tutti i costi di manutenzione; e) la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di cessazione dei servizi e del contratto; f) le disposizioni relative all'indennizzo e al rimborso applicabili qualora non sia raggiunto il livello di qualità del servizio previsto dal contratto; g) il modo in cui possono essere avviati i procedimenti di risoluzione delle controversie.

In una materia così dettagliata, sembra non esserci spazio per la teoria dell'Obbligo di rinegoziazione: a mio avviso però, potrebbero essere il faro per ulteriori interventi legislativi.

I recenti aumenti del costo dei materiali, del costo del lavoro, delle infrastrutture e dei servizi, non devono essere sopravvenienze che giustificano le imprese del settore di aumentare il prezzo con modificazioni unilaterali del contratto: ben si può prevedere un meccanismo legislativo – ispirato all'obbligo di rinegoziazione – che metta in contatto le parti in caso di sopravvenienza.

Il contatto, data la disparità dei contraenti e l'impossibilità di sedersi al tavolo con ciascun utente, deve essere pensato in maniera flessibile e agevole: l'impresa concede una proposta di rinegoziazione e l'utente deve essere libero di accettarla o meno. La disciplina attuale – possiamo tranquillamente affermarlo – è ispirata a meccanismi di rinegoziazione: la teoria dell'Obbligo sosterrà ancora di più un campo di tutela – del contraente debole - già forte e resistente.

§ 3.4 I contratti bancari e assicurativi

Natura di durata e complessità nella gestione delle sopravvenienze, si presentano anche e soprattutto nei contratti di assicurazione⁹³ e nei contratti bancari.

Riguardo ai primi, la disciplina è dettagliata nel Codice civile agli articoli 1882⁹⁴ e ss. Con il contratto di assicurazione si realizza un trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore, mediante pagamento del cc.dd. "premio": l'obbligazione principale per l'assicuratore è garantire il suo intervento all'assicurato – attraverso il pagamento – qualora si verifichi l'evento previsto nel contratto.

In ambito di sopravvenienze di questo tipo contrattuale, il legislatore ha – fin da subito – cercato di arginare il fenomeno delle variazioni del rischio⁹⁵, predisponendo due norme: l'articolo 1897 e l'art.1898 cc.

In caso di mutamenti che producono una significativa diminuzione del rischio, l'articolo 1897 cc prevede che l'assicuratore, informato l'assicurato, può scegliere se ricevere un premio minore oppure recedere dal contratto originariamente stipulato. Ovviamente, la diminuzione deve essere rilevante, ovvero "se fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto avrebbe portato alla stipulazione di un premio minore".

⁹³ E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, 2018, cit.141 ss.

⁹⁴ Stabilisce infatti l'articolo 1882 che "l'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso il pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana".

⁹⁵ E. TUCCARI, *Sopraavvenienze e rimedi nei contratti di durata*, 2018: le variazioni del rischio possono essere diminuzioni o aumenti.

In caso invece di aggravamento del rischio, l'articolo 1898 cc stabilisce che l'assicuratore, informato l'assicurato, può scegliere se continuare ad eseguire il contratto a premio invariato oppure recedere⁹⁶. Anche in questo caso, l'evento deve essere rilevante e imprevedibile, cioè estrinseco rispetto alla situazione di rischio assicurata.

In caso quindi di sopravvenienze, il legislatore ha predisposto questi due strumenti per riuscire a superare la situazione creatasi: non vedo particolari frizioni se – soprattutto in caso di aggravamento del rischio – si ipotizza un fenomeno di rinegoziazione che riporti il contratto più vicino agli interessi mutati delle parti. La teoria dell'Obbligo di rinegoziazione potrebbe informare, in pieno spirito di buona fede e solidarietà, una rinegoziazione in caso di variazioni del rischio ed altre sopravvenienze. Facciamo un esempio: se vi è un aggravamento del rischio, di sicuro l'assicuratore preferisce recedere dal contratto rispetto al mantenimento. Questo comporta che l'assicurato, oltre a vedersi caducare il contratto originario, deve mettersi in moto per la stipulazione di un altro contratto di assicurazione, il quale, data la conoscenza del rischio, si presenterà con un premio più alto: una rinegoziazione del contratto originario – a mio avviso – garantirebbe grado di tutela maggiore all'assicurato, sia in termini giuridici soprattutto in termini economici, e il contratto rinegoziato proseguirà nel segno della stabilità e della continuità.

Quanto ai contratti bancari, il contratto principe che mette in relazione un istituto bancario e un privato è il contratto di mutuo (o di finanziamento). L'articolo 1813 del Codice civile lo definisce come *“il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità”*.

⁹⁶ In caso di aggravamento del rischio il legislatore ha escluso, per tutelare l'assicurato, la possibilità di aumento del premio.

Il contratto di mutuo è un contratto reale, che si perfeziona – non con il semplice scambio – ma con la consegna del denaro o delle cose fungibili: è un contratto di durata.

Una delle sopravvenienze che più si configura nella prassi e che crea situazioni complesse da risolvere è l'eccessiva onerosità, la quale in prima battuta – data la sinallagmaticità di questi contratti – è tutelata dall'articolo 1467 cc, norma che prevede l'alternativa tra risoluzione e adeguamento a equità del contratto. Norma che è poco applicata nella prassi: la risoluzione del contratto comporta lo scioglimento dell'originario rapporto contrattuale senza garantire un'adeguata protezione degli interessi in gioco. Le parti sono – più spesso – orientate a rimedi di tipo manutentivo: il legislatore ha previsto numerose disposizioni ispirate proprio all'idea di adeguamento del contratto piuttosto che alla sua caducazione⁹⁷.

I rimedi manutentivi previsti dal legislatore in ambito eccessiva onerosità nel contratto di mutuo sono frutto di un lungo processo legislativo. Il primo di questi è previsto dall'articolo 120-quater T.U.B⁹⁸, norma che prevede la cc.dd. surrogazione del creditore-finanziatore: si consente al debitore-finanziato, senza spese aggiuntive, di sostituire il proprio creditore con altro finanziatore che proponga condizioni meno onerose. Le parti del contratto originario possono, sempre secondo la norma, rinegoziarlo migliorando le condizioni contrattuali⁹⁹.

⁹⁷ L'articolo 1467 cc rimane un rimedio residuale per le parti che trova applicazione solo in caso di disaccordo sulla rinegoziazione dell'accordo originario o sull'applicazione di rimedi manutentivi previsti dal legislatore.

⁹⁸ D.L. 31 gennaio 2007, n.7, convertito dalla l. 2 aprile 2007, n.40 (cc.dd. *Bersani bis*) modificato dalla legge finanziaria del 2008 24 dicembre 2007, confluito il tutto nel 120-quater T.U.B.

⁹⁹ L'art. 120-quater comma 5 T.U.B prevede che *“Nel caso in cui il debitore intenda avvalersi della facoltà di surrogazione di cui al comma 1, resta salva la possibilità del finanziatore originario e del debitore di pattuire le variazioni senza spese delle condizioni del contratto in essere, mediante scrittura privata anche non autenticata.*

Secondo rimedio previsto dal legislatore di fronte alla sopravvenienza dell'eccessiva onerosità è l'articolo 120-ter del T.U.B.¹⁰⁰, il quale consente la cc.dd. libera estinzione anticipata dei mutui immobiliari. In caso di circostanze sopravvenute¹⁰¹ che rendono diseconomica la prosecuzione per il mutuatario, la legge consente di estinguere il rapporto pagando la quota di capitale senza corrispondere alcuna somma di interessi. Questa disciplina ha l'obiettivo di tutelare il debitore, permettendo un'estinzione anticipata del finanziamento oppure una rinegoziazione – possibile – che porti il contratto ad avere condizioni meno onerose.

Alla luce di queste discipline, è evidente che il legislatore sia intervenuto per porre rimedio alla difficile e complesso della risoluzione¹⁰². La tutela del debitore e la protezione dei relativi interessi nei contratti di mutuo chiedono soluzioni migliori, che guardino verso un mantenimento e prosecuzione del rapporto rispetto che al suo scioglimento. Al momento non si nota un obbligo legale di rinegoziazione, ma possiamo – tranquillamente affermare – che gli interventi legislativi sono informati da logiche convenzionali. La teoria dell'Obbligo di rinegoziazione, ispirata ai principi di buona fede, correttezza e solidarietà, può sicuramente trovare applicazione come rimedio di fronte alle sopravvenienze dei contratti di mutuo, in grado di tutelare la parte debole e gli investimenti effettuati.

¹⁰⁰ Art. 7 d.l. 31 gennaio 2007, convertito in legge 2 aprile 2007, n.40, confluito nell'articolo 120-ter del T.U.B.

¹⁰¹ Una possibile circostanza sopravvenuta è l'imprevedibile rialzo del tasso d'interessi derivante dal verificarsi di improvvise circostanze politiche ed internazionali.

¹⁰² E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, 2018, cit.246.

§ 3.5 Il contratto di locazione

Il Codice civile definisce il contratto di locazione *“il contratto col quale una parte (locatore) si obbliga a far godere all’altra (conduttore o locatario inquilino) una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo”*. Si presenta come un contratto a prestazioni corrispettive: da un lato vi è il godimento, da intendersi come *“potere del conduttore di usare direttamente un determinato bene, traendone determinate o tutte le utilità”*; dall’altro versante vi è il corrispettivo, inteso come prestazione periodica in danaro o qualsiasi altra prestazione che realizza un vantaggio economico per il locatore.

Si tratta di un contratto di durata, anzi, essa è proprio un elemento essenziale del rapporto: l’art.1573 stabilisce la durata della locazione, la quale non può essere stipulata per un tempo eccedente i trent’anni; inoltre, l’art.1574 cc stabilisce i tempi della locazione nel caso di mancata determinazione delle parti¹⁰³. La disciplina è più rigida in caso di locazione di tipo commerciale¹⁰⁴.

Molti sono i fattori che possono intervenire nel contratto di locazione, alterando l’equilibrio e il sinallagma del programma originario: la recente pandemia e la recente crisi economica hanno messo a dura prova la disciplina di gestione di sopravvenienze della fattispecie.

¹⁰³ Stabilisce infatti l’art.1574 che *“Quando le parti non hanno determinato la durata della locazione, questa si intende convenuta: 1) se si tratta di case senza arredamento di mobili o di locali per l’esercizio di una professione, di un’industria o di un commercio, per la durata di un anno, salvi gli usi locali; 2) se si tratta di camere o di appartamenti mobiliati, per la durata corrispondente all’unità di tempo a cui è commisurata la pigione; 3) se si tratta di cose mobili, per la durata corrispondente all’unità di tempo a cui è commisurato il corrispettivo; 4) se si tratta di mobili forniti dal locatore per l’arredamento di un fondo urbano, per la durata della locazione del fondo stesso.”*

¹⁰⁴ Le locazioni di tipo commerciale sono governate dalle regole della l.27/07/1978, n.392.

Proprio in tema di sopravvenienze, vengono alla luce – in prima battuta – i rimedi di settore previsti dal legislatore. L’articolo 1578 cc interviene per regolare i casi di vizio della cosa locata¹⁰⁵: la norma propone, in caso di detta sopravvenienza, un’alternativa già incontrata negli istituti generali, ovvero la scelta tra risoluzione del contratto o adeguamento – in riduzione – del corrispettivo originariamente pattuito. Sull’operatività di questa norma vi è ampio dibattito giurisprudenziale¹⁰⁷. Altro rimedio proprio della materia in esame è l’articolo 1584 cc, norma che elenca i diritti del conduttore in caso di eventuali riparazioni della cosa locata durante la fase di esecuzione contrattuale: nei casi stabili dalla legge¹⁰⁸, il conduttore ha diritto, o ad una riduzione del corrispettivo per far fronte alle spese sostenute in fase di riparazioni, oppure – nei casi che rendono inabitabile la cosa locata – chiedere lo scioglimento del contratto.

Accanto ai rimedi specifici dettati dal legislatore, intervengono nella gestione di sopravvenienze di contratti di locazione anche i rimedi generali dell’impossibilità sopravvenuta e dell’eccessiva onerosità¹⁰⁹.

¹⁰⁵ L’art.1578 stabilisce “*se al momento della consegna la cosa locata è affetta da vizi che ne diminuiscono in modo apprezzabile l’idoneità all’uso pattuito, il conduttore può domandare la risoluzione del contratto o una riduzione del corrispettivo, salvo che si tratti di vizi da lui conosciuti o facilmente riconoscibili. Il locatore è tenuto a risarcire al conduttore i danni derivati da vizi della cosa, se non prova di avere, senza colpa, ignorato i vizi stessi al momento della consegna*”.

¹⁰⁶ M. CIRELLI, A. SCARSELLI, *La rinegoziazione del contratto di locazione in tempi di crisi*, cit. 7 ss.

¹⁰⁷ Si segnalano sul tema le sentenze: Cass. Civ. sez.III, 13/06/2018 n.15378 nella quale la Corte stabilisce i criteri di qualità dell’immobile perché esso non sia affetto da vizi; Cass. Civ. sez. III, 25/06/2019, n.16917, nella quale la Corte determina i confini e il campo di applicazione dell’art.1578 cc e dell’art.1460 cc.

¹⁰⁸ L’art.1584 stabilisce “*se l’esecuzione delle riparazioni si protrae per oltre un sesto della durata della locazione e, in ogni caso, per oltre venti giorni, il conduttore ha diritto a una riduzione del corrispettivo, proporzionata all’intera durata delle riparazioni stesse e all’entità del mancato godimento*
Indipendentemente dalla sua durata, se l’esecuzione delle riparazioni rende inabitabile quella parte della cosa che è necessaria per l'alloggio del conduttore e della sua famiglia, il conduttore può ottenere, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto”.

¹⁰⁹ M. CERELLI, A. SCARSELLI, *La rinegoziazione del contratto di locazione in tempi di crisi*, 2023, cit. 13 ss.

In caso di impossibilità sopravvenuta della locazione, interviene l'articolo 1463 cc: la norma, interpretata secondo una recente pronuncia della Suprema Corte¹¹⁰, lascia poco spazio alla risoluzione del contratto come rimedio, ammettendola limitatamente ai casi in cui “si sia in presenza di fatti sopravvenuti che rendono la prestazione del tutto e definitivamente ineseguibile, sicché non potrà più essere richiesta o non vi è più interesse a che sia richiesta la controprestazione dedotta nel negozio giuridico”. In tema di locazione – data la natura di durata dei contratti - l'impossibilità in genere si verifica solo parzialmente o provvisoriamente¹¹¹: prassi che genera un residuale utilizzo di questo rimedio, preferendo il più delle volte rimedi manutentivi che mantengano in vita il contratto. Nel caso in cui, invece, l'impossibilità sia solo parziale, la sopravvenienza è gestita dall'articolo 1464 cc: la norma prevede anch'essa un'alternativa per far fronte allo squilibrio sopravvenuto tra gli interessi di parte, ovvero la scelta tra riduzione della controprestazione e il recesso dal contratto. La parte creditrice, nell'impossibilità parziale, oltre a questa alternativa, ha anche l'opzione di sospendere l'esecuzione della sua prestazione per il periodo di temporanea impossibilità della controprestazione a lei dovuta.

In tema di eccessiva onerosità, il faro che orienta la gestione di sopravvenienze è l'articolo 1467 cc, norma che presenta il bilanciamento tra adeguamento e risoluzione del contratto. La risoluzione, quindi, può essere richiesta quando la prestazione è divenuta per una delle parti eccessivamente onerosa per effetto di avvenimenti straordinari e imprevedibili, tali da alterare il valore di mercato della prestazione¹¹².

¹¹⁰ Cass. 10/07/2018, n. 18047: Secondo la Corte, l'impossibilità sopravvenuta si ha non solo nel caso di impossibilità della prestazione del debitore, ma anche nel caso di impossibilità della prestazione del creditore.

¹¹¹ L'indisponibilità economica del conduttore – il più delle volte - è temporanea.

¹¹² Nel contratto di locazione, la risoluzione si giustifica nell'esigenza di proteggere le parti dal rischio di un eccezionale aggravamento economico della prestazione per gravi cause esterne che alterano in modo eccezionale i rapporti. M. CERELLI, A. SCARSELLI, *La rinegoziazione del contratto di locazione in tempi di crisi*, 2023.

L'impianto legislativo della gestione di sopravvenienze nel contratto di locazione - così descritto - ha subito un forte impatto con la pandemia da Covid-19 del 2020 e la conseguente crisi economica, che ancora segna l'attuale quotidianità. Le norme elencate si sono rivelate non sufficientemente adatte alla gestione di situazioni negli ambiti delle locazioni: questa complessità ha interrogato il mondo giuridico sulla ricerca possibile di nuove soluzioni. Cambio di rotta – in questi termini – è avvenuto con l'intervento della Cassazione, la Relazione n.56, 08/07/2020, con la quale la Corte ha dettato le linee guida sul diritto emergenziale anti Covid-19 in ambito contrattuale e concorsuale e sui rimedi legali e convenzionali da adottare¹¹³.

¹¹³ Afferma la Corte nella Relazione n. 56, 08/07/2020: “ *pertanto la parte tenuta alla rinegoziazione e adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrati che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienze economiche e giuridiche che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente. Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo. L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose. Per giurisprudenza costante i canoni della solidarietà contrattuale, fondati sulla buona fede, prescrivono di salvaguardare l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico. La clausola generale di buona fede e una disposizione elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa, il che postula che il giudice sia chiamato a compiere delle scelte e, dinanzi a diverse possibili soluzioni, a decidere per l'opzione a suo parere più congeniale alla fattispecie concreta, purché disponga degli elementi per esprimere una valutazione rigorosa che non sfoci nell'arbitrio. Il riferimento all'equilibrio originario delle prestazioni rappresenta al riguardo un criterio essenziale. A fronte di una sopravvenienza che alteri l'equilibrio dello scambio, ciò che ragionevolmente occorre e che il contratto prosegua: ma con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati. Allo scopo risultano necessari rimedi manutentivi che mirino a tenere in vita il contratto; o di adeguamento, che salvino il contratto confermandolo alle circostanze ed esigenze sopravvenute. Adottare quali rimedi la risoluzione e il risarcimento del danno significherebbe regredire al risultato che l'obbligo di rinegoziazione vuole evitare: la distruzione del contratto. Quella descritta è una soluzione che appare intonata alla rilevanza sociale dell'impresa, cui fa pendant l'interesse generale alla sua sopravvivenza. Si tratta di un principio ben radicato nell'ordinamento, a caratura costituzionale, rinforzato da una marcata espressione nei Trattati e nelle direttive dell'Unione europea”.*

Protagonista della relazione è proprio la Rinegoziazione: la riflessione sulla teoria dell'Obbligo di rinegoziare ha illuminato la ricerca, offrendo nuove soluzioni per la gestione di sopravvenienze anche nei contratti di locazione. Co-protagonista è anche la clausola generale di buona fede, che diviene garanzia di un comportamento corretto nella fase di esecuzione del contratto: l'obbligo di rinegoziare viene così inteso come espressione del principio di conservazione del negozio, compiendo il risultato negoziale prefigurato all'origine dalle parti. In una fase esecutiva del contratto di locazione, caratterizzata da sopravvenienze, un possibile rifiuto a rinegoziare da parte di una delle parti, sarebbe una violazione del principio di buona fede che governa l'interpretazione e l'esecuzione del contratto ex articoli 1366 e 1375 cc. In caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare, troverebbe addirittura applicazione l'articolo 2932 cc: il giudice potrebbe emanare una sentenza che tenga luogo dell'accordo di rinegoziazione non concluso, determinando in tal modo la modifica del contratto originario. La teoria dell'Obbligo di rinegoziazione si presenta – anche in questa fattispecie contrattuale – come protagonista di una nuova stagione di gestione delle sopravvenienze. Le pronunce giurisprudenziali degli ultimi tre anni confermano questo cambio di prospettiva¹¹⁴.

¹¹⁴ Trib. Roma sentenza 27/08/2020; Trib. Venezia ord. 02/10/2020; Trib. Bologna sentenza 12/05/2020; Trib. Rimini sentenza 25/05/2020; Trib. Genova 01/06/2020.

Capitolo 4.

ANALISI DI DIRITTO COMPARATO

§ 4.1 Comparazione con un Paese membro dell'UE: l'ordinamento francese. - § 4.2 Comparazione con un Paese di common law: l'ordinamento inglese. - § 4.3 Comparazione con il passato: com'è cambiata la domanda della rinegoziazione, cosa la giustifica oggi e cosa la giustificava in passato.

§ 4.1 Comparazione con un Paese membro dell'UE: l'ordinamento francese.

La teoria dell'Obbligo di rinegoziazione è stata oggetto di ampie riflessioni e ricerche in buona parte degli ordinamenti odierni. In questo capitolo, tramite un'analisi di diritto comparato, si evidenziano le analogie e le differenze di recepimento e applicazione dei vari sistemi: la comparazione dell'Obbligo di rinegoziazione ha l'obiettivo di armonizzare il diritto comunitario e mondiale, come risposta e sostegno ad un mercato operante sempre più in una logica internazionale. Un ordinamento simile a quello italiano, informato anch'esso da un sistema di *civil law*, è quello francese. In ambito della contrattazione di durata e di gestione di sopravvenienze possiamo affermare che – da un punto di vista storico – il diritto francese era distante dalla possibilità di intervenire nell'autonomia negoziale delle parti: la norma che sanciva questa distanza era l'articolo 1134 *Code civil* in base al quale¹¹⁵ “*i contratti non possono essere modificati o risolti che per mutuo consenso dei contraenti*”.

¹¹⁵ Il *Code civil* napoleonico era informato e ispirato dal principio della intangibilità del contratto, “*Pacta sunt servanda*” utilizzando un brocardo latino.

Solo, quindi, una eventuale nuova contrattazione delle parti avrebbe avuto la possibilità di porre rimedio alla situazione: ma se così non fosse avvenuto, nessuna delle parti avrebbe potuto chiedere di non eseguire la propria prestazione divenuta eccessiva a causa del cambiamento delle circostanze.

Di fronte a questo orientamento dottrinale, vi era la cc.dd. *Théorie de l'imprévision*, secondo la quale – invece – lo sconvolgimento economico delle condizioni contrattuali a causa di eventi imprevedibili determinava l'obbligo delle parti di rinegoziare ed addirittura la possibilità di far adattare il regolamento contrattuale dal giudice. Tale teoria nasce da due casi giurisprudenziali che meritano qui una notevole presentazione.

Il primo caso è dell'anno 1876, denominato l'*Arret Capronne*. Oggetto in questione è il canale progettato e costruito da Adam de Craponne nel 1567¹¹⁶, una grande opera di ingegneria idraulica che portava l'acqua a frutteti, viti e prati della zona della Provenza, nello specifico tra Marsiglia e Avignone. I proprietari dei terreni che usufruivano di quest'acqua erano tenuti a pagare, in base ad un contratto di servitù, una tassa periodica e fissa. Con il trascorrere del tempo, la tassa divenne irrisoria – a causa della guerra franco-alemana del 1870 -, tanto che gli eredi del proprietario del canale si rivolsero al *Tribunal civil d'Aix* per chiedere la revisione del contratto ed adeguarlo alle nuove circostanze. In primo grado il tribunale respinse la domanda degli eredi, valutando non fondata la questione e che il principio "*pacta sunt servanda*" era più forte di un possibile intervento giurisdizionale; in appello invece vi fu l'accoglimento dell'istanza; la causa finì in Cassazione, la quale Corte con sentenza 6 marzo 1876 cassò la sentenza d'appello, ritenendo la forza vincolante del contratto e la sua intangibilità dei principi cardine e irremovibili nella disciplina contrattuale, fondando il ragionamento proprio sull'articolo 1134 del *Code civil*.

Il secondo caso che fonda la riflessione attorno al tema delle sopravvenienze è quello noto come *Arret Gaz de Bordeaux*. L'oggetto del caso era un contratto, concluso tra la Bordeaux Gas

Company e il comune di Bordeaux nel 1904, per la fornitura di servizi di illuminazione pubblica alla città da parte della società che, per effetto della fornitura, si avvaleva del carbone in cui il prezzo per tonnellata si aggirava intorno ai 20 franchi. Lo scoppio della Prima guerra mondiale e la contestuale invasione della Germania nel bacino del carbone francese, comportò l'impossibilità per la società di continuare nel prelievo, imponendola all'importazione: questo generò un aumento del prezzo fino a 174 franchi. La situazione poi divenne economicamente insostenibile per la società, la quale citò in giudizio il comune di Bordeaux di fronte al *Conseil de Prefecture de Gironde* chiedendo la revisione del contratto e la fissazione di nuovi prezzi. Nonostante la richiesta fosse ragionevole, il Consiglio respinse la domanda con risoluzione del 30 luglio 1915, in base ad una rigorosa applicazione dell'articolo 1134 del *Code Civil*. La società a quel punto propose appello dinanzi al *Conseil d'Etat*, che annullò la decisione e ordinò la revisione del contratto, stabilendo anche un risarcimento per la società di fornitura e per le perdite subite¹¹⁶. Tale decisione del consiglio di Stato fu decisamente innovativa in un ambito giuridico governato e presidiato – fino a quel momento - dall'autonomia e dalla vincolatività contrattuale: questo orientamento ha affermato la dottrina dell'*Imprevision* almeno per i rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni. Teoria che almeno – inizialmente – non ha fatto il successo sperato: sia in dottrina sia in giurisprudenza l'orientamento maggioritario rimaneva quello dettato dall'articolo 1134 *Code civil*, ovvero l'intangibilità dei contratti. Orientamento maggioritario confermato anche da alcuni interventi legislativi, che sono dovuti intervenire per porre rimedio a situazioni eccessivamente squilibrate¹¹⁷.

¹¹⁶ C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale*, cit.121 ss.

¹¹⁷ Interventi del legislatore francese volti a gestire le sopravvenienze dell'epoca sono: Legge *Faillot* del 1918; Legge 13 luglio 1930 relativa ai contratti di assicurazione in cui si prevedeva la possibilità di modificare il premio assicurativo in relazione all'aumento o diminuzione del rischio; Legge 11 marzo 1957 in materia di proprietà intellettuale o artistica, nella quale si prevedeva la possibilità di modifica contrattuale; Legge 439 del 2004 in tema di revisione giudiziaria.

Negli ultimi anni, per evitare il rischio di creare in Francia un sistema isolato, è tornata alla ribalta la teoria dell'*Imprevision*, prevedendone il riconoscimento normativo attraverso la modifica del *Code Civil*.

La modifica del Codice civile francese è frutto di un lungo dibattito dottrinale¹¹⁸ nel quale sono emerse più proposte da parte di illustri giuristi. La prima proposta che si è palesata è il *progetto Catala*, il quale riconosce la possibilità di rinegoziare il contratto, ma lasciando – per ora – sullo sfondo il ruolo del giudice, mantenendolo come semplice promotore di una rinegoziazione e mantenendo le parti le vere protagoniste della materia. Altra proposta è il *progetto Terrè*, il quale – rispetto al *progetto Catala* – propone un ruolo più importante del giudice: se le parti non riescono ad adeguare il contratto, vi è l'intervento del giudice, che può decidere se adeguarlo tenendo in considerazione gli interessi delle parti oppure risolverlo, tenendo conto delle relative condizioni. Terza proposta è il *progetto della Cancellerie*, presentato nel luglio del 2008 dal guardasigilli francese: questo, abbracciava un orientamento diverso rispetto a quello fondato sull'articolo 1134 *Code Civil*, proprio per la consapevolezza che le sopravvenienze di eccessiva onerosità e impossibilità sopravvenuta fossero problemi che non potevano essere rimandati. La proposta presentava un modello simile al nostro 1467 cc, ovvero alternativa fra risoluzione e adeguamento del contratto. Il ruolo del giudice – secondo questo progetto- sarebbe stato quello di indirizzare le parti verso una rinegoziazione del contratto o verso un suo scioglimento, ma non di intervento nelle condizioni contrattuali.

¹¹⁸ C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale*. L'autore propone, nell'analisi dell'istituto dell'eccessiva onerosità, una riflessione sull'ordinamento francese, dalla sua evoluzione storica fino alla riforma del codice civile nel 2016.

La riflessione attorno a questi progetti ha portato alla riforma definitiva del *Code Civil* del 2016. La riforma, attuata il 10 febbraio 2016 con ordinanza 2016-231 ed entrata in vigore il 1 ottobre 2018, presenta come protagonista della stessa la teoria dell'*Imprevision*, che entra a far parte delle norme codicistiche all'articolo 1195 *Code Civil*. Inoltre, il ruolo del giudice – in caso di sopravvenienze – è disciplinato in modo tale che può intervenire solo nel caso in cui le parti non riescano a trovare una soluzione, e può procedere all'adeguamento del contratto¹¹⁹ solo su richiesta delle parti. Il ruolo del giudice si avvicina sempre più, nella materia contrattuale, a quello del mediatore.

¹¹⁹ L'adeguamento del contratto è invece l'istituto protagonista del sistema - di civil law – di sopravvenienze contrattuali tedesco. Il tema delle sopravvenienze in Germania era gestito dalla teoria della presupposizione, la quale dava valore ai cc.dd. presupposti impliciti della relazione contrattuale. Nella prima metà degli anni '80, vi fu un importante studio intorno alle sopravvenienze contrattuali, che fece emergere una nuova dottrina, la "*Neuverhandlungspflicht*": questa sosteneva l'introduzione di un vero e proprio Obbligo di rinegoziazione dell'accordo originario in tema di sopravvenienze contrattuali. Nel 2002 questo orientamento è stato in parte abbandonato con la riforma del diritto delle obbligazioni, la "*Schuldrechtsmodernisierung*", la quale introdusse il paragrafo 313 BGB. Secondo questo nuovo paragrafo, "*se le circostanze che sono il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto. Se non è possibile l'adeguamento, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti di durata, al posto del diritto di recesso, subentra il diritto di disdetta.*"

L'ordinamento tedesco ha previsto quindi una chiara scelta legislativa a favore dell'adeguamento contrattuale in caso di sopravvenienze contrattuali. Sul tema: E. TUCCARI, *Sopraevenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit.320.

§ 4.2 Comparazione con un Paese di common law: l'ordinamento inglese.

Differente modo d'intendere la contrattualistica e la gestione di sopravvenienze è riscontrabile tramite lo studio e l'analisi dell'ordinamento inglese.

Si può tranquillamente affermare che l'Inghilterra presenta da sempre una forte rigidità nei confronti delle discipline “a rimedio” delle sopravvenienze, soprattutto di fronte all'eccessività sopravvenuta¹²⁰. Il principio che governa e orienta la contrattazione è il “*Pacta sunt servanda*”, ovvero il rispetto della parola data. Il caso¹²¹ giurisprudenziale che lo sancisce è *Paradine vs Jane* del 1647. Oggetto in questione era un contratto d'affitto di un terreno tra il proprietario *Paradine* e il contadino *Jane*. A causa di un'invasione, il locatario *Jane* era stato espulso dalla terra e, di conseguenza, posto nell'impossibilità di pagare il canone d'affitto. *Paradine*, siccome nessuna clausola del contratto regolava una possibile evenienza, citò *Jane* in giudizio per il versamento dei canoni mancati. La soluzione del tribunale fu la seguente: in assenza di un patto espresso, il debitore (locatario) era comunque tenuto ad eseguire la propria prestazione, sancendo il principio “*sancity of contract*”.

Allentamento parziale di tale orientamento di fronte a possibili sopravvenienze, lo si ebbe con il caso *Taylor vs Caldwell* del 1863. Nel caso di specie, *Caldwell* aveva affittato a *Taylor* una sala da musica per quattro giorni in cambio di cento sterline al giorno. Le parti si erano dimenticate di inserire una clausola che regolasse eventuali problematiche che potevano verificarsi durante l'esecuzione.

¹²⁰ E. TUCCARI, *Sopraevenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit.318 ss.

¹²¹ C. GIUSTI, *La gestione delle sopraevenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale*, cit. 171 ss.

A causa di un incendio la sala fu distrutta qualche giorno prima del concerto per causa non imputabile alle parti. *Taylor* citò in giudizio *Caldwell* per ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla impossibilità di effettuare il concerto e le spese sostenute per la pubblicità. La soluzione del caso supera per la prima volta il principio *pacta sunt servanda*, stabilendo che per specifici casi - come questo - di impossibilità sopravvenuta, si può derogare al principio di intangibilità del contratto.

Da questo caso nacque la cc.dd. “*doctrine of frustration*”, ovvero la dottrina¹²² che studia i possibili rimedi di fronte alle sopravvenienze di impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità. Secondo tale dottrina un contratto è *frustrated* quando, dopo la sua formazione, e senza colpa di nessuna delle parti contraenti, non può trovare esecuzione a causa di un evento imprevisto che rende il contratto totalmente diverso da quello che le parti avevano inteso concludere. Da un punto di vista operativo, in caso di contratto *frustrated*, ciascuna parte può invocare la risoluzione e, se viene accertato che effettivamente il contratto non può essere eseguito, le parti sono liberate dalle reciproche obbligazioni e l'accordo viene risolto automaticamente, nonostante la contraria volontà delle parti.

Il legislatore inglese è intervenuto nel 1943 con la “*The law reform act 1943 Frustrated contracts*”: con tale riforma¹²³, il giudice assunse un ruolo molto importante, consentendogli di intervenire sui contratti nei casi di illegittimità, impossibilità sopravvenuta o modifica di circostanze essenziali.

¹²² E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale*.

¹²³ C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale*, cit. 170 ss.

Per quanto riguarda la teoria dell'Obbligo di rinegoziazione, attualmente nel diritto inglese non si trova traccia¹²⁴: non si intravede una possibilità di configurare un dovere implicito di rinegoziazione basato sulla buona fede in capo alle parti. Solo un caso ne ha citato l'esistenza: il giudice Longmore del caso *Petromec Inc vs Petroleo Brasileiro SA* ha sostenuto che si potrebbe configurare un dovere di rinegoziare in buona fede laddove le parti lo avessero espressamente previsto.

Riassumendo, il sistema inglese di gestione delle sopravvenienze è ancor'oggi informato dal principio "*pacta sunt servanda*" sancito dal caso *Paradine vs Jane*. Solo in alcuni casi specifici di impossibilità della prestazione le parti possono svincolarsi dal contratto: mentre, nei casi di onerosità sopravvenuta prevale ancora il principio di intangibilità dell'accordo originario, salva la previsione di una clausola espressa dalle parti. In tema di sopravvenienze, trovano applicazione le regole e i limiti fissati dalla *Frustration Contracts. Act*.

¹²⁴ E. TUCCARI, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*; C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale*.

§ 4.3 Comparazione con gli ordinamenti del passato: come è cambiata la domanda della rinegoziazione, cosa la giustifica oggi e cosa la giustificava in passato.

L'istituto della rinegoziazione, e le teorie attorno ad un possibile obbligo, sono una delle possibili risposte al tipo di economia e al tipo di società che esistono oggi. La protezione dei contraenti in una relazione di durata, le molteplici sopravvenienze che possono intervenire nella fase esecutiva del contratto, la tutela degli investimenti effettuati in relazione al rapporto, e l'operatività dei contratti sul piano internazionale, sono proprio quesiti odierni ai quali il rimedio manutentivo in esame vuole dare una pronta risposta e offrire una soluzione forte e resistente.

Nel corso della storia, difficilmente possiamo riscontrare quesiti simili: ogni epoca è stata caratterizzata da un suo tipo di economia e da un suo tipo di organizzazione della società, caratteristiche che – naturalmente – guardavano all'istituto della rinegoziazione per rispondere a bisogni e ad esigenze totalmente differenti.

Il metodo mediante il quale è possibile scorgere queste differenze, ovvero evidenziare com'è cambiata la domanda della rinegoziazione, e di conseguenza com'è cambiata la risposta in termini di soluzioni, è la comparazione degli ordinamenti. L'epoca caratterizzata da una totale differenza rispetto all'approccio odierno è sicuramente quella medievale: l'analisi del seguente caso pratico presenterà il cambio di prospettiva.

Il caso in esame¹²⁵ risale all'anno 957, un conflitto che mette in relazione un monastero e dei contadini.

¹²⁵ *Codex Diplomaticus Longobardiae*, vol.XIII, carta 625. Nel mese di settembre dell'anno 957.

Il monastero era titolare di un campo¹²⁶, dove appunto questo gruppo di contadini coltivavano la terra grazie ad un accordo di usufrutto: i contadini, per continuare ad insistere sulla terra, dovevano portare una determinata quantità di vino prodotto al Monastero per la celebrazione delle messe. Vino che serve – ai contadini – per sostenere il fabbisogno delle loro famiglie. La paura dei contadini è che vi sia, ad un certo punto, una carenza di raccolto: in questo caso, il Monastero avrebbe chiesto la sua dose pattuita, lasciando i contadini e le loro famiglie senza (il vino era considerato all'epoca semplice alimento, indispensabile). I contadini chiedono allora all'Abbate del monastero di rinegoziare il loro accordo: tramite una carta scritta, il monastero si impegna a richiedere il vino solo quando sono presenti tante scorte.

In questo caso già possiamo notare delle differenze con il mondo attuale: prima di tutto, vi è un rapporto di usufrutto per la coltivazione di un campo, non vi è quindi economicità; inoltre, il lavoro dei contadini non è finalizzato ad una vendita dei loro prodotti, ma è di sostegno vitale per sé e per le relative famiglie.

¹²⁶ Riporto qui il testo originale: *“Mentre il reverendissimo abate Aupaldo era in passeggiata nel prato assolato vicino la Chiesa di Sant’Ambrogio insieme ai suoi monaci, accadde che dicesse tra altre parole, queste: «Sappiamo tutti, che sta per arrivare il tempo della vendemmia, il cui frutto serve a lavare i nostri peccati, ed esso ci manca; perciò io sono sempre stato solito chiedere, secondo la necessità dei tempi a qualcuno dei nostri coloni della corte Lemonta di darci del vino secondo le loro possibilità, non come ordine, ma come preghiera; e sappiamo che tutti lo hanno fatto; .per questo motivo i membri di questa casa sono scossi dal timore che l’aver esaudito questa richiesta sia condizione per qualcun altro di chiedere loro e ai loro parenti l’uso di questi stessi beni, o che ne vengano richiesti in futuro come se a ciò fossero obbligati per legge.*

E quindi accadde che, mentre il predetto abate parlava con i monaci, vennero in mezzo a loro alcuni dei coloni della predetta corte Lemonta, si gettarono ai piedi di Aupaldo e lo pregarono, dicendo: «Signore, chiediamo la vostra misericordia, a proposito del vino, di cui a volte abbiamo fatto parte con voi, affinché la vostra magnificenza si degni di far scrivere che lo abbiamo fatto per esaudire una preghiera, non un ordine, e che noi così possiamo farlo conoscere a tutti.

Per cui il signor abate prestò il suo consenso insieme ai suoi confratelli monaci, e chiese a un suo fedele scrivano di redigere questa solenne scrittura.”

Ciò invece che possiamo comparare con il nostro sistema è l'avvento di una possibile sopravvenienza e la sua gestione in una relazione di – in questo caso lunghissima - durata. La paura di rimanere senza un alimento indispensabile muove i contadini verso una rinegoziazione dell'accordo con il monastero, chiedendo di non poter adempiere alla loro obbligazione nel caso di carenza di raccolto. Cambia la domanda: non vi è interesse economico da parte dei contadini, ma solo ed esclusivamente un interesse vitale, di assicurare il fabbisogno giornaliero a loro e alle generazioni future. Cambia la natura della risposta: la rinegoziazione è spinta dalla necessità delle parti, e non dalla volontà.

Capitolo 5.

L'OBBLIGO DI RINEGOZIAZIONE E I METODI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI.

§ 5.1 I metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili. - § 5.2 Riflessione: un ordinamento che guarda con più favore alla rinegoziazione rispetto che alla risoluzione, ha un'economia più stabile? È economicamente più forte?.

§ 5.1 I metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili.

La rinegoziazione è quel metodo che permette alle parti di cercare, nel limite del possibile, una soluzione che eviti una potenziale battaglia di fronte ad un giudice, evitando così la sopportazione di ulteriori spese necessarie nella via giudiziale.

Assodati i momenti e i tempi di intervento dell'Obbligo di rinegoziazione alle singole fattispecie contrattuali, è opportuno presentare in questo paragrafo in che modo lo stesso possa realizzarsi: osservare, quindi, il fenomeno da un punto di vista operativo e concreto.

Trovano ampio spazio di realizzazione, in questo ambito, i cc.dd. metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili: l'esposizione del catalogo dei possibili rimedi, evidenziando le caratteristiche principali di ognuno, farà emergere il metodo migliore per realizzare, o meglio, rispettare il principio dell'Obbligo di rinegoziazione nei casi di sopravvenienza contrattuale.

Il fenomeno dei metodi alternativi alla giurisdizione classica civile di risoluzione delle controversie è antico e universale¹²⁷.

¹²⁷ Troviamo dei frammenti di possibili accordi già nelle XII tavole; nel medioevo le istituzioni ecclesiastiche utilizzavano forme di giustizia consensuale; in epoca coloniale erano presenti forme di arbitrato e altre forme amichevoli esportate in altri continenti.

La disciplina moderna trae le sue origini nel diritto statunitense, come risposta ad un problema che si faceva sempre più ampio. Con l'avvento della cc.dd. società di massa, esplodono miriadi di controversie che non trovano, nella giurisdizione ordinaria, per tempo e per denaro, una risoluzione: intorno agli anni '60 questo problema diventa ingestibile, interrogando così i giuristi sulla ricerca di una soluzione.

Tra gli studiosi, spicca ed emerge il professor Sander¹²⁸, il quale tramite un suo articolo¹²⁹ propone di “aprire le porte del tribunale”: sostiene che il sistema debba offrire non una sola, ma un catalogo di possibili soluzioni delle controversie. Le parti devono essere libere di decidere quale porta aprire per risolvere la propria controversia. Idea che viene subito accettata dalla classe forense statunitense, la quale crea i *Neighbour Justice center*, centri dove i litiganti si rivolgono e chiedono se si può risolvere la loro controversia mediante altre vie, rispetto a quella ordinaria. Questo ha creato, in pochissimo tempo, un sistema virtuoso di integrazioni tra corti: i giudici infatti, prima di procedere, invitavano le parti a valutare prima una forma di risoluzione alternativa. Questo metodo è stato accolto negli anni 90 all'interno dell'Unione Europea.

In Italia il processo di recepimento è stato oggetto di numerose riforme del Codice di procedura civile: nell'originario assetto, erano presenti i metodi di conciliazione (questa derivava dal codice precedente), e l'arbitrato rituale, disciplinato agli articoli 806 cpc e seguenti. I primi movimenti di riforma si presentano negli anni '50, ponendo la conciliazione davanti al giudice il primo tentativo di risoluzione della controversia, cercando di evitare la via ordinaria.

¹²⁸ Frank Sander è stato un professore emerito americano della *Harvard Law School*. È riconosciuto come il padre dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili.

¹²⁹ *The Varieties of dispute processing* 1976, Minneapolis, Minnesota.

Negli anni '60, il legislatore interviene nell'ambito del processo del lavoro, introducendo una procedura conciliativa preventiva facoltativa nelle relative cause. Nel 1991 viene creata la figura del giudice di pace, davanti al quale è possibile rivolgersi per la conciliazione. Gli anni '90 sono importanti, per quest'ambito, per la creazione di metodi alternativi di risoluzione all'interno delle camere di commercio.

Nel 2005, il legislatore introduce la consulenza tecnica d'ufficio, con l'articolo 696bis cpc, e nel 2010 recepisce la direttiva sulla mediazione con d.lgs. 28/2010, la quale viene introdotta per tutte le cause di diritti disponibili in materia civile e commerciale. Nel corso degli ultimi anni, molti sono stati gli interventi di questo genere, soprattutto in ambito bancario e finanziario e nell'area della responsabilità medica.

La dottrina italiana, nel fare ordine di fronte a questo carico legislativo, ha creato due distinzioni per ordinare al meglio le varie possibili figure di metodi alternativi: la prima, distingue tra metodi negoziali – i quali conducono una soluzione sul piano negoziale – e tra metodi paragiurisdizionali – i quali hanno la vera e propria funzione di accertamento giurisdizionale; la seconda distinzione attiene invece alla composizione soggettiva della risoluzione, distinguendo tra metodi autonomi – la disciplina e le regole sono previste dalle parti – e metodi eteronomi – la disciplina è predisposta da un soggetto terzo. Tra i metodi autonomi troviamo la mediazione, la negoziazione assistita, la transazione, l'arbitraggio e la perizia arbitrale. In quelli eteronomi conosciamo l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale.

L'adempimento e la realizzazione dell'Obbligo di rinegoziazione richiede un metodo semplice, flessibile, ma che sappia condurre le parti verso una soluzione stabile e resistente. Di certo, bisogna scartare le vie paragiurisdizionali, non sono certo gli effetti di una sentenza che vogliono le parti. La via è quella negoziale: metodi che vengono in rilievo per questo tipo di rinegoziazione, utile per evitare uno scioglimento della relazione, sono di certo la negoziazione assistita, la mediazione e la transazione.

La negoziazione assistita è un metodo alternativo alla giurisdizione ordinaria, introdotta nel nostro ordinamento dal d.l. 132/2014, riprendendo interamente l'omonimo istituto francese.

Si caratterizza per essere un procedimento a struttura binaria, dove sono solo le parti a gestire la negoziazione con l'assistenza dei propri avvocati: non vi è quindi un soggetto terzo che regola i lavori e impone un regolamento di negoziazione. È – come già accennato – un metodo di carattere autonomo: la soluzione poggia esclusivamente sul consenso delle parti. Attualmente, la negoziazione assistita è condizione di procedibilità in alcune materie¹³⁰.

Una possibilità che offre l'istituto in esame è – disciplinata all'articolo 2 del d.l. 132/2014 – la *convenzione di negoziazione assistita*, mediante la quale le parti stipulano un accordo di negoziazione cooperando in buona fede e lealtà, per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza dei propri legali: è, sostanzialmente, un contratto quadro atipico che regola la via della negoziazione come risoluzione della controversia.

Atto d'impulso che apre la procedura è l'invito, mediante il quale l'avvocato di una parte propone a controparte di stipulare una convenzione di negoziazione: come contenuti dell'atto, deve essere presente sia l'avvertimento che l'eventuale mancata risposta all'invito entro 30 giorni dalla ricezione o suo rifiuto potrebbe essere valutato dal giudice ai fini della determinazione delle spese di giudizio, sia la certificazione dell'autografia della firma apposta dall'avvocato che formula l'invito. Il termine per completare la negoziazione è fissato entro i 3 mesi, prorogabile di 30 giorni su accordo delle parti.

¹³⁰ Le materie per cui è condizione di procedibilità sono le controversie di risarcimento danni da circolazione di veicoli e natanti e le liti riguardanti il pagamento di somme di denaro non eccedenti i € 50.000.

Importanti sono anche i requisiti dell'accordo finale: esso, infatti, deve contenere la certificazione delle firme dei soggetti interessati - le quali concedono alla soluzione caratteristica di titolo esecutivo - e la certificazione della conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. La negoziazione assistita si presenta sicuramente come un metodo valido per l'attuazione dell'Obbligo di rinegoziazione: in caso di sopravvenienze, spesso complicate da gestire, è opportuno superare l'ostacolo in via negoziale supportati dalla professionale preparazione degli avvocati.

Secondo metodo di risoluzione alternativa di controversie civili è la mediazione. Istituto introdotto sulla spinta della legislazione europea, la quale ha dedicato nel 2008 la direttiva fonte per la mediazione in tutti gli stati. In Italia è stata recepita con il d.lgs. 28/2010, dando piena attuazione alla direttiva: infatti, la mediazione è stata fin da subito accolta sia per le controversie nazionali, sia transfrontaliere. Provando a dare una definizione dell'istituto, per mediazione si intende "il processo nel quale una terza parte neutrale assiste le parti di una disputa al fine di raggiungere un accordo che sia accettabile e soddisfacente, realizzato mediante lo scambio di informazioni, la comprensione reciproca tra le parti e l'esplorazione di opzioni creative per la soluzione della controversia".

Il modello legale recepito propone due tipi di mediazione: la mediazione obbligatoria, imposta dalla legge per determinate materie¹³¹, e la mediazione delegata, imposta alle parti in causa ad opera del giudice.

¹³¹ Le materie di mediazione obbligatoria sono disciplinate all'art.5 comma 1bis: si applica a rapporti i cui effetti tendono a legare le parti per un determinato lasso di tempo (es: condominio, locazione, comodato, affitto, patti di famiglia, successioni ereditarie); rapporti nell'ambito dei quali è spiccata la propensione alla conflittualità (es: responsabilità medica, diffamazione a mezzo stampa); rapporti che mettono in relazioni soggetti in posizioni differenziate (es: contratti assicurativi, bancari e finanziari).

Il procedimento prevede quattro fasi distinte: la *fase introduttiva*, caratterizzata dall'istanza di mediazione, designazione del mediatore e fissazione del primo incontro; la *fase illustrativo-esplorativa*, nella quale si procede con le attività di mediazione, dirette dal mediatore; la *fase propositiva*, dove il mediatore può proporre una valutazione del caso; infine, la *fase conclusiva* a chiusura del procedimento: in caso di soluzione positiva, l'accordo costituisce titolo esecutivo e consente l'iscrizione di ipoteca giudiziale. I principi che informano l'intera procedura sono quelli di riservatezza, imparzialità del mediatore e doveri informativi delle parti.

La mediazione offre sicuramente un terreno ricco di soluzione e tutele, e la presenza del mediatore come punto di riferimento dei lavori consente una certa affidabilità e certezza della soluzione. Pensando però alla possibile attuazione dell'Obbligo di rinegoziazione, non credo possa essere l'istituto migliore in termini di flessibilità e di garanzia. È un procedimento troppo formale, quasi pesante e di difficile applicazione durante la gestione di una sopravvenienza.

Procedimento articolato che addirittura smonta il vero significato della rinegoziazione: si perdono qui i valori di solidarietà e di volontarietà, si perde quello spirito libero e autonomo di voler andare incontro a controparte per ricercare una soluzione insieme. Rimane sicuramente un'ottima soluzione e protezione in caso di avviamento della procedura ordinaria, derogabile anche in appello in favore proprio della mediazione.

Ultima possibilità di metodo che porto qui alla luce è la transazione. La disciplina di questo metodo è presente nel Codice civile all'articolo 1965 cc, il quale la definisce “*il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro. Con le reciproche concessioni¹³² si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*”. Istituto che già con la definizione si presenta come un buon metodo per la realizzazione di una rinegoziazione. Il principio dell'Obbligo non solo

si sposa, ma credo proprio che cali all'interno di questa norma: la sua presenza è lucente in quel "reciproche concessioni".

Le parti, di fronte ad una sopravvenienza, mettono da parte una percentuale dei loro interessi, e possono utilizzare questa possibilità per venirsi incontro e superare insieme l'ostacolo. Credo che in "reciproche concessioni" vivano i valori di solidarietà, di freno all'iniziativa economica, e i principi di buona fede e dovere di correttezza, cardini del sistema civilistico.

¹³² Per reciproche concessioni si intende accordo mediante il quale ciascuna parte della relazione contrattuale modifica in tutto o in parte la propria pretesa; esse possono essere sia di carattere economico-patrimoniale che di natura morale.

§ 5.2 Riflessione: un ordinamento che guarda con più favore alla rinegoziazione rispetto che alla risoluzione ha un'economia più stabile? È economicamente più forte?

Lo spunto di riflessione che mi permette di salutare – al momento – questo ambito di ricerca è sorto dall'idea di sorreggere il principio dell'Obbligo di rinegoziazione sia da un punto di vista giuridico sia da un punto di vista economico. Da un punto di vista giuridico, credo sia stato ampiamente argomentata una possibilità di applicazione, sia scorrendo la sua presenza nelle norme più alte dell'ordinamento sia valutandone l'operatività nelle singole fattispecie.

Il punto di vista economico potrebbe ulteriormente sorreggere l'avvallo di questa teoria se si riuscisse a dimostrare la portata positiva, in termini di crescita, della rinegoziazione.

La colonna che si dovrebbe erigere in questo tempio in costruzione è quella di pensare alla rinegoziazione come un mezzo attraverso il quale un sistema si rinforza e si predispone al dialogo economico mondiale.

La quantità di contratti a lunga durata, con le caratteristiche di incompletezza nel regolamento iniziale e di relazione nella fase esecutiva, è enorme, ormai una prassi negoziale affermata. I contratti di locazione, attualmente in Italia, sono poco meno di due milioni. Il 42% della popolazione maggiorenne ha un mutuo o un prestito attivo, siglati con un contratto di durata. Numeri mastodontici sono invece quelli dei contratti assicurativi. Per non parlare poi dei contratti, sempre a lunga durata, in ambito imprenditoriale. Un tessuto che detiene sicuramente una sua forza commerciale ed economica. Di fronte a questi tipi di relazioni, il mondo giuridico deve trovare soluzioni rapide che riescano ad adeguare i contratti ai grandi e repentini cambiamenti del mondo sociale ed economico. Predisporre soluzioni esclusivamente di tipo caducatorio credo non sia la giusta risposta di fronte a questa sfida: un bilanciamento con i rimedi manutentivi non è solo la risposta, ma il modo con cui deve operare l'intero sistema.

Sapere che, già dal momento della conclusione dei contratti, l'ordinamento predispone gli strumenti per regolare, salvaguardare ed eseguire il contratto contemperando tutti gli interessi in gioco, è sicuramente una caratteristica attrattiva del sistema. Le parti, oltre a non sentirsi sole ed abbandonate, sanno che in caso di difficoltà il sistema interviene e si forza, nei limiti e nelle regole che propone, a trovare la soluzione migliore per superare al loro fianco gli ostacoli. Il guardare con favore alla rinegoziazione è – a mio avviso – un enorme incentivo alla stipulazione di contratti, al movimento sociale ed economico. Rende l'incontro tra i vari operatori economici più semplice, più aperto e più amichevole, in una logica della conoscenza, del rispetto e del saper stare insieme. Credo sia anche attrattivo per gli investimenti: la predisposizione e la possibilità di instaurare relazioni contrattuali, regolandole secondo i principi di buona fede e dovere di lealtà, sono il biglietto da visita per chi voglia investire nel territorio nazionale, confidando nella sua affidabilità e certezza del diritto.

Conclusioni

La ricerca, la scoperta e la possibile applicazione dell'Obbligo di rinegoziazione apre una nuova strada all'interno della materia civilistica, presentandosi come una delle possibili soluzioni all'ormai noto problema delle sopravvenienze contrattuali.

Il metodo utilizzato in questo viaggio è stato quello di presentare l'Obbligo di rinegoziazione come valore fondante del nostro ordinamento, distaccandosi fin da subito - con una netta scelta di campo - da un possibile ed espresso inquadramento in una fonte legale. Questa scelta, oltre a creare un bilanciamento di valore costituzionale tra l'Obbligo di rinegoziazione e la sacra autonomia contrattuale, permette al nuovo istituto una applicabilità generale, intesa come tutela e protezione in qualsiasi tipo di fattispecie contrattuale. Le radici sono state fondate in alcune norme costituzionali: su tutte l'articolo 2, che enuncia il dovere di solidarietà economica e sociale, applicabile direttamente alle relazioni contrattuali. Non dimenticando però l'importanza dell'articolo 41, nel quale proprio si presenta quel bilanciamento tra iniziativa economica e il freno dell'utilità sociale. La buona fede, non più solo principio morale, ma faro della interpretazione, integrazione ed esecuzione del contratto, è la madre del nuovo principio. L'Obbligo di rinegoziazione si presenta quindi come precipitato tecnico ed operativo delle norme costituzionali e del principio di buona fede, un "obbligo" da assumere in spirito di liberalità e di correttezza.

Il tema delle sopravvenienze, coprotagonista della ricerca, ha messo in discussione gli attuali rimedi previsti dal Codice civile: la pandemia da Covid-19 del 2020 e la seguente ed attuale crisi economica hanno evidenziato un carattere ormai obsoleto della disciplina codicistica in presenza di impossibilità sopravvenute od eccessive onerosità. La prima - l'impossibilità sopravvenuta - è disciplinata dall'articolo 1463 del Codice civile, mediante il quale il legislatore ha voluto evitare un eccessivo squilibrio tra gli interessi delle parti, poiché una di esse si sarebbe trovata obbligata ad eseguire la propria prestazione senza ricevere la controprestazione divenuta

impossibile. Più delicata, invece, si presenta la sopravvenienza dell'eccessiva onerosità, disciplinata e prevista nell'articolo 1467 del Codice. La norma, per fronteggiare la sopravvenienza, predispone un'alternativa tra risoluzione o riduzione del contratto ad equità. È proprio questa la norma, nello specifico, a presentarsi non più sufficiente per contrastare enormi sopravvenienze di questo tempo: il rimedio previsto conduce le parti ad esiti ancora più gravosi e rischiosi. Lo sforzo del mondo giuridico deve essere maggiore, e la soluzione di fronte alle sopravvenienze deve essere una risposta agevole, flessibile ma anche stabile, che sappia condurre le parti verso la vera soddisfazione degli interessi.

Già dagli anni '90 del secolo scorso si è affermato un ampio confronto dottrinale e giurisprudenziale attorno al tema dell'eccessiva onerosità fra due scuole di pensiero: la prima, legata al dato normativo, di fronte a detta sopravvenienza preferirebbe come soluzioni lo scioglimento o l'esecuzione del contratto con le condizioni originariamente previste; la seconda, di fronte all'eccessiva onerosità, legittimerebbe un obbligo legale per le parti di rinegoziare le condizioni originarie del contratto.

Il campo d'applicazione è formato dai contratti di durata, contratti che presentano caratteristiche peculiari sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Le dottrine statunitensi "*Relational contracts*" e "*Incomplete contracts*" delineano perfettamente la natura e la conformazione di queste fattispecie contrattuali: infatti, il contratto di durata si caratterizza per essere necessariamente incompleto nel contenuto, data l'impossibilità per le parti di predeterminare fin da subito tutte le possibili sopravvenienze e le regole per fronteggiarle nel tempo; inoltre, si caratterizza per lo speciale rapporto tra le parti in fase di esecuzione, creando una vera e propria relazione che integra, modella e orienta le stesse verso la soddisfazione dei molteplici interessi. Quanto ai soggetti, la prassi evidenziata nel commercio nazionale ed internazionale presenta relazioni tra i grandi operatori del mercato e i piccoli imprenditori o consumatori: questi contatti sono molto spesso fonti di comportamenti e forme abusive da parte del contraente forte nei

confronti del contraente debole. Una di queste è la dipendenza economica, una particolare situazione contrattuale nella quale un'impresa è in grado di determinare uno squilibrio in un rapporto commerciale con altra impresa. I fattori scatenanti della dipendenza economica sono principalmente due: il primo è l'incompletezza del regolamento contrattuale (riemerge la teoria degli "*incomplete contracts*"), che si può tradurre nella impossibilità di prevedere ogni possibile contingenza futura, la difficoltà di descrivere le fattispecie in modo non equivoco e in un elevato costo di contrattazione e infine l'asimmetria informativa; il secondo fattore scatenante è quello dei cc.dd. "investimenti specifici", ovvero investimenti che non hanno valore al di fuori di quella relazione contrattuale. Questa situazione di dipendenza di per sé è lecita: è il suo abuso il problema, ovvero lo sfruttamento della posizione a discapito della debolezza di controparte. Altra figura è l'abuso di posizione dominante, che si presenta come un vero e proprio illecito concorrenziale, il quale viola un dovere che ha natura generale. L'Obbligo di rinegoziazione diventa la risposta al problema di disequilibrio contrattuale e protezione di fronte a possibili comportamenti abusivi nei confronti delle parti deboli.

Le fattispecie contrattuali presentate sono il contratto di appalto pubblico e appalto privato, il contratto di franchising, il contratto di telecomunicazioni, i contratti bancari e assicurativi e il contratto di locazione. Dopo aver presentato la disciplina e la natura di questi contratti, si è valutata la possibile applicazione dell'Obbligo di rinegoziazione: oltre alla – a mio avviso indiscussa - applicabilità generale, si è evidenziato come il principio possa diventare davvero un cardine della contrattazione di durata, come strumento principe per la gestione delle sopravvenienze. In ogni fattispecie, la rinegoziazione è lo strumento più flessibile, più moderno, più attento ai molteplici interessi in gioco che attualmente il mondo giuridico possa offrire.

Nei contratti di appalto, la gestione delle sopravvenienze è stata presentata differenziando tra appalti privati e appalti pubblici. Nei primi, il rimedio della rinegoziazione sembra ormai essere

la nuova strada da percorrere: i rimedi previsti dal codice di fronte all'eccessiva onerosità non sono in grado di fronteggiare le complessità che un contratto di appalto può presentare nella fase di esecuzione. L'Obbligo di rinegoziazione, grazie alla netta presa di posizione da parte della Cassazione con la Relazione n.56/2020, informa la nuova stagione della contrattazione privata, come metodo migliore per la conservazione, modificazione e stabilità del contratto stesso in ordine ai vari interessi in gioco. Per quanto concerne i contratti di appalti pubblici, la gestione delle sopravvenienze è stata studiata con riferimento a tre situazioni tipiche della fattispecie: nella fase di gara, nelle more della consegna dei lavori e nella fase di esecuzione. Queste fasi subiscono molto spesso nella prassi l'aumento dei prezzi dei materiali e della manodopera: in ogni situazione, la rinegoziazione si presenta come faro per la stabilità e conservazione, non solo del contratto, ma soprattutto degli investimenti specifici effettuati per lo stesso.

Il problema dello squilibrio contrattuale e le conseguenti forme di dipendenza economica tra una parte forte e una parte debole della relazione si presentano in ampie forme nel contratto di franchising. Esso, di derivazione statunitense, disciplinato dalla legge 129/2004, è una particolare fattispecie contrattuale di distribuzione commerciale, nella quale un imprenditore (detto franchisor) concede il proprio metodo imprenditoriale ai vari affiliati (detti franchisee), creando una vera e propria rete. Le lacune della legge in ordine alla gestione delle sopravvenienze interrogano il giurista sui rimedi e sulle possibili soluzioni da adottare per la salvaguardia dell'equilibrio contrattuale e della tutela degli investimenti specifici: l'Obbligo di rinegoziazione si presenta come un possibile rimedio alternativo alla risoluzione, per evitare epiloghi gravosi e rischiosi che una parte deve sopportare a causa di recesso brutale di controparte o di scioglimento contrattuale.

I contratti bancari e assicurativi presentano già, nelle loro discipline di settore, norme per gestire le possibili sopravvenienze: i contratti assicurativi sono coperti dalle norme degli articoli 1897

e 1898 del Codice civile, che riguardano rispettivamente la diminuzione e l'aggravamento del rischio. I contratti bancari, nello specifico il contratto di mutuo, nella gestione delle sopravvenienze si aggrappano alla disciplina generale dell'eccessiva onerosità dell'articolo 1467 del Codice, e a qualche norma specifica di settore, su tutte l'articolo 120 T.U.B., che prevede la surrogazione del finanziatore, ovvero la possibilità di mantenere il contratto ma con altro finanziatore, che offre condizioni migliori. In questi contratti, l'Obbligo di rinegoziazione può sicuramente trovare spazio a fianco alle già interessanti norme individuate.

Il contratto di locazione, tipica fattispecie contrattuale di durata, è molto probabilmente il contratto che più ha risentito delle sopravvenienze dovute all'emergenza sanitaria e alla seguente crisi economica. A risentirne maggiormente sono quelli aventi ad oggetto spazi commerciali: la disciplina è attualmente oggetto di ampie riflessioni sia in dottrina sia in giurisprudenza. I rimedi generali del Codice civile e i rimedi previsti dalla disciplina di settore non sono più capaci di sorreggere alle complesse sopravvenienze subite negli ultimi anni da questi contratti di locazione: la Relazione n.56/2020 della Corte di Cassazione apre una nuova stagione di gestione di sopravvenienze in questi rapporti contrattuali ponendo al centro proprio la rinegoziazione.

Lo sforzo delle parti è quello di evitare epiloghi rischiosi o caducatori della loro contrattazione, lasciar da parte gli eventuali interessi personali e cercare, nel limite del possibile, una pronta risposta alle sopravvenienze insieme. La strada – a mio avviso – non è quella di creare un Obbligo di rinegoziazione tramite legge, al massimo, tramite legge, individuare per ogni tipologia contrattuale di durata dei criteri che indichino quando e come si dovrebbe attuare la rinegoziazione. Criteri ispirati sicuramente al principio di proporzionalità, e che tengano conto dell'assetto originario, della forza contrattuale dei contraenti e dei rischi economici connessi alla contrattazione stessa.

Gli ultimi interventi legislativi sono orientati verso una valorizzazione della rinegoziazione rispetto agli istituti attuali del codice, di risoluzione e di adeguamento su tutti: la stagione della rinegoziazione è stata aperta dalla Corte di Cassazione, che con la ormai celebre Relazione n.56/2020 l'ha resa protagonista per la gestione di un carico molto pesante di crisi contrattuale dovuta alla pandemia da Covid 19 e alla seguente crisi economica. L'orientamento consigliato dalla Corte è quello di valutare, nella gestione delle sopravvenienze, la strada della rinegoziazione: la teoria dell'Obbligo inizia ad essere avallata anche dalla giurisprudenza, che fino a pochi anni fa propendeva per un orientamento fermamente contrario.

Singolari sono le esperienze giuridiche di altri ordinamenti europei rispetto a questa teoria.

La Francia, che condivide assieme a noi il sistema di *civil law*, ha da poco riformato il suo *Code civil*, mettendo mano proprio al tema delle sopravvenienze: la strada intrapresa, dopo una serie di progetti presentati, è stata quella di un orientamento delle parti verso la rinegoziazione. Posizione che in passato difficilmente ha trovato spazio nello stesso ordinamento: di fatti, con il celebre caso dell'*Arret Capronne* del 1876, la Cassazione francese fissò per la gestione delle sopravvenienze il principio "*pacta sunt servanda*", eliminando qualsiasi possibilità per far spazio alla rinegoziazione. Una prima flessione di questo rigido principio nell'ordinamento francese la si può intravedere in un altro caso, l'*Arret Gaz de Bordeaux*, nel quale la decisione conclusiva impose alle parti almeno un adeguamento contrattuale alle sopravvenienze intervenute. Solo nella riforma recente, dopo tante riflessioni nella dottrina francese, si è dedicato spazio alla rinegoziazione.

Ancora più interessante è l'esperienza tedesca: la rinegoziazione ed un eventuale obbligo si sono presentati in dottrina già negli anni '90, per poi essere abbandonati in favore del rimedio classico di alternativa fra adeguamento e risoluzione. Solo la recente pandemia ha riaperto i dialoghi nella dottrina tedesca sulla possibile operatività della rinegoziazione come rimedio alle sopravvenienze. L'ordinamento inglese, fondato sul sistema di *common law*, presenta

un'esperienza giuridica propria, da sempre lontana dalla teoria dell'Obbligo di rinegoziazione. L'idea che vi sia nel loro ordinamento un valore, un principio che orienta le parti nella fase esecutiva non è, neanche in piccola percentuale, accettata. Principio del "sancity of contract" è istituito dal celebre caso *Paradine vs Jane* del 1647, che ancora oggi aggiorna la giurisprudenza inglese. Da segnalare la *doctrine of frustration*, una particolare dottrina anglosassone che si occupa di individuare rimedi applicabili di fronte alle sopravvenienze di impossibilità sopravvenuta e illegittimità del contratto, dando un ruolo centrale al giudice. Al momento però l'ordinamento inglese rimane ben distante dalla teoria della rinegoziazione di fronte alle sopravvenienze.

Dopo aver a lungo argomentato la presenza, l'applicazione e la comparazione dell'Obbligo di rinegoziazione nell'ordinamento, è stato interessante valutare il modo mediante il quale lo stesso poteva concretizzarsi in una relazione contrattuale. In soccorso sono venuti i metodi alternativi di risoluzione delle controversie civili: metodi che offrono delle strade alternative rispetto alla giurisdizione ordinaria. Questi detengono una disciplina ormai affermata, legittimanti e sostenuti anche dalla legislazione europea. I metodi mediante il quale può concretizzarsi la rinegoziazione sono i metodi cc.dd. autonomi, ovvero quelli nei quali le regole e la disciplina operativa sono poste dalle parti. L'analisi si è concentrata soprattutto sulle figure di mediazione, transazione e negoziazione assistita. Quest'ultima credo si presenti come il metodo migliore per contrastare una sopravvenienza tramite rinegoziazione: le parti, assistite dai loro avvocati, trovano una soluzione capace di sostenere le volontà iniziali e adeguandole ai cambiamenti intervenuti.

Le due riflessioni che hanno interrotto il viaggio di ricerca – per riprendere fiato – riguardano due possibili conseguenze che la teoria dell'Obbligo può causare: la prima si è concentrata su un rischio di allontanamento dal testo contrattuale, evidenziando come lo stesso possa perdere valore inteso la contrattazione in una sfera più ampia rispetto che al singolo programma

iniziale; la seconda, propone uno spunto di ricerca giuridico-economica, valutando se un ordinamento che guarda con più favore alla rinegoziazione ha un'economia più stabile, più resistente e più attrattiva per gli investimenti rispetto all'economia di un ordinamento che guarda con più favore alla risoluzione del contratto nella gestione di sopravvenienze.

All'arrivo di questo viaggio di ricerca, mi permetto di proporre alcune considerazioni personali intorno al tema dell'Obbligo di rinegoziazione.

Quanto alle fonti, credo che l'Obbligo di rinegoziazione sia ben inseribile nei doveri di solidarietà sanciti dall'articolo 2 della Costituzione, e anche nell'articolo 3, nella parte dell'eguaglianza sostanziale: è compito dell'ordinamento rimuovere gli ostacoli che impediscono una completa realizzazione della persona, soprattutto quelli che possono portare offesa alla dignità. L'Obbligo qui si presenta come strumento dell'ordinamento per tenere la contrattazione nei margini della correttezza e della lealtà. Inoltre, l'articolo 41 Costituzione è la norma nel quale l'Obbligo trova spazio di manovra, norma nel quale si realizza il bilanciamento costituzionale con l'autonomia contrattuale. L'iniziativa economica non può essere lasciata completamente libera, lo stesso ordinamento è chiamato ad intervenire in casi di utilità sociale: lo sviluppo economico, sostenuto dall'autonomia contrattuale, non è un fine ma un mezzo per la realizzazione dei valori fondamentali della persona e dei doveri di solidarietà sociale. È quindi – l'Obbligo – un valore e un principio di rango costituzionale del nostro ordinamento. Non solo. Dal mio punto di vista, si inserisce anche nella “forza di legge tra le parti” tipica del contratto: se le parti hanno concluso un contratto che presenta determinate caratteristiche, di incompletezza e di valorizzazione della relazione in fase di esecuzione, fin da subito sanno che sono chiamate ad un dialogo, ad una rinegoziazione, ad un adeguamento del contratto frutto di quella forza inizialmente intesa. L'Obbligo di rinegoziazione dà attuazione al programma contrattuale inizialmente pattuito.

Quanto ai possibili progetti di codificazione, non mi trovano totalmente d'accordo: un inserimento a gamba tesa di questa teoria tramite legge, comporterebbe una frizione con l'autonomia contrattuale e disincentiverebbe la contrattazione stessa. Lo spirito di volontarietà, di liberalità e di solidarietà, sostenuti anche dalla buona fede, sono le spinte sufficienti per la rinegoziazione. Semmai, come già accennato, si può riflettere su qualche norma nelle discipline specifiche e di settore, che propongano criteri orientativi per la gestione di sopravvenienze, informati proprio alla rinegoziazione. Riguardo alla possibilità di intervento del giudice sarei ancora più cauto: non è la giurisdizione ordinaria, non è la richiesta al giudice la strada dell'Obbligo di rinegoziazione. Sarebbe ciò che appunto vuole evitare. La complessità della contrattazione e la complessità delle sopravvenienze che si possono riscontrare in alcune relazioni tengono aperta la porta e la riflessione attorno al ruolo del giudice.

L'ordinamento è chiamato a predisporre un'arena, all'interno del quale la contrattazione è libera. È lo stesso che deve stabilire le regole del gioco, per poi lasciare gli operatori economici liberi di giocare e spaziare per il campo. Ed è ancora lo stesso che deve intervenire quando la contrattazione supera e si espande fuori dai limiti stabiliti.

A mio – umile – modo d'intendere, il criterio che informa il campo della contrattazione (e delle relative sopravvenienze) è quello di proporzionalità. Immaginare, quindi, l'Obbligo di rinegoziazione e l'autonomia contrattuale come due sfere fluttuanti nell'arena: tanto quanto una sfera si allarga oltre i propri confini, tanto l'altra deve opporre resistenza. Quanto più l'autonomia rende sproporzionata la contrattazione, tanto più l'Obbligo di rinegoziazione contrasta e riporta a equilibrio: si crea questo dialogo sinuoso di queste sfere, che fluttuano nel campo da gioco e dialogano insieme, creando un'armonia contrattuale forte, resistente e flessibile.

Indice bibliografico

C. ABATANGELO, *il fenomeno delle reti contrattuali tra imprese. Modelli d'integrazione top down e bottom up*, in *Reti contrattuali, Relation contracts e tutela dell'affidamento*, 2020.

R. BERLOCO, *Le sopravvenienze negli appalti pubblici: caro materiali, revisione prezzi, compensazioni e rinegoziazione del contratto*, Roma, 2022.

F. BENATTI, *Contratto e covid-19: possibili scenari*, situato nella rivista *Banca, borsa e titoli di credito*, fasc.2, 1° aprile 2020, pag. 198.

F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, situato in *Banca borsa e titoli di credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, vol.74, n.1, 2021.

F. BENATTI, *La culpa in contrahendo da Rudolf Jhering ai giorni nostri (impressioni e sensazioni)*, situato nella rivista *Banca, borsa e titoli di credito*, fasc.4, 1° agosto 2021, pag. 493.

M. CIRELLI, A. SCARSELLI, S. ANZELINI, L. DELL'ANTONIO, G.VIGNA, *La rinegoziazione del contratto di locazione in tempi di crisi: profili negoziali, civilistici, fiscali e notarili. Casistica e atti processuali*, Milano, 2023.

D. FAUCEGLIA, *Il contenuto minimo e il problema dell'integrazione dei contratti di utenza telefonica*, situato nella rivista *Europa e diritto privato*, n.2, 2019.

E. GABRIELLI, *Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato interno*, “Arbitrato e pandemia”
Convegno A.I.A. – Rivista dell'arbitrato, Roma, 11 dicembre 2020.

C. GIUSTI, *La gestione delle sopravvenienze contrattuali, rinegoziazione e intervento giudiziale: analisi comparata e prospettive di riforma*, Napoli, 2019.

F. GOISIS, P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, situato in *Diritto amministrativo*, n.1 – 2023.

S. LUPPINO, *Autonomia contrattuale e rinegoziazione: causa maggiore, eventi straordinari, sopravvenuti e imprevedibili*, Milano, 2022.

I.PAGNI, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, situato in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.2, 1° giugno 2021, pag. 349.

V. ROPPO, *Il contratto*, seconda edizione, Varese, 2011.

A.P. TEDESCO, *La rinegoziazione del contratto in crisi, tra principi interni e lex mercatoria*, situato in *Rivista del commercio internazionale* – n. 2, 2021.

A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, ventitreesima edizione a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2017.

E. TUCCARI, *Sopravenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano, 2018.

