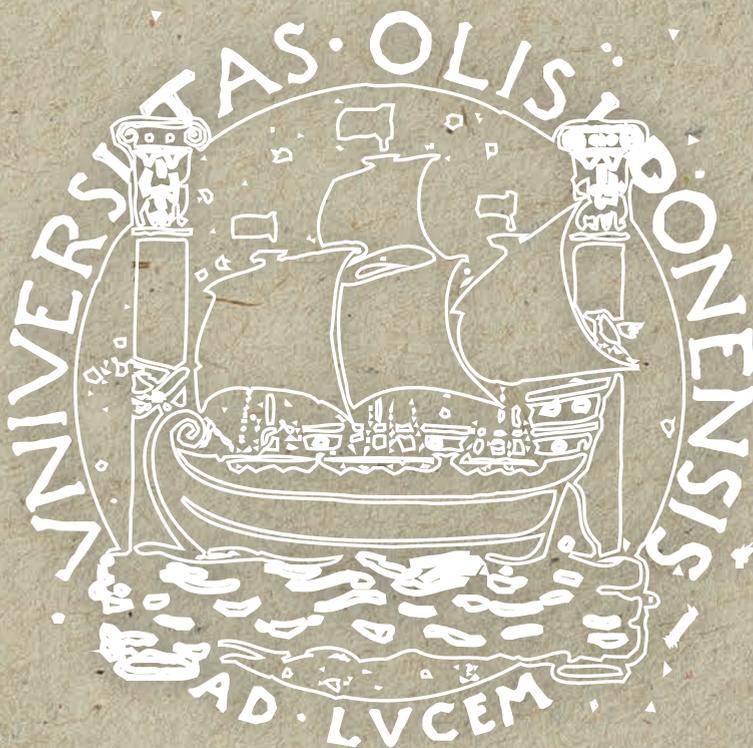


REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXII

2021

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto**
15-64 *A interpretatio legis na norma do artigo 9.º do Código Civil e a interpretatio iuris no ius Romanum (D. 50.16 e 17)*
The interpretatio legis in the norm of Article 9 of the Civil Code and the interpretatio iuris in the ius Romanum (D. 50.16 e 17)
-
- Francesco Macario**
65-89 *Rinegoziatione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica*
Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistemática e como problema da emergência sanitária

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- António Barroso Rodrigues**
93-128 *A tutela indemnizatória no contexto familiar*
Compensation of damages in the family context
-
- Aquilino Paulo Antunes**
129-148 *Medicamentos de uso humano e ambiente*
Medicines for human use and environment
-
- Fernando Loureiro Bastos**
149-167 *Art market(s): from unregulated deals to the pursuit of transparency?*
Mercado(s) da arte: de negócios a-jurídicos para a procura da transparência?
-
- Francisco Rodrigues Rocha**
169-211 *Seguro de responsabilidade civil de embarcações de recreio*
Assurance de responsabilité civile de bateaux de plaisance
-
- Ingo Wolfgang Sarlet | Jeferson Ferreira Barbosa**
213-247 *Direito à Saúde em tempos de pandemia e o papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro*
Right to Health in Pandemic Times and the Role of the Brazilian Federal Supreme Court
-
- João Andrade Nunes**
249-276 *A Regeneração e a humanização da Justiça Militar Portuguesa – A abolição das penas corporais no Exército e o Regulamento Provisório Disciplinar do Exército em Tempo de Paz (1856)*
The “Regeneração” and the humanisation of Portuguese Military Justice – The abolishment of corporal punishment in the Army and the Army’s Provisional Disciplinary Regulation in the Peacetime (1856)

-
- 277-307 **João de Oliveira Geraldes**
Sobre os negócios de acerto e o artigo 458.º do Código Civil
On the declaratory agreements and the article 458 of the Civil Code
-
- 309-325 **José Luís Bonifácio Ramos**
Do Prémio ao Pagamento da Franquia e Figuras Afins
From Premium to Deductible Payments and Related Concepts
-
- 327-355 **Judith Martins-Costa | Fernanda Mynarski Martins-Costa**
Responsabilidade dos Agentes de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (“FIDC”): riscos normais e riscos não suportados pelos investidores
Liability of Agents of Receivables Investment Funds: normal risks and risks not borne by investors
-
- 357-389 **Luís de Lima Pinheiro**
O “método de reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos?
The “Recognition Method” in Private International Law – Revival of the Vested Rights Theory?
-
- 391-405 **Mario Serio**
Contract e contracts nel diritto inglese: la rilevanza della buona fede
Contract e contracts: a relevância da boa fé
-
- 407-445 **Miguel Sousa Ferro | Nuno Salpico**
Indemnização dos consumidores como prioridade dos reguladores
Consumer redress as a priority for regulators
-
- 447-465 **Peter Techet**
Carl Schmitt against World Unity and State Sovereignty – Schmitt’s Concept of International Law
Carl Schmitt contra a Unidade Mundial e a Soberania do Estado – O Conceito de Direito Internacional de Schmitt
-
- 467-489 **Pierluigi Chiassoni**
Legal Gaps
Lacunae jurídicas
-
- 491-539 **Rafael Oliveira Afonso**
O particular e a impugnação de atos administrativos no contencioso português e da União Europeia
Private applicant and the judicial review of administrative acts in the Portuguese and EU legal order
-
- 541-560 **Renata Oliveira Almeida Menezes**
A justiça intergeracional e a preocupação coletiva com o pós-morte
The inter-generational justice and the collective concern about the post-death
-
- 561-608 **Rodrigo Lobato Oliveira de Souza**
Religious freedom and constitutional elements at the social-political integration process: a theoretical-methodological approach
Liberdade religiosa e elementos constitucionais no processo de integração sociopolítica: uma abordagem teórico-metodológica

-
- Telmo Coutinho Rodrigues**
609-640 “Com as devidas adaptações”: sobre os comandos de modificação nas normas remissivas como fonte de discricionariedade
“Mutatis mutandis”: on modification commands in referential norms as a source of discretion

ESTUDOS REVISITADOS

-
- Ana Paula Dourado**
643-655 A “Introdução ao Estudo do Direito Fiscal” (1949-1950), de Armindo Monteiro, revisitada em 2021
Introduction to Tax Law (1949-1950), by Armindo Monteiro, Revisited in 2021

-
- Pedro de Albuquerque**
657-724 Venda real e (alegada) venda obrigacional no Direito civil, no Direito comercial e no âmbito do Direito dos valores mobiliários (a propósito de um Estudo de Inocêncio Galvão Telles)
Real sale and the (so-called) obligational sale in civil law, in commercial law and in securities law (about a study of Inocêncio Galvão Telles)

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- António Menezes Cordeiro**
727-744 Claus-Wilhelm Canaris (1937-2021)
-
- Paulo de Sousa Mendes**
745-761 O caso Aristides Sousa Mendes e a Fórmula de Radbruch: “A injustiça extrema não é Direito”
The Aristides de Sousa Mendes Case and Radbruch’s Formula: “Extreme Injustice Is No Law”

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Ana Rita Gil**
765-790 O caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*: (mais) um olhar do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a aplicação de medidas de promoção e proteção a crianças em perigo
The case Neves Caratão Pinto vs. Portugal: one (more) look at the application of promotion and protection measures to children at risk by the European Court of Human Rights
-
- Jaime Valle**
791-802 A quem cabe escolher os locais da missão diplomática permanente? – Comentário ao Acórdão de 11 de dezembro de 2020 do Tribunal Internacional de Justiça
Who can choose the premises of the permanent diplomatic mission? – Commentary on the Judgment of 11 December 2020 of the International Court of Justice

-
- Jorge Duarte Pinheiro**
803-815 Quando pode o Estado separar as crianças dos seus progenitores? – o caso *Neves Caratão Pinto c. Portugal*
In which circumstances can a State separate children from their parents? – case Neves Caratão Pinto v. Portugal

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- José Luís Bonifácio Ramos**
819-827 Transição Digital no Ensino do Direito
Digital Transition in Teaching Law
-
- Margarida Silva Pereira**
829-843 Arguição da tese de doutoramento de Adelino Manuel Muchanga sobre “A Responsabilidade Civil dos cônjuges entre si por Violação dos Deveres Conjugais e pelo Divórcio”
Intervention in the public discussion of the doctoral thesis presented by Adelino Manuel Muchanga on the subject “Civil Liability of the Spouses between themselves due to Violation of Marital Duties and Divorce”
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
845-855 Arguição da tese de doutoramento do Lic. Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias (“A Análise Axiológica do Direito Civil”)
-
- Paulo Mota Pinto**
857-878 Arguição da dissertação apresentada para provas de doutoramento por Pedro Múrias, *A análise axiológica do direito civil*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 11 de novembro de 2021
Discussion of the Doctoral Thesis of Pedro Ferreira Múrias, “A Análise Axiológica do Direito Civil”, Lisbon Law School, 11th November 2021
-
- Teresa Quintela de Brito**
879-901 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Érico Fernando Barin – *A natureza jurídica da perda alargada*
Oral Argument and Discussion of the PhD Thesis presented by Érico Fernando Barin – The juridical nature of the extended loss

Rinegoziazione e obbligo di rinegoziare come questione giuridica sistematica e come problema dell'emergenza pandemica

Renegociação e dever de renegociar como questão jurídica sistêmica e como problema da emergência sanitária

Francesco Macario*

Estratto: Nel presente saggio viene criticata la prospettiva “negazionista” di alcuni giuristi relativamente all’obbligo di rinegoziare il contratto in presenza di sopravvenienze onerose. Tale posizione si basa sull’assenza di un esplicito obbligo di rinegoziazione, avente carattere generale, nell’ordinamento giuridico italiano. Il lavoro dimostra, invece, che l’obbligo di rinegoziazione può essere ricostruito e, in ipotesi, anche destinato alla disciplina generale dei contratti, valorizzando sia le indicazioni provenienti dalla disciplina speciale di alcuni contratti di durata contenuta nello stesso codice civile, sia l’esperienza normativa e giurisprudenziale maturata nell’attuale crisi pandemica. Si osserva che questa operazione riformistica, accantonata per ora dal legislatore italiano, allineerebbe il nostro sistema giuridico ad alcuni ordinamenti stranieri, che hanno recepito l’obbligo di rinegoziare.

Parole chiave: Obbligo di rinegoziare; Adeguamento del contratto; Sopravvenienze; Equilibrio contrattuale; Prospettiva negazionista; Emergenza pandemica.

Resumo: No presente estudo é criticada a perspectiva “negacionista” de alguns juristas relativamente à obrigação de renegociar o contrato em presença de situações de onerosidade superveniente. Essa posição baseia-se na ausência de um explícito dever de renegociação, com carácter geral, no ordenamento jurídico italiano. O estudo mostra, ao invés, que o dever de renegociação pode ser construído e inserido na disciplina geral do contrato, quer com base em indicações provenientes do regime especial de alguns contratos duradouros, constante do próprio código civil, quer com base na experiência normativa e jurisprudencial associada à atual crise pandémica. Observa-se que esta operação, condicionada, por ora, pela inércia do legislador italiano, permitiria alinhar o nosso sistema jurídico por alguns ordenamentos estrangeiros.

Palavras-chave: Obrigação de renegociar; Adequação do contrato; Circunstâncias supervenientes; Equilíbrio contratual; Perspetiva negacionista; Emergência pandémica.

* Ordinario di Diritto Privato, Università Roma Tre.

Sommario: 1. Una premessa contro i ‘negazionisti’; 2. La rinegoziazione dei contratti nel sistema e il problema della gestione delle sopravvenienze nel sistema tra disciplina generale e singoli contratti; 3. L’approccio dell’ordinamento francese e tedesco nel confronto con il diritto italiano; 4. Il contratto come programma funzionale a un risultato da realizzare; 5. (*segue*) Attività d’impresa e contratto come suo strumento; 6. Spunti da alcune recenti esperienze di ‘ricodificazione’ del diritto dei contratti con soluzioni innovative in tema di sopravvenienze; 7. Considerazioni conclusive alla luce della situazione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid-19.

1. Una premessa contro i ‘negazionisti’

Sembra opportuna una premessa, di tipo metodologico, indotta dall’atteggiamento ‘negazionista’, per così dire, – riguarda alcuni giuristi: esponenti tanto della dottrina, quanto della giurisprudenza –, secondo cui la rinegoziazione e, ancor più, la figura dell’obbligo di rinegoziare non potrebbero, allo stato, trovare cittadinanza nel nostro ordinamento.

Posto che discorrere di rinegoziazione significa, senza dubbio, riferirsi non già a una categoria giuridica della tradizione civilistica, ovvero a un istituto del diritto dei contratti (ancorché, in dottrina, se ne parli da oltre un ventennio), si è detto, nella prospettiva che si è voluta definire ‘negazionista’ (in quanto intesa alla svalutazione della stessa rilevanza del tema) che, in fondo, si tratta di prendere atto della rilevanza meramente empirica di un fatto (ossia il rinegoziare). I tratti meramente empirici della figura giustificerebbero, in questo senso, lo scetticismo del civilista¹ e, in coerenza con l’impostazione rigorosamente gius-formalista della riflessione cui s’è fatto cenno, si afferma così che l’idea di un gruppo di regole specifiche e costanti relative al fenomeno della rinegoziazione sarebbe «pura illusione ottica»².

¹ Quale concetto giuridico, la rinegoziazione incontrerebbe un duplice ostacolo: il primo «nella fluida varietà delle sue specie e quindi nella disomogeneità delle sue caratteristiche distintive»; il secondo, nella circostanza che le espressioni rappresentano «piuttosto delle semplici fattispecie che un istituto». Le espressioni testuali sono tratte da GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 668, il quale nega, coerentemente con l’impostazione di fondo, la possibilità di individuare «un complessivo e unitario istituto del diritto privato, dalla fattispecie determinata e dagli effetti costanti; e comunque», prosegue l’autore, «non è utile farlo, non potendosi per tal via giungere ad alcun risultato pratico» (*ivi*, 669).

² In quanto «per lo più si tratta semplicemente dell’ovvia applicazione alla negoziazione circa la modifica di un contratto già concluso, dei consueti principi di ogni trattativa», rimanendo travolta

Questo atteggiamento dottrinale potrebbe essere, naturalmente, condiviso da una parte della giurisprudenza, configurandosi, in questo modo – se proprio si volesse nobilitare, in un certo senso, il rifiuto di considerare la problematica come una delle frontiere del diritto dei contratti e del diritto privato più in generale –, una questione di metodo o, più semplicemente, di sensibilità da parte del giurista rispetto alle novità, ossia alle problematiche che non possano vantare una storia lunga e radicata nel pensiero giuridico, ovvero, in alternativa, una previsione normativa formale esplicita, dunque sufficientemente tipizzata dal legislatore.

È evidente che non esiste, allo stato nel nostro ordinamento, una siffatta previsione, con la veste di norma generale, sulla rinegoziazione quale tecnica di gestione delle sopravvenienze, che comprenda anche obblighi a carico dei contraenti. Ma si dimentica di considerare, da parte dei ‘negazionisti’, che una disposizione del genere non soltanto ben avrebbe potuto esserci, se non altro come norma dell’emergenza – così come sono state introdotte diverse nuove disposizioni con valenza civilistica generale, nel frangente della pandemia –, ma, soprattutto, la stessa potrebbe figurare persino nel codice civile e, anticipando il risultato della breve riflessione che segue, ritengo che ciò sarebbe del tutto razionale, sicché davvero non si comprende la ragione che impedirebbe al giurista – in sede tanto dottrinale, come del resto è avvenuto, si diceva da oltre un ventennio, non soltanto nel nostro ordinamento – di rinvenire, nelle norme e nei principi del diritto dei contratti, tutele che operino in modo coerente con l’ordinamento ed efficace, rispetto agli interessi in gioco, anche in assenza di un’esplicita previsione legislativa.

La soggezione del giudice alla legge non dovrebbe infatti impedire di individuare soluzioni nuove, in quanto non espressamente previste, purché le stesse siano sistematicamente coerenti e, s’è detto, funzionali alla tutela degli interessi in questione. Ciò non significa, naturalmente, che l’intervento del legislatore – come si potrà osservare meglio nelle considerazioni conclusive – non sia auspicabile. Operando in questo modo, non ci si porrebbe certamente in una prospettiva – come è stato detto, dal punto di vista processuale civile – di “paternalismo giudiziario”, posto che in gioco è soltanto lo svolgimento della funzione giurisdizionale, nel tentativo di saldare le norme formali e i principi che ne costituiscono il fondamento con la realtà dei rapporti economico-sociali e con gli interessi concretamente in gioco.

anche la fattispecie dell’obbligo di rinegoziare, poiché, «quando realmente il diritto legittima la revisione giudiziale, è dubbio che questa sia esecuzione forzata in forma specifica dell’obbligo di rinegoziare e non invece integrazione equitativa del patto, alternativa e non attuativa della rinegoziazione» (così sempre GENTILI, *op. cit.*, 670).

2. La rinegoziazione dei contratti nel sistema e il problema della gestione delle sopravvenienze nel sistema tra disciplina generale e singoli contratti

Lo scenario più recente, in cui si colloca la problematica della rinegoziazione dei contratti, vede, da un lato la riflessione approfondita da parte della Suprema Corte, con un prezioso studio dell'Ufficio Massimario, dall'altro la proposta di revisione del codice civile, abbozzata in un disegno di legge delega, allo stato apparentemente messo da parte, il DDL Senato 1151 del 2019, ove si prevede la "integrazione" del codice sul punto, alla stregua della rubrica dell'art. 1. Alla lett. I) è stabilito che il legislatore dell'ipotizzata riforma preveda e disciplini: "il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti". Si dovrebbe, pertanto, intervenire sulla disciplina delle sopravvenienze, di cui agli artt. 1467-1469 c.c., applicabili come norme "generali" a tutti i contratti e agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, incidendo in modo sostanziale sulla normativa vigente.

È noto che il tema delle sopravvenienze – se si volesse adoperare una variante espressiva più moderna, si potrebbe dire delle "disfunzioni sopravvenute" del contratto –, al pari delle diverse problematiche che caratterizzano la parte generale del contratto, suscita molteplici interrogativi, tanto di tipo tecnico-applicativo per così dire, quanto – si direbbe, preliminarmente – di indole autenticamente metodologica³.

In tal senso, la prima problematica di metodo da affrontare, in sede di riformulazione delle norme codicistiche, attiene al rapporto tra parte generale e parte speciale⁴, nella consapevolezza che, allo stato, i problemi dell'esecuzione del contratto

³ Occorre concentrarsi in primo luogo su questi ultimi, poiché l'eventuale redazione di nuove disposizioni (o la modifica di quelle già esistenti), ove mai dovesse maturare la volontà politica di porre mano alla riforma (sulla scia di quanto peraltro già avvenuto, di recente, in diversi ordinamenti vicini e affini al nostro), non potrà che avvenire all'interno di un nuovo (in ogni caso, fortemente innovato) sistema normativo del "contratto in generale", caratterizzato da alcuni principi ispiratori, alla cui razionalità le disposizioni specifiche dovranno corrispondere, affinché possa essere garantita la coerenza e, in ultima analisi, la concreta praticabilità delle soluzioni proposte dal legislatore della riforma.

⁴ In argomento, non si può prescindere dalle riflessioni compiute, ancorché oltre un ventennio addietro, da DE NOVA, *I singoli contratti: dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, 218 (si veda già, dello stesso A., *Sul rapporto tra disciplina generale dei contratti e disciplina dei singoli contratti*, in *Contr. impresa*, 1988, 333 e in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Venezia, 1989, 321) e VITUCCI, *Parte generale e parte speciale nella disciplina dei contratti*, *ibid.*, 445.

trovano, del tutto comprensibilmente, nella seconda la loro prevalente disciplina (alludendosi tanto ai singoli contratti tipizzati e perciò presenti nel codice, quanto agli specifici settori, disciplinati al di fuori del codice civile, secondo logiche di contesto lontane dalla visione del legislatore del 1942).

È decisivo il tema del rapporto tra la parte generale e quella ‘speciale’ del diritto dei contratti, che merita un’attenta riconsiderazione, nel senso che anche la disciplina dei “tipi” (ossia dei “singoli contratti”) è idonea a esprimere principi ordinanti della materia, soprattutto per quel concerne i contratti più tipicamente “commerciali”. È evidente, infatti, che la parte generale è stata edificata sul modello del contratto di scambio, quale fatto negoziale episodico e tendenzialmente istantaneo, mentre nel novero dei “singoli contratti” figurano numerosi tipi che rappresentano una determinata attività economico-imprenditoriale e, per tale ragione, la loro disciplina deroga alle norme e agli stessi principi della “parte generale”. Sufficientemente esemplare è, in questo senso, la disciplina dell’appalto, che proprio in tema di sopravvenienze, offre soluzioni normative molto diverse, sostanzialmente antitetiche, rispetto alla disciplina generale, che affida alla risoluzione del contratto la tutela della parte onerata⁵.

È peraltro inevitabile muovere dalla disciplina delle disfunzioni sopravvenute contenuta nella parte generale del contratto nel codice civile, caratterizzato dall’opzione del legislatore del 1942 – all’epoca decisamente originale e comunque innovativa, rispetto alle altre grandi codificazioni europee e, in ogni caso, alla civilistica più tradizionale⁶ – di distinguere con sufficiente nettezza le norme sulle disfunzioni determinanti (ovvero qualificabili in termini di) impossibilità (appunto, sopravvenuta), dalle disposizioni relative agli eventi pregiudizievoli (rispetto all’equilibrio tra le prestazioni) comportanti (non già l’impossibilità, ma) l’eccessiva

⁵ Al giurista che intenda ragionare sulla riformulazione delle norme della parte generale del contratto si presentano pertanto, in questo senso, delicati interrogativi su compatibilità e coerenza tra le due parti, acuiti dal fatto che gli indici normativi da considerare non sono – anche in questo caso, da tempo – soltanto nel tessuto (di per sé non sempre così lineare e armonico) del codice civile, ma possono avere provenienza e matrice diverse, rendendo più complessa l’opera di razionalizzazione del sistema. Al contempo, proprio l’articolazione del quadro di riferimento, che il legislatore della riforma dovrebbe considerare con particolare attenzione, consente (e, si direbbe, impone) un significativo ripensamento della parte generale del contratto, finalizzato a recepire principi e tendenze che si esprimono attraverso nuove disposizioni normative, ma anche e soprattutto le più recenti evoluzioni della cultura giuridica civilistica.

⁶ Si vedano le considerazioni di HORN, *Vertragsdauer. Die Vertragsdauer als Schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, in *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, 551.

onerosità delle prestazioni a carico di una parte, nel senso della loro ‘inesigibilità’ in ragione di un incremento dei costi⁷.

Il comune denominatore tra le due discipline era costituito dall’istituto (sempre di carattere generale) all’interno del quale esse compaiono – articolandosi lo stesso, s’è detto, nelle due varianti dell’impossibilità sopravvenuta e dell’eccessiva onerosità – ossia la risoluzione del contratto. Una risoluzione provocata dallo squilibrio, oggettivamente determinatosi (diversamente da quanto accade con l’inadempimento) tra le prestazioni, che giunge al punto da rendere irrazionale lo scambio, minando (in vario modo, nelle due figure, ma sempre in modo intollerabile per l’ordinamento) la sinallagmaticità del contratto.

3. L’approccio dell’ordinamento francese e tedesco nel confronto con il diritto italiano

Se poi ci si dovesse interrogare sul rapporto tra sopravvenienze e ordinamento, con riferimento al diritto contrattuale, si scoprirebbe che le risposte mutano, anche significativamente, in relazione al contesto culturale e temporale, nei diversi ordinamenti.

In altri termini, posto che le norme generali dovrebbero fornire, in primo luogo, la risposta al preliminare interrogativo sul rapporto tra le sopravvenienze e l’ordinamento giuridico, con particolare riferimento al diritto dei contratti, si nota come la rilevanza giuridica delle sopravvenienze e dunque la loro incidenza sul rapporto preesistente sia strettamente legata alle tendenze e alle scelte dell’ordinamento in un determinato contesto, storicamente definito. Tendenze e opzioni determinate, in modo diverso (se non talvolta divergente), dai diversi formanti dello stesso ordinamento, fatalmente destinati a intrecciarsi nella loro concreta operatività⁸.

Muovendo dalla posizione più rigida, per così dire, è ben nota la ferma, apparentemente incrollabile, resistenza del legislatore francese, con il convinto avallo

⁷ Ci si permette di rinviare, per una sintetica trattazione della materia nella prospettiva indicata, al lavoro del sottoscritto, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, 2, *Rimedi*, Milano, 2006, 590 ss.

⁸ Il terreno si è rivelato particolarmente fertile per le analisi degli studiosi comparatisti, i quali hanno saputo mettere in luce i diversi contesti normativi con l’intreccio dei formanti, concentrandosi soprattutto sul confronto tra gli ordinamenti francese, tedesco e italiano (senza dimenticare di esaminare le esperienze in ambito di *common law*), muovendo dal minimo comune denominatore costituito dalla presenza del codice civile. Un confronto assai stimolante, che permette di comprendere l’ampiezza del ventaglio di possibili soluzioni ai problemi genericamente riconducibili alla tematica delle sopravvenienze in ambito contrattuale.

della dottrina tradizionale, a dare un qualsivoglia rilievo all'*imprévision*, se non altro nel diritto contrattuale dei rapporti fra privati, mentre un'apertura verso la rilevanza della modificazione delle circostanze era ammessa nei contratti pubblici, in considerazione dell'interesse in tal senso dell'amministrazione. È stata tuttavia la dottrina dell'ultimo ventennio o poco più – ormai convinta, evidentemente, dell'opportunità di superare la rigidità della posizione ottocentesca, conseguenza necessitata dell'idea (ovvero dal dogma, se si preferisce) dell'intangibilità del contratto – a schiudere prospettive nuove, intese a dar voce all'esigenza di revisione del regolamento contrattuale, con l'avallo (graduato, ma ugualmente convinto) di una parte non insignificante della giurisprudenza, anche di legittimità.

Non ci si può pertanto meravigliare se il legislatore sia giunto a “codificare”, con la recente riforma della disciplina generale dei contratti, persino l'obbligo di rinegoziare, in presenza di determinati presupposti (ma sul punto occorrerà ritornare con maggiore puntualità). In tal modo, il legislatore francese potrebbe apparire oggi, quasi paradossalmente – stando all'immagine che avrebbe dato di sé, in chiave comparativa, anche soltanto un paio di decenni addietro –, il più moderno, o almeno il più coraggioso. Sui risultati raggiunti in sede legislativa occorrerà tuttavia ritornare, ragionando sulle possibili formulazioni legislative in sede di riforma (*infra*, n. 4).

Molto diversa la vicenda che ha caratterizzato il diritto tedesco, decisamente condizionato – nella pressoché inevitabile assenza di disposizioni normative specifiche all'interno del BGB, ancorché frutto maturo, si potrebbe dire, della complessa e profonda elaborazione teorica ottocentesca – dalla teoria della presupposizione, elaborata dalla dottrina più autorevole della seconda metà del secolo XIX⁹.

La storia, che non mette conto in questa sede anche soltanto sintetizzare, essendo assai nota – se non altro in quanto un po' da tutti gli studiosi della materia più o meno puntualmente ripercorsa –, risulta ancora oggi particolarmente significativa, per la quantità di spunti di riflessione che l'intreccio tra il formante dottrinale e quello giudiziale può suscitare. È convinto e continuativo, infatti, l'avallo della giurisprudenza alla dottrina, grazie all'originale e radicata valorizzazione del precetto generale di buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio e

⁹ Si tratta, com'è noto, dell'esponente di maggiore spicco della scuola pandettistica, ossia Bernhard Windscheid, mentre la dottrina viene poi sviluppata dalla civilistica novecentesca, senza soluzione di continuità, attraverso la più sofisticata dottrina del fondamento negoziale e le numerose elaborazioni teoriche della “*Lehre der Geschäftsgrundlage*”, in particolare del suo venir meno (“*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”), come evento destabilizzante del vincolo obbligatorio e contrattuale.

contrattuale: un unico dato normativo, IL § 242 BGB concretamente utilizzabile (e in effetti utilizzato) da parte del giurista tedesco – tanto in dottrina, quanto in sede giurisprudenziale –, capace tuttavia di sprigionare in quell’ordinamento un’effettività così marcata, al punto da permettere al precipitato dell’orientamento giurisprudenziale inteso a riconoscere la modificabilità del contratto attraverso il suo adeguamento (c.d. *Vertragsanapssung*) di diventare, a sua volta, disposizione normativa codicistica, in sede di modernizzazione del diritto delle obbligazioni, ossia la ben nota riforma del 2002 recante la significativa *Modernisierung des Schuldrechts*, con il nuovo § 313 BGB¹⁰.

La disposizione è dedicata proprio all’adeguamento del contratto, senza esplicitare – e di qui il dibattito rimasto aperto, sul quale ha preso posizione anche la Corte suprema tedesca del BGH¹¹ – l’esistenza di un obbligo di rinegoziare nel procedimento che conduce all’adeguamento del contratto (la c. d. “*Vertragsanpassung*”), sino a quel momento affidata alle potenzialità operative della clausola generale di buona fede di cui al § 242 BGB.

Nel confronto con le due esperienze appena ricordate – si ricorda, nessuna delle quali vedeva la codificazione di norme in tema di sopravvenienze, anche se dottrina e giurisprudenza reagivano in modo sostanzialmente opposto, con la chiusura netta in Francia e la massima apertura offerta dalla clausola generale di buona fede in Germania –, il diritto italiano si presenta con una veste decisamente originale, costituita dalla presenza di una normativa *ad hoc* nel codice civile, non a caso introdotta soltanto con la codificazione del 1942, all’interno (e in chiusura)

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

¹¹ Nel senso che i contraenti hanno l’obbligo di collaborare (*mitwirken*) per giungere all’adeguamento del contratto, cfr. BGH, Urt. v. 30. 9. 2011 – V ZR 17/11 (OLG Hamm), in *NJW*, 2012, 373.

della disciplina del contratto in generale, che dà spazio alle esigenze del contraente onerato dagli effetti economici degli eventi sopravvenuti, seppure attraverso una disciplina che, ammettendo una forma di risoluzione certamente anomala – s'intende, dal punto di vista della teoria del contratto di stampo tradizionale e, perciò, della dogmatica sedimentata nella cultura civilistica –, circonda di una serie di cautele (con una serie, dunque, di presupposti integrativi della fattispecie risolutoria) l'esercizio del diritto di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità.

In sintesi, si può negare per principio la rilevanza dell'imprevisione/imprevedibilità nei rapporti obbligatori tra privati, in quanto questi ultimi devono essere "certi" e sicuri, se non altro in funzione del fatto che "il contratto ha forza di legge tra le parti" (alla stregua dell'enfatica espressione ereditata dal legislatore francese del *Code Napoleon*), sicché non possono intervenire – *rectius*, rilevare nella disciplina dell'esecuzione del contratto e dell'adempimento delle obbligazioni – elementi perturbativi dell'assetto d'interessi consacrato nell'autoregolamento.

Vi è, tuttavia, chi – ragionando con maggiore realismo e consapevolezza dell'esigenza concreta di una risposta dell'ordinamento alle "perturbazioni" dell'equilibrio negoziale – riconosce e ammette l'esigenza di gestione dello squilibrio sopravvenuto a tutela (non già del contratto in se stesso considerato, nella sua intangibilità e immodificabilità di principio, bensì) dei contraenti; sulla base di tale assunto, si demanda, invero superando preconcetti e remore di principio sulla funzione giurisdizionale in ambito di autonomia contrattuale, per un verso alla giurisprudenza delle corti, per altro verso (recuperando la valenza del referente normativo in senso formale) all'effettività della clausola generale di buona fede (supportata, va comunque ricordato, da un'attenta, complessa e ininterrotta analisi dottrinale) il compito di determinare, di volta in volta, la 'correzione' del regolamento contrattuale, divenuto inidoneo a rappresentare gli interessi delle parti.

Può darsi, infine, l'ipotesi in cui – per limitare il discorso e il confronto agli ordinamenti maggiormente noti alla civilistica – una dose forse ancora più consistente di sano realismo e, soprattutto, attenzione rispetto ai risvolti prettamente economici dell'impegno contrattuale concretamente assunto (in un tempo anteriore a quello della sua esecuzione, sia pure con talune varianti in ordine alla rilevanza del fattore temporale, come si evince dall'*incipit* dell'art. 1467 c.c.), finisce per indurre il legislatore a intaccare la purezza delle linee dogmatiche tradizionali, per codificare, in termini generali e in modo, s'è detto, senza dubbio originale per il tempo, l'inesigibilità della prestazione in ragione dell'aumento dei relativi costi, mediante una normativa *ad hoc*, che recepisce l'esigenza di tutela del contraente eccessivamente onerato.

La risposta del nostro legislatore del 1942 comporta, pertanto, che il problema (della gestione) del "rischio contrattuale" vada affrontato, nella prospettiva

dell'eventuale riforma della disciplina generale dei contratti, muovendo da una situazione molto diversa rispetto a quella in cui si sono trovati i nostri 'vicini di casa' tedeschi e francesi (alla quale s'è fatto appena cenno). La gestione del rischio contrattuale è dunque affidata alla soluzione: (a) convenzionale, (b) legislativa (nel nostro ordinamento, in primo luogo mediante le disposizioni generali in tema di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, cui s'è fatto cenno), e infine (c) giudiziale, anche e in primo luogo per risolvere il conflitto e, in ogni caso, il concorso tra la disciplina pattizia – consegnata spesso a clausole di gestione del rischio, più o meno sofisticate, formulate dalle parti nel tentativo di neutralizzare i rischi prevedibili – e quella legale¹².

Appare, per altro verso, intuitivo che il legislatore del codice civile, ancorché mosso da spirito innovatore e consapevole dell'esigenza di disciplinare "in generale"

¹² Cfr. Cass. 29 giugno 1981, n. 4249, in *Foro it.*, 1981, I, 2132, con nota adesiva di R. PARDOLESI, *Indicizzazione contrattuale e risoluzione per eccessiva onerosità*. L'impossibilità di superare, mediante pattuizioni per l'adeguamento automatico del corrispettivo (come accade, comunemente, con le clausole d'indicizzazione), la disciplina legale dell'eccessiva onerosità, è stata con chiarezza affermata dalla giurisprudenza. Quando la Cassazione, infatti, si è trovata ad affrontare il tema del concorso tra regolamentazione convenzionale (attraverso le appena ricordate clausole di indicizzazione dell'obbligazione pecuniaria) e disciplina legale (della risoluzione per eccessiva onerosità), l'argomento decisivo, che ha caratterizzato la *ratio decidendi*, faceva leva sulla valutazione, specifica e in punto di fatto, dell'insufficienza, per così dire, dei meccanismi convenzionali, nel senso che gli effetti delle sopravvenienze non avrebbero potuto ritenersi, nel caso concreto, assorbiti dalle clausole d'indicizzazione, rimanendo salva pertanto la facoltà della parte onerata di avvalersi della tutela prevista *ex lege* dall'art. 1467 c.c. Ancorché la Cassazione non avrebbe mai potuto ragionare, all'epoca, in questi termini, è evidente e, si direbbe, quasi scontato, che elementari considerazioni, di matrice essenzialmente economica – nella letteratura giuridica, riprese e sviluppate non a caso dai cultori dell'analisi economica del diritto –, avrebbero condotto all'idea della inevitabile "razionalità limitata" dei contraenti, con riferimento a un rapporto contrattuale programmato per durare diversi decenni (esattamente come nel caso esaminato dalla Corte)¹². In questa prospettiva e sulla scorta proprio dell'analisi economica del diritto, così come potrebbe essere applicata all'indagine su tipologie contrattuali del tipo in esame, sono stati proposti studi e approfondimenti sulla "incompletezza" del regolamento negoziale (dunque, sul c.d. "contratto incompleto"), sviluppando l'idea di una fisiologica incompletezza del contratto, che finisce per mettere in discussione principi e assunti, di carattere dogmatico, della disciplina generale del contratto, incentrata (come s'è appena avuto modo di considerare) sul modello dello scambio istantaneo, per definizione insuscettibile di valutazioni in termini di "completezza/incompletezza". Da questo punto di vista, l'esigenza di gestire il rischio contrattuale *ex post* – anche in presenza di pattuizioni intese proprio a evitare le controversie determinate dagli effetti delle sopravvenienze – assume una valenza fisiologica, si sarebbe tentati di dire, dovendosi tuttavia confrontare con una normativa immaginata (e redatta, di conseguenza) per disciplinare vicende eccezionali (oltre che imprevedibili, nell'endiadi con cui il legislatore ha fissato i presupposti per domandare la risoluzione del contratto).

le sopravvenienze – anche in considerazione delle novità introdotte nel titolo terzo, dedicato ai “singoli contratti”, che finivano per mettere in discussione il modello del contratto in generale – non potesse andare oltre un tentativo di ‘sistemare’ la teorica del rischio contrattuale nel solco dell’idea, di matrice pandettistica, della “volontà presunta” dei contraenti, nel senso di una ricostruzione *ex post* di quanto, pur presupposto ed assunto a fondamento della negoziazione (quindi, effettivamente ‘voluto’), non aveva poi ottenuto adeguata esplicitazione nelle condizioni o clausole contrattuali: la *Voraussetzung*, introdotta (*rectius*, importata dalla menzionata pandettistica tedesca) nel nostro ordinamento con la traduzione letterale di “presupposizione”. Una costruzione giuridica, quest’ultima, che avrebbe avuto riscontro (ed anzi successo) nella giurisprudenza pratica, chiamata a conferirle effettività, mentre in dottrina si svolgeva una sapiente elaborazione, graduale ma incessante con diverse sfumature nelle diverse culture giuridiche europee, della questione generale facente capo alla gestione del rischio contrattuale.

Tale costruzione concettuale, ascrivibile al giurista più emblematico della pandettistica ottocentesca, si muove, evidentemente, all’interno del modello di contratto tradizionale, che ha permesso l’edificazione della “parte generale”, rivelandosi, in tal modo, insufficiente a governare le problematiche poste dai contratti a esecuzione continuata o differita, comunque destinati a svolgersi in un lasso di tempo, più o meno ampio, in vista della realizzazione di un risultato che soltanto l’esecuzione protratta nel tempo può consentire.

4. Il contratto come programma funzionale a un risultato da realizzare

Da quest’ultimo punto di vista, si rende opportuno, se non necessario, l’ampliamento della riflessione alla disciplina dei “singoli contratti” (tipizzati e non), ove è possibile individuare una molteplicità di disposizioni che, operanti nei più vari contesti contrattuali, paiono evidenziare una sorta di comune denominatore, come se fossero accomunate da quella che è stata opportunamente definita in termini di “macro-ratio”¹³, rispondente all’esigenza dell’ordinamento di adeguare/modificare il regolamento contrattuale al fine di consentire che si producano gli effetti dell’atto di autonomia privata all’origine del regolamento¹⁴. Le norme dei singoli

¹³ L’espressione è di ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1044.

¹⁴ Esse potrebbero collocarsi idealmente in due gruppi: (a) quelle espresse nelle disposizioni che predispongono un’alternativa giuridica alla vanificazione degli effetti del contratto, vuoi incidendo positivamente sull’aspetto che potrebbe definirsi strutturale (ad esempio, mediante la disciplina

contratti, cui potrebbero aggiungersi ulteriori riferimenti, offrono argomenti sufficienti per ravvisare, nel diritto privato italiano, l'esistenza di un principio di adeguamento operante nella disciplina dei contratti e che consentirebbe la "revisione" in corso di esecuzione (un principio, quest'ultimo, che, secondo alcune ricostruzioni, opererebbe anche oltre questo specifico settore dell'ordinamento).

È evidente che, se si accettano alcune premesse di indole *lato sensu* metodologica, la disciplina generale delle sopravvenienze nei termini in cui è stata consegnata agli artt. 1467 ss. sembrerebbe destinata a rimanere in un certo senso sullo sfondo del discorso. Essa troverà, di fatto, applicazione in casi residuali, svelando in tal modo la nettezza della frattura tra le appena ricordate disposizioni codicistiche, dichiaratamente "generali", e la realtà normativa della contrattazione commerciale ovvero d'impresa¹⁵, riconducibile a sistema con riferimento ad altri (e non pochi) indici legislativi, dai quali è dato desumere l'esistenza di un principio di adeguamento del contratto, in considerazione dello svolgersi del rapporto nel tempo, che trova

della determinazione del prezzo nella vendita e nell'appalto ex artt. 1474 e 1657 ovvero dell'entità della somministrazione ex art. 1560, disposizioni che dovrebbero precludere qualsiasi utilizzazione strumentale della sanzione di nullità del contratto per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto), vuoi operando in una prospettiva funzionale (ad esempio, grazie alla scelta attribuita al compratore di chiedere la riduzione del prezzo invece della risoluzione del contratto di vendita ex art. 1492); (b) quelle che fissano, invece, presupposti e modalità della modificazione delle condizioni contrattuali prestabilite al fine di consentire una corretta (prosecuzione della) esecuzione del rapporto contrattuale, talvolta con indicazioni di natura quantitativa (si pensi, ad esempio, alla disciplina delle variazioni del progetto nell'appalto e, in particolare, alle variazioni ordinate dal committente ex art. 1661, così come all'onerosità o difficoltà dell'esecuzione dell'opera appaltata ex art. 1664), altre volte con l'inevitabile rinvio a criteri generali di giustizia sostanziale, quali la proporzionalità e/o l'equità della determinazione, quest'ultima affidata evidentemente al giudice in mancanza di accordo fra le parti: ad esempio, artt. 1660 e 1664, 2° comma in materia di appalto, ma anche art. 1623 in materia di affitto, l'art. 1710, 2° comma in materia di mandato, nonché l'art. 3, 5° comma, l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura, disposizione quest'ultima particolarmente interessante per la novità della formulazione adottata dal legislatore). Un tentativo di collegare varie fattispecie in un contesto omogeneo, che successivamente si è arricchito ulteriormente, si trova nel lavoro di chi scrive *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., secondo capitolo (dedicato alla ricostruzione sistematica del principio di adeguamento).

¹⁵ È noto che la dottrina italiana più autorevole ha avvertito l'espressione contratti d'impresa come una "categoria, o almeno come nozione meritevole di distinta valutazione" (così OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 629, dove si scorge, fra l'altro, il nesso con i contributi resi in epoca ben più risalente dall'A., nello studio di rapporti contrattuali caratterizzati da uno strettissimo collegamento con l'organizzazione dell'attività economica imprenditoriale: OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 146 e 277, nonché *id.*, 1944, I, 17 e, dopo l'unificazione dei codici, il tema veniva ripreso da DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, 3 ed., Padova, 1962, 94 ss.).

espressione in regole specifiche, alcune delle quali appena ricordate, caratterizzanti i numerosi tipi contrattuali disciplinati dal codice¹⁶.

Sembrerebbe così che, in modo apparentemente paradossale, si profili una sorta di sfida – o, almeno, un’alternativa piuttosto netta – fra la disciplina generale, da un lato, la quale finisce per rimanere marginalizzata, e la prassi negoziale, dall’altro, mimata in un certo senso dalle regole – pur sempre di natura suppletiva, per lo più – “speciali” dettate in tema di “singoli contratti” (s’è fatto l’esempio emblematico dell’appalto), che disattendono o superano, se si preferisce, le regole “generali”, ponendo le premesse per rivedere la concezione della parte generale. Non ci si riesce a sottrarre così all’interrogativo cruciale sulla natura monolitica del contratto assunto a modello della disciplina generale, anche in materia di sopravvenienze e gestione del rischio contrattuale.

Riprendendo uno spunto proveniente dalla cultura giuridica statunitense, si comprende come la dottrina più moderna – e, va detto, anche più coraggiosa – si sia spinta a ricercare una sorta di saldatura fra il principio e le teorie di origine, rispettivamente, sociologica (quella dei c.d. *relational contracts*, maturata in area nordamericana negli anni Sessanta) ed economica (alludendosi alla ricostruzione in termini di “incompletezza” dei contratti, come sottolineano appunto gli economisti), per cercare di inquadrare in un diverso contesto rapporti contrattuali molto diversi e comunque distanti dallo scambio occasionale e istantaneo – c.d. *discrete transaction*, nel gergo giuridico statunitense – e così esaminare le possibili soluzioni giuridiche soltanto dopo aver messo correttamente a fuoco la realtà socio-economica in cui il contratto deve operare.

Con un approccio metodologico di questo tipo, il contratto non è più (soltanto) lo strumento negoziale per il trasferimento della proprietà (uno dei “modi di acquisto” della proprietà), né unicamente la “fonte” (principale, anche nell’elencazione del codice civile all’art. 1173 c.c.) delle obbligazioni, ma si presenta piuttosto come un programma, un “piano” da realizzare, secondo la volontà dei contraenti di perseguire un determinato risultato. In questo modo, si evidenziano – molto di più che in occasione dello scambio istantaneo ed episodico, evidentemente – le regole di condotta e dunque i doveri di correttezza e buona fede, funzionali alla realizzazione del risultato divisato dai contraenti e per il quale il contratto è stato concluso.

¹⁶ Ci si permette di rinviare, per l’articolazione del ragionamento, ancora al richiamato contributo monografico, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., spec. 71-168; la riflessione è successivamente ripresa, condividendone l’impostazione di fondo, da ROPPO, *Il contratto*, cit., 1041 ss.; sempre nella trattatistica sul contratto, per analoghe considerazioni, in relazione alla questione della “revisione” del contratto, cfr. SACCO, in SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, II, Torino, 2004, 722 s.

5. (*segue*) Attività d'impresa e contratto come suo strumento

L'idea del contratto come programma da realizzare, in vista di un determinato risultato, raggiungibile anche attraverso l'attività dei contraenti disciplinata, oltre che dalle specifiche pattuizioni del regolamento convenuto tra i contraenti, dalle clausole generali (con l'obbligo di comportamento corretto e secondo buona fede in primo piano), consente (e forse impone, in un certo senso) il raccordo con la realtà dell'impresa – se si preferisce, dell'attività economica – rispetto alla quale il contratto prende concretamente forma.

Nella variegata tipologia dei contratti di durata, ovvero caratterizzati dall'esecuzione prolungata nel tempo e, in ogni caso, dall'obiettivo (*rectius*, interesse) dei contraenti di realizzare un determinato programma, si realizza infatti, solitamente, l'attività d'impresa – prima ancora, essa viene 'programmata' –, confidando che la 'programmazione' contrattuale sia sufficiente ad assicurare (anche) la gestione delle problematiche determinate dalle modifiche delle circostanze rilevanti (e incidenti sull'equilibrio economico tra le prestazioni), attraverso pattuizioni, che prevedano idonei meccanismi di soluzione delle controversie.

Quel che sembra difficile negare è, considerando la sistematica del diritto dei contratti disciplinato nel codice, lo scollamento di tale tipologia negoziale, in cui il contratto rivela la sua natura di strumento dell'attività d'impresa – in ogni sua fase: iniziale, funzionale e attuativa degli obiettivi commerciali, estintiva ovvero di crisi, da gestire nella prospettiva della liquidazione ovvero della continuità aziendale, secondo le regole delle procedure per la gestione della crisi e dell'insolvenza – rispetto al modello codicistico del contratto come modo di acquisto della proprietà o, comunque, quale mezzo tecnico per il trasferimento volontario dei diritti.

Sembra altresì incontrovertibile la constatazione secondo la quale la disciplina generale si rivela costruita interamente su quest'ultimo modello, mentre la realtà dell'impresa e, di conseguenza, del contratto quale strumento per l'esercizio dell'attività economica aziendale, rimarrebbe nelle pieghe della normativa dettata con riferimento ai "singoli contratti". Per altro verso, appare ugualmente innegabile che, nella prospettiva intesa a valorizzare l'attività d'impresa, il programma finisca per incrociare i requisiti tradizionali e generali della causa e dell'oggetto, connotando il contratto funzionalmente (ossia dal punto di vista della sua causa), ma anche oggettivamente, nel senso del risultato avuto di mira dai contraenti e dunque del loro interesse.

6. Spunti da alcune recenti esperienze di ‘ricodificazione’ del diritto dei contratti con soluzioni innovative in tema di sopravvenienze

Alla luce delle considerazioni appena svolte, ma soprattutto se si accolgono le premesse di tipo metodologico sin qui esposte – sia pure in modo sommario e riduttivo rispetto alla loro rilevanza appunto metodologica – il legislatore dovrebbe interrogarsi, in primo luogo, sulla possibilità e opportunità di novellare la disciplina generale del contratto, facendo tesoro degli spunti ricostruttivi forniti dalla normativa in tema di singoli contratti interna al tessuto del codice civile, nonché dalla legislazione ‘settoriale’, che ha contribuito a innovare in modo decisivo il sistema negli ultimi decenni.

Nella materia delle sopravvenienze e dei relativi ‘rimedi’, ossia delle diverse tecniche idonee a gestire il rischio contrattuale, la risposta positiva al quesito generale sembrerebbe scontata, ma gli approfondimenti dottrinali che, da diversi punti di vista, hanno contribuito a far luce sul tema confermano la ragionevolezza della proposta modificativa e/o integrativa prevista dal disegno di legge delega, incentrata sulla figura della “rinegoziazione” del contratto.

Prima di impegnarsi nel tentativo di formulare una proposta modificativa della disposizione di cui all’art. 1467 c.c., evidentemente sulla base del disposto di cui al detto disegno di legge delega, occorre evidenziare, sempre in forma sintetica, il fondamento sistematico della rinegoziazione e dell’obbligo di rinegoziare, attraverso il quale si potrebbe modernizzare la normativa, superando una disciplina – quella della risoluzione per eccessiva onerosità attualmente vigente – non del tutto soddisfacente e, soprattutto, non idonea a rispondere alle esigenze della contrattazione d’impresa e alle dinamiche dei contratti aventi ad oggetto un’attività economica destinata a svolgersi nel tempo, per la realizzazione di un determinato risultato, in funzione del quale il contratto stesso è stato concluso.

Non è, da ultimo, irrilevante che, in questa verifica, il giurista dei nostri giorni può anche avvalersi – utilmente, ad avviso di chi scrive – di alcune recenti esperienze di ri-codificazione del diritto generale dei contratti (nel codice civile riformato), dalle quali risulta confermata la sensazione che i tempi sono maturi per rivedere, anche in modo profondo, alcune tra le più consolidate costruzioni teoriche e sistematiche del diritto civile, con o senza l’intervento specifico del legislatore, ossia anche mediante l’opera della giurisprudenza.

Possono segnalarsi, in particolare, due esperienze recenti, già ampiamente esaminate dalla nostra dottrina, che hanno dato rilievo alla problematica in esame, aderendo alle più moderne tendenze culturali (da ultimo evidenziate con riferimento alle esperienze di *soft law*, consegnate ai *Principles*) e alle indagini della dottrina più sensibile alle esigenze di “modernizzazione” della disciplina in materia.

In primo luogo il legislatore francese, di cui si faceva menzione in apertura, che ha inserito nella “sezione” dedicata a “*Les effets du contrat entre les parties*”, sotto-sezione intitolata a “*Force obligatoire*” – dopo le disposizioni, dalla lunghissima tradizione civilistica di cui agli artt. 1193 (“*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*”) e 1194 (“*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l’équité, l’usage ou la loi*”) – la nuova, o se si preferisce ‘nuovissima’ disposizione dell’art. 1195¹⁷.

Si è detto, nella dottrina francese, che l’intervento del legislatore potrebbe intendersi come una sorta di “*consécration de l’imprévision*”, ma è interessante notare, al di là degli slogan, come il legislatore francese abbia avuto il coraggio di voltare pagina, in modo davvero radicale, rispetto alla tradizionale irrilevanza delle sopravvenienze nei rapporti patrimoniali fra privati, muovendosi nella direzione dei rimedi “manutentivi” del contratto e affidandosi, alla fine, alla valutazione del giudice che potrà “revisionare” o “mettere fine” al contratto.

La seconda esperienza, in sostanza contemporanea, è quella del rifacimento (integrale, con la fusione del codice civile e di commercio, così come avveniva da noi nel 1942) del codice argentino, nel quale compare una norma davvero innovativa, rispetto alla tradizione codicistica, che il legislatore argentino ha voluto esplicitamente dedicare (e così letteralmente intitolare) ai “*Contratos de larga duración*”, ponendola all’interno (più precisamente, in chiusura) del “*Capítulo 5*”, relativo alla materia dell’ “*Objeto*” (del contratto, in generale)¹⁸.

¹⁷ Testualmente, la nuova disposizione del *Code civil*:

[comma 1] “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l’exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n’avait pas accepté d’en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

[comma 2] En cas de refus ou d’échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu’elles déterminent, ou demander d’un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d’accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d’une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu’il fixe”.

¹⁸ Testualmente: “En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

Segnala il carattere decisamente innovativo della norma anche LORENZETTI, *Nuovo codice civile e commerciale della Repubblica Argentina*, cit., 402, al quale si deve l’approfondimento sul tema in

Il confronto con le nuove norme, mediante le quali i legislatori francese e argentino hanno innovato il diritto contrattuale del codice civile, aiuta a comprendere i limiti del meccanismo conservativo previsto dalla norma italiana – il già ricordato art. 1467 c.c., in tema s'è detto di risoluzione per eccessiva onerosità –, affidato all'iniziativa della parte avvantaggiata, ossia quella contro la quale è richiesta la risoluzione, che ha la possibilità di evitare la risoluzione mediante l'offerta di un'equa modificazione delle condizioni del contratto – soluzione, si noti, ripresa pressoché alla lettera da altre recenti operazioni di “ri-codificazione”, come nel caso del nuovo codice brasiliano del 2002, all'art. 479 – e che non sembra sufficiente a dare una risposta efficiente, in linea con le esigenze e le dinamiche della contrattazione commerciale *de larga duración*.

L'esplicitazione dell'obbligo di rinegoziare rappresenta, dunque, una scelta piuttosto coraggiosa da parte del legislatore riformatore, pienamente da condividere, tuttavia, in quanto impone all'interprete di operare all'interno della dinamica del contratto di lunga durata, avvalendosi del diritto di “*demander une renégotiation du contrat à son cocontractant*” – per riportare l'espressione del legislatore francese, e ancora: “*En cas de refus ou d'échec de la renégotiation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat*” – mentre la “modernizzazione” tedesca del BGB non era giunta a esprimere la sussistenza dell'obbligo, suscitando tuttavia un acceso dibattito sul punto.

In primo piano si colloca il ruolo del giudice, chiamato a un compito – specialmente quando è in gioco l'adeguamento (*adaptation* o *adecuación*) e non soltanto la valutazione delle condotte dei contraenti ai fini della decisione sullo scioglimento del contratto – cui non è abituato (se non altro considerando la tradizione franco-italiana, che ha inciso anche sulla cultura giuridica argentina).

Strettamente connesso al ruolo del giudice è, infine, il rilievo oramai definitivamente acquisito dalle clausole generali, *in primis* la buona fede e la correttezza – va ricordato, in tal senso, il duplice riferimento a “*la oportunidad razonable de renegociar de buena fe*” nel codice argentino e al rischio di incorrere nell’ “*ejercicio abusivo de los derechos*” –, ma va ricordata anche l'equità (non so se possa discorrersi

Tratado de los contratos. Parte general, Buenos Aires, 2004, 74, ove si confronta il modello del “*contrato instantáneo y de larga duración*”, evidenziando la diversa “*reciprocidad estática y dinámica*”, nel senso che nei contratti in esame “*el objeto es una envoltura, un cálculo probabilístico, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas*”, determinandosi quella dinamicità nel rapporto, secondo l'A., “*típicamente relational*” (p. 76); cfr. altresì, sempre dell'A. citato, *Tratado de los contratos*, Tomo I, 2 ed., Buenos Aires, 2004, 113 ss., ove si esaminano più diffusamente i diversi aspetti della tipologia contrattuale in esame, prima che approdasse, con la riforma, alla regola ora codificata.

correttamente di una clausola generale in senso proprio, ma si tratta certamente di un criterio di valutazione del risultato ad alto grado di discrezionalità, così come accade nella valutazione della correttezza).

È sin troppo evidente, a questo punto, che il potere/dovere del giudice di ‘intervenire’ nelle dinamiche del contratto, per consentirne la prosecuzione attraverso la modificazione delle sue condizioni, non potrà più essere negato sulla base di pregiudiziali e superficiali affermazioni che fanno capo alla c.d. “intangibilità del contratto” e/o al ruolo giudiziale (esclusivamente) “esterno” al regolamento d’interessi concordato tra le parti. Correzione o manutenzione del contratto, quali soluzioni preferite dall’ordinamento, impongono peraltro una particolare considerazione dell’intervento giudiziale che, lungi da ‘rifare’ il contratto al posto delle parti – espressione quest’ultima che, di tanto in tanto, si legge ma che, a ben vedere, o si risolve in un inutile slogan o risulta riduttiva, al punto da precludere qualsiasi serio dibattito scientifico su un tema centrale della cultura giuridica attuale –, è chiamato a dirimere controversie facendo uso di criteri elastici che, pur sempre fissati dal legislatore *ex ante*, talvolta con le formulazioni più ampie che possono fare capo ad esempio alla buona fede e all’equità, mentre altre volte tali concetti di fondo vengono maggiormente circostanziati con riferimento alle vicende del mercato in cui il contratto si colloca – si pensi, ad esempio, al divieto di abuso di dipendenza economica, in tema di subfornitura – potrebbero dare l’impressione di trovarci al cospetto di un contratto ‘assistito’ (non soltanto dal legislatore, ma anche) dall’autorità giudiziaria.

Se le esperienze maturate in tempi recenti in altri ordinamenti, che hanno condotto alla ri-codificazione del diritto dei contratti, sono certamente significative, va ricordato che l’interesse degli studiosi per il tema ha iniziato a manifestarsi con riferimento alle raccolte di regole maturate in sede UNIDROIT (si allude ai “Principi dei contratti commerciali internazionali”) o di riordino della disciplina generale del contratto in ambito europeo (come è il caso del Progetto “Lando”, confluito nella stesura dei “*Principles of European Contract Law*”, nella formula abbreviata PECL e, da ultimo, del “*Draft for a Common Frame of Reference*”, DCFR), si sono fatti carico di ragionare su regole moderne, o quantomeno più efficaci rispetto a quelle esistenti (di matrice diversa: legislativa, giurisprudenziale e dottrinale), idonee a disciplinare la gestione del rischio nei contratti, in termini di (nuova) disciplina generale. Ciò implica che l’analisi di questa materia si risolva in una riflessione sul modo di pensare dei giuristi, piuttosto che in una formulazione propositiva di una o più disposizioni normative (eventualmente, da coordinare con il diritto dei contratti esistente, come sempre accade quando l’esame abbia ad oggetto le direttive comunitarie in tema di contratti e le nuove norme a tutela di determinate categorie di soggetti ritenuti più deboli), che pure può esprimere l’esito della riflessione stessa.

7. Considerazioni conclusive alla luce della situazione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid-19

Considerando l'esperienza recente della giurisprudenza in tema di rapporti di locazione e/o affitto incisi economicamente dalle norme per il contenimento del contagio (che hanno, di fatto, impedito lo svolgimento di determinate attività commerciali), si nota come alcune decisioni, tra quelle più significative sul piano argomentativo, siano davvero emblematiche della possibilità di sviluppare un'argomentazione, in ambito civilistico, in modo diverso e a volte sostanzialmente antitetico, pur realizzandosi il medesimo risultato di giustizia.

Di fronte a problematiche nuove – come nel caso degli effetti delle norme “anti-Covid” sui rapporti di locazione e affitto di immobili adibiti ad uso commerciale –, che richiedono comunque una buona dose di impegno e, va detto, anche di cultura nell'opera argomentativa del giudice, la *ratio decidendi* può svilupparsi sul piano rigorosamente formale, dunque rispettoso della logica – un tempo (neanche così lontano) priva di alternative, in quanto ritenuta dai giuristi ontologicamente connessa al diritto civile, quale sistema dogmaticamente ordinato – della fattispecie legislativamente tipizzata.

Tra le decisioni meritevoli di considerazione¹⁹, si sono distinte quelle del Tribunale di Roma, in particolare due ordinanze (la prima del 29 maggio 2020²⁰, la seconda più recente del 27 agosto 2020²¹) che, facendosi carico entrambe delle esigenze di tutela del conduttore, hanno seguito una diversa *ratio decidendi*, evidenziando nell'argomentazione una sorta di antitesi sul piano metodologico, che meriterebbe un approfondimento da parte della dottrina. Una dottrina mostratasi, peraltro, s'è detto in apertura, particolarmente sensibile alle delicate questioni giuridiche che la pandemia (e la conseguente produzione legislativa) ha suscitato.

¹⁹ Ad esempio: Trib. Bologna, ord., 4 giugno 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2492, che in accoglimento del ricorso inibisce al locatore di mettere all'incasso assegni rilasciati dal conduttore a garanzia del pagamento del canone; Trib. Venezia, decreto 14 aprile 2020; Trib. Venezia, decreto 22 maggio 2020; Trib. Genova, decreto 1° giugno 2020, in relazione all'attività di una discoteca; Trib. Bari, 9 giugno 2020, che accoglie la domanda di riduzione del canone avanzata dal conduttore; Trib. Rimini, decreto 25 maggio 2020, in *Foro it.*, 2020, I, 2497, nonché Trib. Rimini, ord. 28 giugno 2020, di diniego invece di tutela del conduttore, che nella specie aveva invocato il diritto alla risoluzione per eccessiva onerosità; Trib. Pordenone 8 luglio 2020, che respinge l'istanza di sospensione, da parte del conduttore, dell'efficacia del titolo esecutivo ottenuto dal locatore, pur auspicando la riduzione del canone al seguito di una rinegoziazione del contratto, secondo buona fede.

²⁰ In *Foro it.*, 2020, I, 2497, con osservazioni di Palmieri e Macario.

²¹ Anch'essa pubblicata in *Foro it.*, ma reperibile in www.foroitaliano.it/news/231.

Nella prima decisione²², il giudice ha inteso sgombrare subito il campo da ogni possibile rilevanza (e dunque utilizzazione) della regola generale di correttezza e buona fede, affermando con estrema chiarezza che “il richiamo alle disposizioni di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., pur suggestivo e pur se variamente declinato in dottrina, non persuade”. Un’impostazione del genere, secondo il giudice, comporterebbe “il rischio – ove mai si dovesse pervenire a una decisione sulla riduzione del canone, argomentata sull’applicazione della detta clausola generale” – “di minare la possibilità, per le parti, di confidare nella necessaria stabilità degli effetti del negozio (quanto meno i principali) nei termini in cui l’autonomia contrattuale li ha determinati”.

Respinta anche la logica della tutela del contraente contro l’eccessiva onerosità, “trattandosi di rimedio incompatibile con la conservazione del contratto, ma idoneo (...) solo a provocarne lo scioglimento”, la decisione ruota così sulla disciplina dell’impossibilità sopravvenuta, muovendo dalla considerazione, a mo’ di premessa (ineccepibile, in questo caso), secondo la quale “il bene-azienda locato non abbia potuto, in quel periodo, essere utilizzato per l’uso pattuito”. La soluzione giuridica viene rinvenuta nella “applicazione combinata sia dell’art. 1256 (...) che dell’art. 1464”, ricorrendo “una (del tutto peculiare) ipotesi di impossibilità parziale (...) e temporanea (...)”, con la riduzione del canone (operata dal giudice nella considerevole misura del 70%, per i due mesi di blocco totale dell’attività di vendita, per la chiusura del centro commerciale in cui era l’immobile locato), limitatamente al periodo di impossibilità (sia pure parziale, potendo l’immobile comunque funzionare da magazzino deposito dei beni del conduttore).

In senso opposto e, si direbbe, quasi antitetico – sul piano metodologico, come già rilevato –, si muove la seconda e più recente decisione²³, la cui motivazione ruota invece sull’obbligo di rinegoziare a carico del locatore, nascente dai principi di correttezza e buona fede. Così come aveva fatto il giudice nella precedente decisione, si esclude che possa essere d’ausilio la tutela predisposta dall’art. 1467 c.c., stante la dinamica e la funzione essenzialmente ‘risolutoria’ (e non conservativa del vincolo contrattuale, assecondando l’interesse, evidentemente, di entrambe le parti a mantenere in vita il rapporto) del rimedio avverso l’onerosità sopravvenuta, ma si ammette che la parte pregiudicata dall’eccessiva onerosità del contratto “deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)”.

²² Resa dalla quinta sezione del Tribunale di Roma (giud. Miccio).

²³ Resa dalla sesta sezione del Tribunale di Roma (giud. Grauso).

Richiamata la logica “dei cosiddetti contratti relazionali implicanti un rapporto continuativo tra le parti e che mal tollerano la risoluzione del contratto” – certamente deprecabile nel caso in cui la locazione sia funzionale all’attività d’impresa, che finirebbe per perdere l’avviamento derivante dalla sua localizzazione (nel caso specifico, essenziale, trattandosi di un ristorante situato nel centro di Roma) –, il giudice afferma, dovendosi apprezzare la chiarezza e la convinzione con cui si esprime, che “la clausola generale di buona fede e correttezza, invero, ha la funzione di rendere flessibile l’ordinamento, consentendo la tutela di fattispecie non contemplate dal legislatore”²⁴. Sintetizzata la *ratio decidendi*, l’esito è in linea con l’atteggiamento della prevalente giurisprudenza (a cominciare dal ‘precedente’ romano appena menzionato) e consiste nella riduzione temporanea del canone, disposta dal giudice in mancanza di accordo tra le parti (nella specie, del 40% per cento per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per cento per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021) e nella sospensione della garanzia fideiussoria rilasciata dal conduttore.

Sono diversi gli interrogativi e le questioni che le richiamate decisioni, cui andrebbero ad aggiungersi le molte altre intervenute *medio tempore*, rendendo il panorama giurisprudenziale ancora più articolato (se si preferisce, frastagliato e in alcuni casi anche conflittuale), possono suscitare e sulle quali certamente non mancheranno di esprimersi gli studiosi. Gli interrogativi potranno porsi tanto in termini generali e di sistema, per così dire, quanto e *a fortiori* sul piano più tecnico e specifico, ossia relativamente alla sorte dei contratti di locazione commerciale e, in particolare, dell’obbligo a carico del conduttore (imprenditore o professionista, la cui attività sia stata incisa, in modo più o meno grave, dall’emergenza sanitaria e dai conseguenti provvedimenti legislativi), tanto più che, s’è detto in apertura, le problematiche erano state ampiamente previste sin dai primi interventi della dottrina, che aveva com’è ovvio indicato anche le possibili soluzioni. Quale che sia la prospettiva adottata, un paio di riflessioni tuttavia, di carattere ancor più generale e apicale, se così può dirsi, non dovrebbero essere eluse dai cultori del diritto civile.

Una prima, attinente alla sostanziale (e voluta, ovviamente) assenza del legislatore, rispetto ai più che prevedibili conflitti tra privati, destinati ad affollare i tribunali (metaforicamente parlando, data la sostanziale inaccessibilità o difficile praticabilità dei luoghi, in questo frangente, ciò che rende ancor più problematica la situazione).

²⁴ Si è detto, del tutto correttamente, che il compito del giudice, in questi casi, è di “concretizzare”, in sede giurisdizionale, un’ideale di norma: Scoditti, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, 685.

Una latitanza che, pur non essendo negativa in sé stessa (ossia considerata in astratto, in una prospettiva di teoria generale, in un certo senso), nella specifica contingenza si rivela certamente inopportuna²⁵, nella misura in cui finisce per scaricare interamente sulle corti l'onere – che si sostanzia anche un costo economico, evidentemente non trascurabile – della soluzione del conflitto. Va da sé, peraltro, che l'effetto inevitabile, sul piano più propriamente giuridico, è quello dell'incertezza, sia sull'*an*, ossia sul riconoscimento della tutela, sia sul *quantum*, ossia sulle modalità in cui concretamente si esplica la tutela, ove concessa (si tratterebbe, in concreto: delle percentuali di riduzione dei canoni, della durata della riduzione, della sospensione dell'escussione delle garanzie o dell'incasso di titoli, etc.).

Eppure non mancavano certo i presupposti, sia per un intervento di tipo più ampio e generale in tema di rimedi contro le sopravvenienze e gli squilibri contrattuali²⁶, sia per una più limitata soluzione – forse riduttiva, nel confronto con la prima alternativa, ma comunque utile, se non altro a suscitare un effetto deflattivo sul contenzioso giudiziario – del conflitto tra locatore e conduttore (o affittuario) di immobili ad uso commerciale e professionale, proprio rendendo norma 'generale' l'esito della stragrande maggioranza delle decisioni, ossia la riduzione (in percentuale e a termine) del canone. In altri termini, la soluzione

²⁵ In una recentissima riflessione, ricca di spunti e riferimenti, di Di Marzio, *Il diritto civile nell'emergenza*, in AA.VV., *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi d'emergenza*, Donzelli, Roma, 2020, 84, proprio con riferimento all'obbligo di rinegoziare, in contesti e circostanze del tipo in esame, ritiene che "l'apporto del legislatore non è mai decisivo e non va sopravvalutato; nemmeno dovremmo tuttavia sottostimarlo. Una regola formale formalizzata è sempre della massima utilità". Ciò soprattutto quando, come nel caso specifico, la regola sull'obbligo di rinegoziare "apparterrebbe, come io credo che già ampiamente appartenga – afferma l'A. – alla logica del diritto civile".

²⁶ Mi permetto di rinviare a un precedente scritto (Macario, *Dalla risoluzione all'adeguamento del contratto. Appunti sul progetto di riforma del codice civile in tema di sopravvenienze*, in *Foro it.*, 2020, V, 102; ma si veda anche Sirena, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in *Jus*, 2020, 205), in cui si esamina la problematica della tutela (da quella di natura estintiva a quella invece conservativa), anche nella prospettiva della ipotizzata riforma, ossia del disegno di legge recante la "delega al Governo per la revisione del codice civile" (d.d.l. Senato n. 1151), con il "diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti". Si tratterebbe, se e quando la riforma dovesse vedere la luce, di un'integrazione (piuttosto che di una mera revisione) della disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, che tuttavia imporrebbe una modifica dell'intitolazione del relativo "capo" (il XIV del Titolo II), nel senso di esplicitare la rinegoziazione, l'adeguamento e, da ultimo, la risoluzione del contratto a seguito di eventi straordinari (quale sinonimo dell'espressione "eccezionali" ora utilizzata dal d.d.l.) e imprevedibili.

razionale trovata dal giudice *ex post*, diviene regola generale operante *ex ante*, così da evitare la proliferazione delle cause, simili nei presupposti e, verosimilmente, identiche negli esiti.

Se, ragionando con la più autorevole civilistica, il diritto civile oscilla (e, in ultima analisi, è destinato sempre più a realizzarsi nel confronto) “tra legge e giudizio”²⁷, si deve riconoscere che (nella vicenda in esame, se non altro) il primo dei poli dell’ipotetica dialettica è silente, mentre se ne auspicava la voce (ferma, naturalmente, l’esistenza comunque di un dato normativo formale, rinvenibile nelle disposizioni del codice civile). Il dibattito che dovrebbe esprimere la cifra, per così dire, del diritto civile attuale sembrerebbe svolgersi, pertanto, all’interno della componente giurisdizionale, che può, in ogni caso, interloquire con la dottrina (invece molto presente, sin dall’inizio, stante l’assoluta eccezionalità dello scenario), manifestando al pari di quest’ultima tendenze opposte, sempre sul piano più propriamente metodologico.

In questa dimensione, può cogliersi la seconda riflessione, riferibile al modo di operare della giurisprudenza e dunque delle dinamiche in cui si svolge oggi il diritto vivente di matrice giurisdizionale. Le decisioni romane cui s’è fatto cenno sono infatti davvero emblematiche della possibilità di sviluppare un’argomentazione, in ambito civilistico, in modo sostanzialmente antitetico, pervenendo al medesimo risultato di giustizia.

In primo luogo, di fronte a problematiche nuove, che richiedono comunque una buona dose di impegno e, va detto, anche di cultura nell’opera argomentativa del giudice, la *ratio decidendi* può svilupparsi sul piano rigorosamente formale, dunque rispettoso della logica – un tempo (neanche così lontano) priva di alternative, in quanto ritenuta dai giuristi ontologicamente connessa al diritto civile, quale sistema dogmaticamente ordinato – della fattispecie legislativamente tipizzata. Ciò avviene, con carattere peraltro esemplare, nel primo caso deciso dal tribunale romano, risolto in applicazione delle norme in tema di impossibilità sopravvenuta (che, tuttavia, il giudice ha dovuto declinare in modo sapiente e originale, ossia secondo l’ipotesi, non prevista espressamente dal legislatore, della temporanea e al tempo stesso parziale impossibilità)²⁸.

²⁷ Si riporta il titolo del prezioso contributo di Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

²⁸ Per una raffinata riflessione, condotta nella prospettiva logico-formale, si veda il contributo di Gentili, *Una proposta sui contratti d’impresa al tempo del Coronavirus*, cit., il quale, coerentemente con le premesse metodologiche del ragionamento, nega che al conduttore-imprenditore possa essere riconosciuta qualsiasi tutela, posto che l’interruzione dell’attività – di questo si tratta, in effetti, e non dell’inidoneità dell’immobile locato – rientra nella sua sfera di rischio.

Nel caso deciso più di recente, invece, alla medesima soluzione (consistente nella riduzione giudiziale del corrispettivo, in termini percentuali e per un tempo determinato) il giudice giunge attraverso la dichiarata adesione alla logica – certamente di stampo più funzionalista e comunque dotata di sempre maggior credito nella giurisprudenza di legittimità – delle clausole generali, operanti in connessione con i principi costituzionali (a cominciare dalla solidarietà sociale, di cui all’art. 2 Cost.)²⁹. In quella prospettiva, può essere valorizzata la figura dell’obbligo di rinegoziare, peraltro ormai accolta dal legislatore in diversi ordinamenti (come dimostra, da ultimo, la già ricordata riforma del codice civile francese) e per nulla estranea, del resto, anche al nostro sistema (si considerino, per un verso il disegno di legge delega cui s’è fatto cenno, per altro verso il tenore e i contenuti della recentissima “relazione tematica” dell’Ufficio del Massimario della Suprema Corte in tema di “sopravvenienze determinate dalla pandemia”, che schiude con decisione le porte della giurisprudenza, al suo livello più alto e autorevole, al principio di conservazione del contratto e alla rinegoziazione del contratto squilibrato, secondo le espressioni usate nella detta relazione)³⁰.

La contrapposizione metodologica, ben evidenziata dalla motivazione delle due decisioni, non sembra infine offrire argomenti seri a quanti ancora paventano i rischi d’incertezza di un diritto civile affidato all’evoluzione giurisprudenziale, mentre al contrario, proprio considerando le ordinanze romane richiamate, l’ideale controversia sul metodo (argomentativo) può essere ritenuta in fin dei conti virtuosa, se si guarda all’*iter* di formazione del diritto vivente. Ciò in primo luogo per l’ampiezza e la linearità, allo stesso tempo, dello stesso sviluppo dell’argomentazione (in entrambe le menzionate decisioni), con un significativo riscontro nel ricco dibattito dottrinale sviluppatosi ben prima che le questioni giuridiche giungessero innanzi ai giudici³¹.

²⁹ Si veda, per tutti, D’Amico, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 443, anche nella preziosa raccolta di saggi, su questioni e punti di vista diversi, che ruotano intorno alla medesima problematica, AA.VV., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, a cura dello stesso D’Amico, Milano, 2017, 93 ss.

³⁰ Si tratta della pregevole, in quanto ampia e documentata, “relazione tematica” n. 56 dell’8 luglio 2020 (redatta dal cons. dott. Salvo Leuzzi).

³¹ Si vedano, esemplificativamente, le prospettazioni, rispettivamente, di Cuffaro, *Le locazioni commerciali*, cit. (che propendeva per l’introduzione in via legislativa dell’obbligo di rinegoziare l’originario accordo contrattuale, mai attuato dal legislatore, dimostratosi incapace di cogliere l’occasione dell’emergenza per mettere alla prova strumenti giuridici innovativi come l’obbligo di rinegoziare, con il conseguente potere/dovere del giudice di modificare il contratto, ove le parti non raggiungano l’accordo) e di Salanitro, *La gestione del rischio contrattuale*, cit., nonché la riflessione di Tuccari, *Sopravvenienze e rimedi*, cit.

Per altro verso, occorre una volta di più prendere atto dell'inevitabilità che, al di là di nostalgici rimpianti per un diritto reso "certo" (e dunque prevedibile, nel suo risvolto applicativo) dalla disposizione legislativa, il processo di formazione ed evoluzione del diritto civile dei nostri giorni richieda, più che l'intervento del legislatore (in questo caso, s'è detto, certamente auspicabile, sia pure in *editio minor*, per così dire, ossia nella 'versione ridotta' della norma emergenziale sullo specifico conflitto d'interessi), l'impegno del giurista, tanto in sede dottrinale quanto nell'esperienza giurisdizionale, nella ricostruzione del sistema, che consenta di giungere, quale che sia l'opzione di metodo, alla soluzione razionale e coerente del problema.

Con un approccio di questo tipo occorrerebbe, a mio avviso, avvicinarsi alle questioni relative alla rinegoziazione dei contratti e agli obblighi di rinegoziare, senza il timore derivante dall'assenza della disposizione normativa esplicitata, dal momento che la razionalità giuridica non ha mai, nella storia, preteso la preesistenza della formalizzazione della regola da parte del legislatore.