

# Dottrina e attualità giuridiche

## Le rinegoziazioni

a cura di Gianluca Sicchiero\*

**Le rinegoziazioni: presentazione**, Gianluca Sicchiero

**Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione**, Gianluca Sicchiero

**La rinegoziazione dei mutui bancari**, Matteo De Poli

**Clausole di *hardship* e obbligo di rinegoziazione nei contratti internazionali**  
di Edoardo Alberto Rossi

**Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone**, Marco Ticozzi

**La rinegoziazione dei contratti di durata nelle crisi d'impresa**, Alessandra Zanardo

## Le rinegoziazioni: presentazione

Gianluca Sicchiero

Dopo che negli anni '90 iniziarono a circolare nel panorama letterario le tesi sulla rinegoziazione dei contratti di durata, si assistette ad un fiorire di teorie proporzionate al silenzio dei giudici.

Inizialmente si utilizzarono anche materiali cui ora quasi nessuno fa più riferimento: ad es. i lavori della Commissione Lando per la redazione di principi comuni di diritto privato europeo, un tempo riferimento inderogabile per ogni studio sull'argomento, oggi non più citati.

Certamente restano tutt'ora in essere i principi Unidroit, ma non è mai giunti nelle aule dei tribunali a ritenerli concretamente idonei a fondare un obbligo di rinegoziazione.

I legislatori erano infatti restii a codificare un obbligo talmente complesso; la riforma del BGB (segnatamente nel par. 313, *Störung der Geschäftsgrundlage*) aveva infatti parlato certamente delle sopravvenienze, ma senza consentire un intervento del giudice sul contratto, prevedendo solo il recesso della parte colpita<sup>1</sup>, con un meccanismo simile alla nostra risoluzione *ex art.* 1467 c.c.

Quello domestico aveva profilato, negli ultimi vent'anni, alcune regole che autorizzano i contraenti, in particolari fattispecie, a rinegoziare il contratto (ad es. l'art. 41-bis, D.L. n. 124/2019), come se occorresse una tale previsione per indurre le parti a discutere dei loro problemi; ma nulla più di questo.

Solo nel 2016 il legislatore francese ha fatto un passo in più, modificando l'art. 1195 c.c. con una soluzione innovativa<sup>2</sup>.

Insomma la materia sembrava destinata, almeno da noi, a rimanere nell'ambito degli studi teorici, cui non erano però mai seguite concrete applicazioni pratiche.

Il Covid ha improvvisamente fatto riemergere la questione delle sopravvenienze e questa volta non solo tra gli autori, che subito hanno affrontato il problema<sup>3</sup>, ma anche in giurisprudenza, posto che di fronte ai due isolati precedenti del 2011, citati nei singoli contributi, vi è stato anzitutto un approfondito documento di studi dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione<sup>4</sup>, accompagnato da una serie di pronunce sia pure contrapposte, dato che il legislatore dell'emergenza aveva dettato solo un'inutile disposizione

\* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

<sup>1</sup> La disposizione indica che "(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse

das Recht zur Kündigung".

<sup>2</sup> 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.

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.

<sup>3</sup> Basti vedere il fascicolo di *Giur. It.*, ottobre 2020, 2287 e segg., "Questioni di diritto civile all'epoca del coronavirus" e i due fascicoli on line Emergenza covid di *Giust. Civ. Com.*

<sup>4</sup> Relazione n. 56 in data 8 luglio 2020, "Novità normative sostan-

sulla rilevanza, agli effetti dell'art. 1218 c.c., degli impedimenti dovuti all'epidemia.

Il vero snodo – quantomeno a titolo di precedente da cui pare oggi impossibile indietreggiare – si coglie però con l'ultimo rinvio dell'entrata in vigore codice delle crisi di impresa, dato che il D.L. n. 118/2021 ha testualmente previsto nell'art. 10 un'ipotesi di obbligo di rinegoziazione, il cui fallimento attribuisce al giudice compiti di intervento

equitativo, come indica la più recente tesi che vede nell'equità *ex art. 1374 c.c.* e non nella buona fede il fondamento (a certe condizioni) di un tale potere.

Forse siamo all'inizio di un nuovo percorso, di cui nelle pagine seguenti si darà un resoconto riferito ai diversi ambiti in cui questi meccanismo di intervento sulle sopravvenienze ha trovato spazi operativi più o meno ampi.

## Recenti interventi e proposte in tema di rinegoziazione

Gianluca Sicchiero

L'articolo affronta il tema della rinegoziazione, rilevando che l'intervento del giudice per evitare le conseguenze delle sopravvenienze eccezionali ed imprevedibili non può essere fondato sul principio di buona fede contrattuale, ma eventualmente sul suo potere di integrare equitativamente il contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c., come ora conferma, sia pure per certe fattispecie, l'art. 10 del d.l. n. 118/2021.

### Il tema delle sopravvenienze

Quando sul finire degli anni '30 si discusse dei contenuti che avrebbe dovuto avere il nuovo codice civile, vi fu chi avanzò la proposta di regolare gli effetti delle sopravvenienze non disciplinate dal contratto<sup>1</sup>, ma la proposta fu disattesa.

Al di là della retorica che spesso connota il linguaggio della Relazione, la scelta opposta fu motivata sul rilievo che ogni contratto comporta un'alea che spetta alle parti regolare; solo un eccesso intollerabile e non prevedibile avrebbe giustificato un intervento del giudice, però esclusivamente di carattere demolitorio, secondo il meccanismo che venne accolto nell'art. 1467.

Infatti il n. 665 della Relazione chiarisce che, imponendosi una "rigida valutazione obiettiva del concetto di eccessiva onerosità" si "esclude il pericolo di eccessi" in quanto essa "non opera quando non è superata l'alea normale del contratto (art. 1467, secondo comma)".

E non c'è dubbio tra gli autori che "i redattori del codice avevano davvero inteso adottare il principio rigoroso secondo il quale, con la sola eccezione del caso di sopravvenienza dell'imprevedibile, il debitore è tenuto fino al limite dell'impossibilità"<sup>2</sup>.

Di qui, allora, la duplice conseguenza per cui le sopravvenienze<sup>3</sup> che non colpiscano in quel modo lo scambio, restano a carico di chi le subisce<sup>4</sup> mentre, qualora superino l'argine, consentirebbero solo di ottenere lo scioglimento

del contratto, giammai il suo riadeguamento: almeno secondo un orientamento durato decenni senza scossoni<sup>5</sup>, sebbene le riflessioni sugli effetti delle sopravvenienze siano state un argomento centrale della civilistica italiana già dagli anni '70 in poi<sup>6</sup>.

Vero è che le sopravvenienze effettivamente vanno considerate alla luce dell'imprescindibile alea che la vita porta sempre con sé<sup>7</sup>, sicché il pretendere di regolarle sempre, anche se di scarso rilievo, avrebbe creato un meccanismo opprimente e paternalistico che forse avrebbe contentato una metà del cielo ma non l'altra.

Non è un caso infatti, ad es., che nel contratto d'appalto le varianti necessarie all'esecuzione del progetto, così come le variazioni dei costi, rilevino solo quando superino una certa soglia (artt. 1660 e 1664), perché al di sotto di quella non è parso opportuno consentire di rimettere mano *ope iudicis* all'accordo.

D'altro canto senza una qualsivoglia soglia di irrilevanza delle sopravvenienze, si darebbe vita ad un effetto perverso di impossibilità, per le imprese, di programmare la propria attività, solo a pensare come tutti i contratti sarebbero per ciò solo soggetti a modifiche continue, impedendo quindi di calcolare anticipatamente i valori dei costi e ricavi della propria attività, sia pure con un margine di rischio che l'imprenditore può in parte controllare con i meccanismi delle riserve e dei fondi.

Tutt'altra questione è invece quella delle sopravvenienze intollerabili, che sconquassano la vita delle persone senza

ziali del diritto 'emergenziale' anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale".

<sup>1</sup> Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938, 309 e segg., spec. 371 e segg.

<sup>2</sup> Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, rist. 1975, 394 ed *ivi* n. 90 per le indicazioni della letteratura fino al 1969.

<sup>3</sup> Sulla nozione v. Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali*, Padova, 2004, 7 e segg., 29 e segg.; Gallarati, *La resilienza del contratto*, Torino, 2020, 69 e segg.

<sup>4</sup> Per una diversa opzione v. Al Mureden, *op. cit.*, 148.

<sup>5</sup> E che si riflette anche oggi in decisioni come quella di Cass. civ. 6 gennaio 2018, n. 2047: nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, *ex art. 1467, 1° comma, c.c.*, purché non abbia già eseguito la propria prestazione, ma

non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio, la quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio con l'azione di risoluzione, ai sensi del 3° comma della medesima norma, in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite.

<sup>6</sup> V. ad es., oltre a Bessone, *op. cit.*, Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale*, Milano, 1979; Alpa-Bessone-Roppo, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, Napoli, 1982; Tartaglia, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1987; E. Gabrielli, *Alea e rischio contrattuale*, Napoli, 1997.

<sup>7</sup> E dunque non si considerano le sopravvenienze autoindotte, cioè causate dal comportamento della parte danneggiata: Al Mureden, *op. cit.* 104 e segg.

che si potesse prevedere in anticipo quanto accaduto poi, per poterle in qualche modo regolare in anticipo: basti citare l'attentato alle due torri gemelle del 2001 o gli effetti della pandemia Covid del 2020 o la recente invasione dell'Ucraina per essere certi che nessuno può conoscere in anticipo ciò che mai è accaduto prima.

Qui le opzioni sono diverse; il nostro legislatore ha deciso, o almeno così si è pensato per molto tempo, che il contratto si possa solo demolire, ma appunto non sono rare le voci che ritengono che si tratti di una scelta da modificare, proponendo che "il rimedio revisionale abbandoni il ruolo proprio dell'eccezione per assumere dignità di regola generale"<sup>8</sup>.

Per qualcuno, anzi, non occorrerebbe forzare il dato normativo perché quel rimedio sarebbe insito nel sistema e si ricaverebbe dalla regola generale della buona fede contrattuale, che imporrebbe alla parte avvantaggiata di rinegoziare i contratti modificati dalle sopravvenienze, secondo un orientamento che risale agli anni '90<sup>9</sup>.

Da queste letture è sorto un ampio dibattito che ha visto contrapposti due orientamenti della letteratura, cui la giurisprudenza è rimasta sostanzialmente estranea<sup>10</sup> fino all'esplosione della pandemia del 2020, quando probabilmente sono emerse da un lato esigenze sociali di portata generale e, dall'altro, sono maturate nei magistrati di merito le tesi sostenute 30 anni prima dalla letteratura<sup>11</sup>.

Ve però segnalato un terzo filone, che ha evidenziato come il tema delle sopravvenienze possa essere affrontato anche da altro punto di vista, diverso da quello della funzione che si voglia ricondurre alla buona fede: ovvero attribuendo all'equità (art. 1374 c.c.) non più un ruolo meramente ricognitivo di poteri già spettanti al giudice - dunque sterilizzando la norma-, ma dando spazio al potere di

intervento che, a quelle specifiche condizioni, il codice già legittima<sup>12</sup>.

Si tratta quindi di verificare le motivazioni delle contrapposte tesi sulla possibilità, per il giudice, di regolare le sopravvenienze in modo diverso dalla sola risoluzione ex art. 1467 c.c., tenendo conto di orientamenti che la giurisprudenza ha fatto propri negli ultimi due anni; è però opportuno vagliare anzitutto i rimedi consensuali alle sopravvenienze, perché il loro scopo dovrebbe essere proprio quello di prevenire la controversia.

### Le clausole di rinegoziazione

Il mondo del commercio conosce già da molto tempo clausole di rinegoziazione, dette talora anche *hardship clause*<sup>13</sup>, dirette a regolare le sopravvenienze e che si distinguono dalle c.a. clausole di forza maggiore<sup>14</sup>, essendo queste invece dirette ad esonerare un contraente dalla responsabilità per inadempimento.

Trattandosi di clausole nascenti nella prassi, non ne esiste una formulazione tipica a parte quelle predisposte dalla Camera di commercio internazionale (ICC)<sup>15</sup> o da altre organizzazioni del commercio internazionale.

Per lo più tali clausole prevedono un obbligo dei contraenti di ridiscutere il contratto in presenza di sopravvenienze che incidano sullo scambio.

Il tema delle clausole di rinegoziazione<sup>16</sup>, peraltro, non pone problemi di ammissibilità del patto<sup>17</sup>, come indica la giurisprudenza: "anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il ri-

<sup>8</sup> Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, nel *comm. Schlesinger*, Milano, 1995, 245; v. anche le osservazioni di Tommasini, voce "Revisione del rapporto (diritto privato)", in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 114 e segg., 117 e segg. e di Bessone, *op cit.*, 48-51; 394 e segg.; di Pamphilis, *Rinegoziazione e default rule*, Bologna (Bononia press), 2020, 53 e segg.

<sup>9</sup> Il nuovo orientamento, com'è noto, si deve principalmente agli studi di Gallo, *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, che affronta il problema dal profilo comparatistico, il cui sunto è nella voce "Revisione del contratto", *Digesto Civ.*, XVII, Torino, 1998, 431 e segg. e di Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, ma non sono i soli del periodo; v. ad es. Gorni, *Le clausole di rinegoziazione*, in AA.VV., *Il conflitto del golfo e i contratti di impresa* a cura di Vaccà, Milano, 1992 mentre la produzione successiva è vastissima, qui è possibile indicare solo alcune delle voci che si sono seguite. Che non si tratti invece di principio generale è detto ad es. da Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2003, 706.

<sup>10</sup> Del tutto isolate, fino al 2020, decisioni come quella di Trib. Bari, 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571, con commento adesivo di F.P. Patti, per cui "in base alla clausola generale di buona fede sussiste l'obbligo di rinegoziare il contenuto del contratto, in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario, potendo il giudice, in caso di inadempimento dell'obbligo, costituire con sentenza gli effetti del contratto modificativo che sarebbe risultato all'esito della rinegoziazione condotta secondo buona fede o, nell'ambito di un procedimento cautelare, condannare l'inadempiente ad eseguire la prestazione cui la parte sarebbe tenuta in forza della rinegoziazione, e corroborare la condanna mediante una penale giudiziale". Altra è Trib. Ravenna, 11 maggio 2011, in *Dir. Maritt.*, 2013, 642 così (malamente) massimata: "poiché l'obbligo di eseguire il contratto secondo

buona fede ha natura contrattuale, tale natura deve riconoscersi alla violazione di tale obbligo costituita dal rifiuto di rinegoziazione del contratto (nella specie, di noleggio) in corso tra le parti ed è quindi applicabile la clausola del contratto che attribuisce competenza esclusiva alle corti inglesi".

<sup>11</sup> L'intervento della Cassazione nel medesimo senso si legge ora non in una sentenza ma in un documento diverso, ovvero la Relazione tematica 8 luglio 2020, n. 56, dal titolo "Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e consuetudine", 20 e segg. a firma del cons. S. Leuzzi, reperibile sul sito della Cassazione.

<sup>12</sup> Sicchiero, *L'equità correttiva*, in *Contratto e Impresa*, 2021, 1074 e segg.

<sup>13</sup> Su queste v. ad es. Gorni, *op cit.*, 45 e segg.; Tartaglia, *op cit.*, 80 e segg.; Terranova, *op cit.*, 145 e segg.; Guerinoni e Maniaci, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. e Prat. Società*, 1999, 25 e segg.; Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 540 e segg.; ampiamente Frignani, in particolare nella voce "Hardship clause", in *Digesto Comm.*, VI, Torino, 1991, 446 e segg.

<sup>14</sup> Si possono ad es. vedere le due clausole nel sito [icc.italia.org](http://icc.italia.org).

<sup>15</sup> V. ad es. Terranova, *op cit.*, 247 e segg.

<sup>16</sup> Su cui, a parte la letteratura sulle *hardship*, v. ad es. D'Angelo, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992, 291 e segg.; Macario, *op cit.*, 169 e segg.; Cesaro, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

<sup>17</sup> Cesaro, *op cit.*, 58 e segg.; si segnala anzi che queste non sarebbero inutili in quanto pleonastiche, svolgendo invece funzioni diverse, tra cui ad es. l'affidamento sull'adempimento dell'obbligo che impedirebbe di domandare subito la risoluzione del contratto: Landini, *Vinculatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, in *Contratto e Impresa*, 2016, 189 e segg.

schio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, la applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti dall'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 c.c.)<sup>18</sup>.

Semmai si tratta di affrontare il tema della sua determinatezza da un lato e delle modalità di esecuzione coattiva dall'altro.

Ad es. la sezione 6 dei Principi Unidroit regola in questo modo le sopravvenienze all'art. 6.2.2.: "ricorre l'ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata".

Come si vede si tratta di precetto estremamente vago, tanto che svariate pagine dei principi che seguono la regola spiegano come la clausola stessa vada intesa<sup>19</sup>.

Inoltre l'art. 6.2.3. prevede che "(1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio". A parte che l'indicazione di come decidere la controversia può essere vincolante per un arbitro che debba applicare questi Principi, mentre ogni giudice togato li utilizzerà solo se il suo ordinamento non ponga limiti a queste facoltà, emerge comunque fin da subito uno dei problemi centrali della rinegoziazione, ovvero cosa debba intendersi per possibilità di "modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio".

Da questo punto di vista, infatti, la presenza di clausole *hardship* appare oggi un requisito non indispensabile per

giustificare un intervento del giudice in caso di sopravvenienze, almeno per quella parte della letteratura che ammette un obbligo immanente al sistema e della giurisprudenza di merito che si sta ugualmente orientando per l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione in base al principio di buona fede.

Anzi, se si considera che un obbligo legale di rinegoziazione, ove esistente, avrebbe semmai gli stessi problemi di ogni altra clausola generale dalla trama aperta, non dovrebbe allora discutersi della validità di un tale patto in ragione della sua indeterminazione<sup>20</sup>, trattandosi semmai di individuare meccanismi di concreto funzionamento, laddove il patto non rimetta la decisione ad un terzo, rendendo la sua scelta insindacabile al di fuori del dolo o della mala fede.

### **Obbligo (legale) di rinegoziazione: le tesi favorevoli**

Come anticipato, da ormai trent'anni vi è una parte autorevole della letteratura che ritiene che il principio di buona fede contrattuale imponga alle parti di rinegoziare le sopravvenienze e legittimi l'intervento del giudice sul merito del contratto al fine di eliminare gli effetti negativi delle sopravvenienze<sup>21</sup>.

Tale intervento – si ritiene – non sarebbe "in contrasto, ma, al contrario, rispettoso dell'autonomia negoziale delle parti perché... assecondando l'esigenza propria dei contratti di lungo periodo, consente la realizzazione e non l'alterazione della volontà delle parti"<sup>22</sup>.

Si tratta delle ipotesi in cui l'intervento si giustifica sull'assenza di regole pattizie<sup>23</sup>, mancanza che induce gli autori a parlare di incompletezza del contratto<sup>24</sup>.

In realtà sono state segnalate anche regole ulteriori che dovrebbero corroborare la tesi dell'esistenza di un obbligo generale di rinegoziazione<sup>25</sup>; ad es. l'art. 1623 c.c. per le modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale di affitto: ipotesi in cui la mutazione (*cave!*) causata da una disposizione di legge o da un provvedimento amministrativo che ne determini una "notevole" modifica delle condizioni economiche consente di chiedere "un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto"<sup>26</sup>.

Vi è anche la norma contenuta nell'art. 1710 c.c., che impone al mandatario di rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modificazione del mandato: segno che al mandante è riservata appunto la possibilità di modificare in tal caso il contenuto del contratto<sup>27</sup>; sempre nella stessa scia si citano

<sup>18</sup> Cass. civ., 26 gennaio 1993, n. 948, in *Giust. civ.*, 1993, I, 3021.

<sup>19</sup> Avvisa ad es. Frignani, *op. cit.*, 459 e segg., "non ogni circostanza (esterna alle parti) verrà presa in considerazione, ma solo quella in cui le conseguenze dell'evento producono uno sconvolgimento nell'equilibrio del contratto".

<sup>20</sup> Dubbi su questa indeterminazione sono avanzati, *ex multis*, ad es. da Rescigno, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato, patologie dei contratti e rimedi*, Milano, 1992, 305; Tartaglia, *op. cit.*, 84-85; Gorni, *op. cit.*, 72.

<sup>21</sup> Gallarati, *op. cit.*, 89, parla di "complessiva insoddisfazione" della letteratura per la presenza di soli rimedi demolitori nel codice; così anche Marasco, *op. cit.*, 545.

<sup>22</sup> Marasco, *op. cit.*, 552-553, che però ritiene che l'obbligo di rinegoziare in buona fede non comporti l'obbligo di concludere la trattativa (*ivi*, 560 e segg.) sicché l'intervento del giudice sarebbe ammissi-

bile solo laddove una "clausola rinegoziativa fornisca i precisi parametri ai quali le parti devono attenersi nell'adeguare il contratto" (*ivi*, 567).

<sup>23</sup> V. ad es. Roppo, *Il contratto*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 972; Marasco, *op. cit.*, 545 e segg.

<sup>24</sup> Sul tema dell'incompletezza e dell'assenza di patto v. Gallarati, *op. cit.*, 32 e segg.; Fici, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005, 131 (ove si nega alcun ruolo della buona fede in proposito); Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Milano, 2000, 83.

<sup>25</sup> Che siano invece disposizioni eccezionali era stato detto fin da subito da Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, 208, anche oggi si dice che da quelle disposizioni non si può trarre una regola generale che deponga per la rinegoziazione: Gentili, *op. cit.*, 708.

<sup>26</sup> In argomento *amplius* Tommasini, voce cit., 116-117.

<sup>27</sup> Macario, *op. cit.*, 125.

l'art. 1560 per l'entità della somministrazione<sup>28</sup>, gli artt. 1897 e 1898 c.c., che disciplinano la modifica del rischio nel contratto di assicurazione<sup>29</sup>, oltre ad una serie di disposizioni contingenti — dunque forse non così decisive<sup>30</sup> che si sono seguite nel tempo di fronte a problematiche specifiche<sup>31</sup>.

Il legislatore del 2021, inoltre, nel rinviare l'entrata in vigore del codice delle crisi d'impresa, ha disciplinato subito la rinegoziazione dei contratti dell'imprenditore in crisi (art. 10, D.L. n. 118/2021)<sup>32</sup>, sicché ora vi è indubbiamente una disposizione di carattere generale, ancorché operante nell'ambito dell'insolvenza dell'imprenditore, che si riferisce testualmente alla rinegoziazione e non a poteri attribuiti unilateralmente ad un determinato soggetto del rapporto, di incidere subito sul suo contenuto<sup>33</sup>.

Le tesi che ritengono esistente un principio generale di obbligo di rinegoziazione valorizzano indubbiamente, portandole all'esito forse più estremo, le riflessioni sul fatto che "il fenomeno dell'integrazione contrattuale, ben collegato al principio di conservazione, si traduce sempre più nella prevalenza del raggiungimento del risultato e quindi dell'esecuzione specifica rispetto alla risoluzione e al risarcimento"<sup>34</sup> al punto che "se il codice civile italiano non menziona espressamente la sopravvenienza generica, il sistema preso nel suo insieme non lascia l'interprete completamente senza aiuto"<sup>35</sup>.

In altre parole, la rinegoziazione troverebbe le proprie radici nel principio di conservazione del contratto<sup>36</sup>, che però non sempre viene valorizzato, almeno per chi ritenga

che, fallita la rinegoziazione cui le parti sono tenute, il soggetto svantaggiato potrebbe pur sempre domandare la risoluzione del contratto<sup>37</sup>.

Altra ragione idonea a giustificare l'obbligo legale di rinegoziazione deriverebbe anche da un principio di efficienza economica, in base al quale si trarrebbe la regola che è più funzionale il sistema che consente la traslazione del rischio in capo al beneficiario finale della prestazione, al quale rimarrebbe tuttavia riservata la scelta se mantenere in vita il contratto adeguato alle nuove circostanze o liberarsi dall'affare perché non più conveniente, salvo il risarcimento dei danni<sup>38</sup>.

Durante il periodo del Covid più di una decisione ha ritenuto possibile intervenire sul contratto laddove le parti non avessero rinegoziato il canone della locazione, riducendolo per un determinato periodo<sup>39</sup>.

### Le tesi contrarie

Varie voci sono contrarie all'obbligo di rinegoziare, a cominciare da chi nega che la buona fede consenta un intervento sul merito del contratto<sup>40</sup>.

Vi inoltre chi vede nel contratto il massimo della concessione che ogni parte faccia all'altra, sicché l'alea delle sopravvenienze sarebbe già allocata, tale restando fino all'estremo che consente lo scioglimento ex art. 1467 c.c. ma non la sua rideterminazione<sup>41</sup>, che il codice non prevedrebbe<sup>42</sup>.

Altri rilevano invece che, anche ad ammettere un tale

<sup>28</sup> Macario, *op cit.*, 103 e segg.

<sup>29</sup> Macario, *op cit.*, 126-127.

<sup>30</sup> Così infatti Maniaci, nel *Commento* a Cass. civ., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Contratti*, 2001, 164; Tommasini, *op cit.*, 123-124.

<sup>31</sup> Ad es., l'art. 55, 9° comma, L. 27 dicembre 1997, n. 449 (ancora in vigore essendo stata abrogata la relativa abrogazione), che ha imposto alle amministrazioni pubbliche di rinegoziare "i contratti di fitto locali attualmente in essere con i privati con l'obiettivo di contenere la relativa spesa almeno nella misura del 10 per cento rispetto al canone di locazione vigente" (su cui v. Nardone, *La rinegoziazione del canone di fitto nei contratti di locazione della p.a. ai sensi dell'art. 55, 9° comma, l. 27 dicembre 1997, n. 449*, in *Riv. Amm.*, 1999, 141); il D. L. 27 ottobre 1995, n. 444, che all'art. 5 consente agli enti locali di "rinegoziare il capitale residuo dei mutui" contratti (ancora vigente); l'art. 46, L. 23 dicembre 1999, n. 488, che aveva autorizzato il ministero del tesoro "a rinegoziare, in favore di tutti i soggetti interessati, entro il 31 marzo 2000, i mutui con oneri a totale o parziale carico dello Stato le cui condizioni siano disallineate rispetto a quelle medie praticate sul mercato per operazioni analoghe".

<sup>32</sup> Su cui v. ad es. Sbisà, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contratto e Impresa*, 2022, spec. 22 e segg.

<sup>33</sup> Oltre alla disposizione citata vi è anche l'art. 9-novies, D.L. n. 41/2021, aggiunto dalla legge di conversione e poi subito modificato dal D.L. n. 73/2021, in base al quale "nei casi in cui il locatario non abbia avuto diritto di accedere, a partire dall'8 marzo 2020, ad alcuna delle misure di sostegno economico adottate dallo Stato per fronteggiare gli effetti delle restrizioni imposte dall'emergenza epidemiologica da Covid ovvero non abbia beneficiato di altri strumenti di supporto di carattere economico e finanziario concordati con il locatore anche in funzione della crisi economica connessa alla pandemia stessa, il locatario e il locatore sono chiamati a collaborare tra di loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nel corso del 2021". Il legislatore non ha detto però cosa accada se questa rideterminazione non avvenga.

<sup>34</sup> Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*,

2001, 244; v. anche F.P. Patti, *Commento*, cit., 582;

<sup>35</sup> Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 1710; de Pamphilis, *op cit.*, 58 e segg.

<sup>36</sup> Cfr. Macario, *op cit.*, 132 e segg.

<sup>37</sup> de Pamphilis, *op cit.*, 75, 79 il che potrebbe indurre la controparte ad offrire la riconduzione ad equità dello scambio; ma questa soluzione è proprio il contrario di ciò che vuole che ritiene che la funzione sia manutentiva (come indica lo stesso a., *ivi*, 69 e segg.), perché la parte che ha trattato e non accettato l'altrui proposta, ben difficilmente deciderà di offrire un riadeguamento ad equità, rischio che invece si vuol evitare. La diversa soluzione suggerita poi *ivi*, 76 è fondata su un errore: il prospettato possibile accoglimento della domanda riconvenzionale di risoluzione per inadempimento della parte svantaggiata, fondato sulla valutazione di inidoneità dell'offerta di riconduzione ad equità del contratto, non avverte che la proposta di riconduzione ad equità è avanzata esattamente da chi chieda in via riconvenzionale la risoluzione del contratto appunto per l'inadempimento dello svantaggiato: non è questo che deve proporre la riconduzione ad equità, è l'altra parte.

<sup>38</sup> Gallo, *op. cit.*, 385 e segg., spec. 389, 394, 444-445 e, per l'obbligo di risarcimento, 397, 406-407, 417.

<sup>39</sup> Trib. Lecce, 24 giugno 2021, in *Contratti*, 2022, 51; Trib. Milano, 21 ottobre 2020, in *Contratti*, 2021, 161; in letteratura v. ad es. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, in *Giust. Civ. Com., Emergenza Covid-19*, 2020, 4 e segg.; Cuffaro *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Emergenza Covid-19*, in *Giust. Civ. Com.*, 2020, 236.

<sup>40</sup> V. ad es. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 8, 13, ma anche Gentili, *Il diritto come discorso*, nel *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano., 2013, 407 e segg.

<sup>41</sup> Per i meccanismi processuali che regolano il funzionamento di questa regola v. E. Gabrielli, *Studi sulle tutele contrattuali*, Milano, 2017, 95 e segg.

<sup>42</sup> Ad es. E. Gabrielli, *op cit.* 112, che aderisce alle indicazioni di Rescigno, *op cit.*, 299 e segg.; Gentili, *La replica della stipula ecc.*, cit., 708 e segg.; Fici, *op cit.*, 140 e segg.

obbligo<sup>43</sup>, “l’obbligazione descritta è di mezzi e non di risultato in quanto le parti non sono tenute a raggiungere un accordo, ma solamente a negoziare”<sup>44</sup>, non consentendo la sua violazione altro che l’eventuale risarcimento dei danni<sup>45</sup>, senza margine alcuno al giudice per sostituirsi alle parti ove la rinegoziazione non produca esito positivo.

Ed è valutazione che trova spazio nelle decisioni<sup>46</sup>.

Né il richiamo alle ragioni dell’economia o dell’efficienza è ritenuto criterio idoneo a fondare un tale obbligo<sup>47</sup>, visto che è proprio l’economia a chiedere al diritto quale debba essere la regola da applicare ai conflitti tra i soggetti<sup>48</sup>, problema la cui soluzione non rappresenta mai una scelta di razionalità ma di politica<sup>49</sup>. Chi affronta il tema dal profilo dell’analisi economica del diritto evidenzia anzi le inefficienze che l’obbligo di rinegoziare creerebbe<sup>50</sup>.

Anche la legge indica talora che il creditore non è tenuto ad accettare la proposta di rinegoziazione; l’art. 41-*bis*, D. L. n. 124/2019 consente al debitore che sia consumatore, di chiedere la rinegoziazione dei mutui relativi all’acquisto della prima casa ma di fronte alla proposta formulata rispettando i criteri di legge, il quinto comma indica che “il creditore o, nei casi di cui al 3° comma, il finanziatore svolge una valutazione del merito di credito nel rispetto di quanto previsto nella disciplina di vigilanza prudenziale ad esso applicabile, all’esito della quale può accettare la richiesta di rinegoziazione o di finanziamento, a condizione che il suo contenuto sia conforme alle previsioni di cui al 2° comma e previa verifica con esito positivo del merito creditizio del debitore ovvero, nei casi regolati dal 3° comma,

del destinatario del finanziamento. L’istanza può essere avanzata una sola volta a pena di inammissibilità”.

Al di là del fatto che la disposizione sembra limitare senza ragione la facoltà delle parti di rinegoziare liberamente un mutuo, resta il fatto che sia pure quando sussistano tutti i requisiti, il creditore può – ma non deve – accettare la richiesta.

Queste tesi si pongono quindi in senso contrario a modifiche coattive del rapporto in ragione delle conseguenze causate dalle sopravvenienze<sup>51</sup>.

### L’intervento del giudice fondato sull’equità

Una terza lettura, da ricondurre a quelle che non condividono le tesi sull’obbligo di rinegoziazione, rileva come il legislatore abbia già preso in considerazione un potere correttivo del giudice sul merito del contratto, che si fonda sull’assenza simultanea di una specifica regola che disciplini il caso e di un patto dalla medesima funzione<sup>52</sup>, potere che riposa sulla norma che disciplina il contenuto del contratto (art. 1374 c.c.)<sup>53</sup>.

In questo senso, anzitutto la sopravvenienza deve manifestarsi come evento eccezionale che consentirebbe lo scioglimento del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, restando invece le conseguenze di minor intensità allocate sul soggetto che ne sia colpito, secondo la distribuzione operata dai patti accettati e, in mancanza, dall’allocazione che la conformazione legale (del contratto se tipico) porta con sé.

Arrivati a quel punto e ritenuto che la regola della solidarietà costituzionale consenta effettivamente di prospettare rimedi manutentivi<sup>54</sup>, accanto a quello espressamente

<sup>43</sup> Ma per l’inammissibilità di una condanna ad un fare in cui consiste l’obbligo di cooperare per il raggiungimento dell’accordo v. ad es. Guerinoni, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007, 201 e segg.

<sup>44</sup> Gorni, *op cit.*, 56; Sicchiero, voce “La rinegoziazione”, in *Digesto Civ., Appendice di aggiornamento* (II), Torino, 2003, 1200 e segg.; Marasco, *op cit.*, 560, 571.

<sup>45</sup> Gentili, *op cit.*, 714; c’è infatti che rileva come “in dottrina non parrebbe esserci assoluta chiarezza sul rimedio attivabile ... laddove il creditore si rifiuti di rinegoziare o la trattativa fallisca”: Gallarati, *op cit.*, 93, che riassume così una delle eccezioni più frequenti. Lo indicava anche Galgano, *op cit.*, 580-581, rilevando peraltro che la soluzione sarebbe potuta cambiare in relazione alle “tendenze evolutive della nostra giurisprudenza”. Autorevolmente si propone però che, in caso di inadempienza all’obbligo di rinegoziare, la sentenza potrebbe condannare al risarcimento del danno commisurandolo sulla misura dell’assetto adeguato alle sopravvenienze, cui l’altra parte non si sia prestata (Roppo, *op cit.*, 973; ma su questa proposta v. Gentili, *op cit.*, 719 e segg.; Marasco, *op cit.*, 574 e segg.).

<sup>46</sup> Ad es. T.A.R. Campania, Napoli, 21 gennaio 2022, n. 429 (in banca dati Leggi d’Italia) “il rinegoziare vuol dire impegnarsi a porre in essere tutti quegli atti che, in relazione alle circostanze, possono concretamente consentire alle parti di accordarsi sulle condizioni dell’adeguamento del contratto, alla luce delle modificazioni intervenute. I criteri dai quali desumere il comportamento delle parti, nel corso delle trattative destinate alla rinegoziazione del contratto, devono ritenersi anche in quest’occasione offerti dalla clausola generale di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.), che non è regola sul contenuto ma giustappunto sulla condotta. Senonché l’obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è 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 riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell’economia del contratto”.

<sup>47</sup> Gentili, *op cit.*, 709-710.

<sup>48</sup> Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 11 e segg. (e, con riferimento al contratto (sia pure evidenziando la reciprocità dell’influenza), D’Angelo, *op cit.*, 58 e segg.

<sup>49</sup> Che si tratti di scelta politica è rilevato dallo stesso Gallo, *op cit.*, 387; v. anche Schlesinger, *Intervento*, in *Confini attuali dell’autonomia privata* a cura di Belvedere e Granelli, Padova, 2001, 175 e segg.; Alpa, voce “Rischio”, (*dir. vig.*), in *Enc. Dir.*, Milano, XL, 1989, 1147, 1154.

<sup>50</sup> V. di recente Gallarati, *op cit.*, 141 e segg.

<sup>51</sup> Tra i giudici di merito v. ad es. Trib. Roma, 5 gennaio 2022 (in banca dati Leggi d’Italia); Trib. Biella, 17 marzo 2021 (*inv*); Trib. Roma, 19 febbraio 2021 (*inv*); Trib. Roma, 27 agosto 2020, in *Giur. It.*, 2020, 2433.

<sup>52</sup> Per Cass. civ., 4 febbraio 2021, n. 2622, nei contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull’equilibrio delle prestazioni, ed assumeme, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l’effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, la applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell’ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 c.c.). L’assunzione del suddetto rischio supplementare può formare oggetto di una espressa pattuizione, ma può anche risultare per implicito dal regolamento convenzionale che le parti hanno dato al rapporto e dal modo in cui hanno strutturato le loro obbligazioni.

<sup>53</sup> Sicchiero, *L’equità correttiva*, cit., 1188 e segg. (cui rinvio per le citazioni pertinenti al tema dell’equità) – e così forse si supera la giusta obiezione che “creazione ed attuazione della regola sono logicamente incompatibili” (Gentili, *op cit.*, 718); la tesi su questa funzione dell’equità si contrappone alla lettura prevalente, che la intende come norma ricognitiva di poteri integrativi già previsti da altre regole (v. ad es. Marasco, *op cit.*, 563).

<sup>54</sup> Mi pare davvero illuminante, in tal senso, la funzione che la corte costituzionale tedesca attribuisce alle clausole generali, ovvero di co-

codificato della demolizione del contratto, il giudice sarebbe già munito del potere, se richiesto, di ricondurre lo scambio ad equità per tutto il tempo in cui la sopravvenienza manifesti i propri effetti<sup>55</sup>.

La scelta dell'equità si fonda quindi sul miglior funzionamento del potere di intervento, rispetto a quello che richiami a propria giustificazione la buona fede, che fino ad oggi è stata intesa da un lato come obbligo di compiere tutto ciò che non comporti un'apprezzabile sacrificio dei propri interessi<sup>56</sup> e, dall'altro, come regola che consente di paralizzare un comportamento malizioso, fino a prevedere il conseguente risarcimento del danno, ma giammai nel senso di attribuire poteri di intervento al giudice<sup>57</sup>, dato che la buona fede "non è regola sul contenuto ma sulla condotta"<sup>58</sup>.

In secondo luogo perché l'obbligo di rinegoziazione, se ammesso, arriverebbe solo al punto di imporre alle parti di discutere le modifiche al rapporto, ma non potrebbe mai pretendere il loro accordo sicché, se questo mancasse, date le difficoltà di individuare un parametro di giudizio che riguardi il dissenso di un contraente alle modifiche, quando magari le abbia trattate fino allo sfinimento, si tornerebbe al punto di partenza<sup>59</sup>.

L'intervento del giudice, a questo punto, dovrebbe anzitutto configurare una nozione diversa di buona fede; dall'altro arriverebbe dopo aver perso inutilmente tempo nel far discutere le parti e con l'appena richiamata difficoltà di giudicare chi sia davvero in mala fede.

### L'esercizio del potere di intervento del giudice

Il punto di maggior difficoltà delle tesi che configurano un intervento del giudice sta nello stabilirne i confini, per il tenuto rischio di decisioni arbitrarie che comportino esiti abnormi, specie per l'assenza di criteri che le parti abbiano indicato quale rimedio alle sopravvenienze<sup>60</sup>.

Vero è però, all'opposto, che a questo rischio si contrap-

pone la certezza dell'esito delle sopravvenienze, che spiega perché la tesi del potere di intervento *ex art.* 1374 c.c. si limiti alle ipotesi che giustificerebbero lo scioglimento del contratto e non a quelle che si fermino prima di tale soglia<sup>61</sup>.

Dunque tra lasciare che la sopravvenienza possa rovinare la vita delle persone e trovare un rimedio che ne distribuisca equitativamente il peso che i contraenti non avessero calcolato, per il tempo in cui il rimedio occorra, la seconda soluzione è quella che in molti preferiscono.

Senonché nessuno sa dire come questo possa funzionare, ma per ragioni ovvie: quando il legislatore non ha indicato in modo meccanico il riadeguamento, come ha fatto ad es. nel primo comma dell'art. 1664 c.c., ha rimesso il potere nelle mani del giudice e gli ha chiesto di procedere equitativamente: così proprio nell'art. 1467 c.c., secondo la lettura attualmente più condivisa<sup>62</sup>, per cui la parte minacciata di risoluzione potrebbe rimettersi alla sua decisione e lo stesso vale (pur se non se ne discute) per la rescissione (art. 1450 c.c.).

È vero che talora si contesta il potere del giudice di decidere dove stia, in queste ipotesi, l'equità<sup>63</sup>, ma il processo civile è caratterizzato dal principio dispositivo e non c'è ragione per impedire alla parte minacciata di risoluzione, di aderire a qualsiasi indicazione che il giudice, in quanto richiesto, fornisca per evitare lo scioglimento del contratto<sup>64</sup>.

Questa lettura si fonda oggi anche sull'art. 10, D.L. n. 118/2021, laddove indica che al mancato esito della rinegoziazione il giudice supplisce appunto con l'equità<sup>65</sup>: è funzione demandatagli dalla legge e quindi non c'è difficoltà a ritenere che si tratti di un potere che la parte possa attribuirgli in altri casi.

Il tema è allora quello della ipotetica predeterminabilità del punto di equilibrio tra prestazioni originarie ed effetti delle sopravvenienze, perché non si trovano indici di rife-

stituire "le porte (*Einbruchstellen*) che l'ordinamento privatistico tiene aperte per i valori della Costituzione" (Kindler, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., 57-58), soluzione che vale per l'interpretazione della legge in generale e del codice civile in particolare (cfr. Cass. civ. sez. un., 14 maggio 2020, n. 8906).

<sup>55</sup> Sicchiero, *op. cit.*, 1194 e segg.

<sup>56</sup> Bianca, *Il contratto*, Milano, 2019, 456 e, in giurisprudenza, Cass. civ., 9 luglio 2021, n. 19579; Cass. civ., 10 marzo 2021, n. 6582; Cass. civ., 5 giugno 2020, n. 10822; Cass. civ., 6 maggio 2020, n. 8494; Cass. civ., 29 gennaio 2018, n. 2057 ecc.

<sup>57</sup> Sicchiero, *op. cit.*, 1187 e segg.

<sup>58</sup> Gentili, *op. cit.*, 717.

<sup>59</sup> Sicchiero, *op. cit.*, 1193 e segg.

<sup>60</sup> Cfr. Gentili, *op. cit.*, 715 e segg.

<sup>61</sup> V. nel senso dell'irrelevanza delle sopravvenienze non straordinarie Cass. civ., 15 dicembre 2021, n. 40279, in *Notariato*, 2022, 83: Il perdurare di determinate condizioni di mercato, oggettive ed esterne, rispetto al contratto, non può essere considerato quale presupposto implicito di un accordo negoziale, in quanto la valutazione della permanenza di tali condizioni rientra nella normale alea che ciascun contraente accetta prima di intraprendere un rapporto contrattuale destinato a protrarsi nel tempo. A diversa conclusione può giungersi soltanto ove le suddette condizioni, mutando, integrino la situazione di straordinarietà ed imprevedibilità delineata dall'art. 1467 c.c., ovvero allorquando sia lo stesso legislatore a contemplare il mutamento delle condizioni oggettive del mercato quale presupposto legittimante una anticipata richiesta di porre fine al rapporto contrattuale.

<sup>62</sup> Che si può ricondurre a Cass. civ., 25 maggio 1991, n. 5922 e, qualora la domanda sia formulata subordinatamente al rigetto dell'offerta analiticamente indicata, Cass. civ., 18 luglio 1989, n. 3347, in *Foro It.*, 1990, I, 564 e Cass. civ., 7 giugno 1957, n. 2109. Invece occorre che "l'offerta presenti un minimo di specificazione, onde consentire al giudice, sostituendosi alla parte, di valutarne l'adeguatezza" secondo Cass. civ., 23 aprile 1994, n. 389, tesi cui pare aderire Terranova, *op. cit.*, 194. Nel senso della possibilità di rimettersi alla decisione del giudice v. E. Gabrielli, *op. cit.*, 10 e segg., 102 e segg.; de Pamphilis, *op. cit.*, 77; Cagnasso, *op. cit.*, 194-195; Sacco, *op. cit.*, 1706; Pannuccio Dattola, *L'offerta di riduzione ad equità*, Milano, 1990, 184-185. In senso contrario a questa possibilità si erano pronunciate Cass. civ., Sez. un., 27 gennaio 1959, n. 224; per la rescissione Cass. civ., 18 settembre 1972, n. 2748, in *Foro It.*, 1973, I, 2194; Cass. civ., 24 marzo 1976, n. 1067.

<sup>63</sup> "Il giudice deve qui decidere se la prestazione offerta sia equa ... l'equità è criterio di valutazione di una dichiarazione della parte, non criterio per adeguare giudizialmente il contenuto del contratto all'evento sopravvenuto": Galgano, *Tratt. Dir. Civ.*, 2010, II, 531, n. 70; Fici, *op. cit.*, 144 e segg.

<sup>64</sup> In ogni caso, va precisato e scanso di equivoci, occorre sempre la domanda di parte, come ha indicato Trib. Treviso, 21 dicembre 2020, in *Giur. It.*, 2021, 589, condividendo espressamente queste proposte.

<sup>65</sup> In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale".

rimento, per l'ovvia ragione che non esistono: "la parola equità non appartiene alla matematica"<sup>66</sup>.

A volte si reperisce qualche massima che sembra dare indicazioni: "l'offerta di modifica è da considerarsi equa se riporta il contratto in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte onerata non avrebbe avuto diritto di domandare la risoluzione"<sup>67</sup>, ma all'evidenza è un discorso circolare.

Queste riflessioni inducono a ritenere un compito impossibile quello che il giurista vorrebbe qui assolvere, ovvero individuare una soluzione generale ed astratta e dunque per ciò giusta, capace di indicare criteri che valgano stabilmente per risolvere il problema delle sopravvenienze.

Senonché si tratta pur sempre del problema del diritto, che non è in grado di fornire questi indici<sup>68</sup>, al punto di aver adottato, codificandole, norme a trama aperta che consentono al giudice di individuare una soluzione in concreto<sup>69</sup>, sia pure esprimendo nella decisione le motivazioni che consentano di giustificarla in modo razionale<sup>70</sup>.

Siamo ormai abituati ad accettare che sia il giudice, poiché glie lo chiede il codice, a dire se un certo danno sia ingiusto, se il debitore sia diligente, se il contraente si comporti in buona fede, se la concorrenza sia sleale ecc. e lo farà sempre in concreto nel giudizio di merito, salvo l'obbligo di *redde rationem*.

Non c'è allora difficoltà a chiedergli anche di valutare come impedire alla sopravvenienza di annientare una parte, procedendo ad es. proprio come dice l'art. 10, D.L. n. 118/2021, "acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente", se serva sentire un consulente.

E sempre nella stessa direzione dovrà muoversi il suo intervento, che non deve modificare una volta per tutte il contratto, ma solo riallocare temporaneamente ed equamente le sopravvenienze: "per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale" oppure per assicurare che il contraente colpito riesca ad evitare la tragedia.

In definitiva la questione si risolve nella ragionevolezza della decisione<sup>71</sup>: con il che non si vuol sfuggire alla indeterminabilità della soluzione, ma dare atto che questo è il suo limite, che non giustifica tuttavia lo scetticismo che porterebbe a negare l'intervento, lasciando le cose come stanno.

Ovviamente anche quella del lasciare tutto rimesso alla forza del caso potrebbe essere una soluzione, che però francamente non pare rispondere all'esigenza di solidarietà costituzionale che connota – *recte*: deve connotare se non ripudiata – tutti i rapporti sociali.

## La rinegoziazione dei mutui bancari

Matteo De Poli

La rinegoziazione del mutuo bancario che si presenta, alla luce della rilevanza dei fatti sopravvenuti e dell'incidenza sull'equilibrio contrattuale, dovuta, obbligatoria, corre su binari diversi da quelli propri della rinegoziazione di diritto comune. Invero, in più occasioni il legislatore è intervenuto con provvedimenti *ad hoc*, destinati a governare situazioni in cui il pubblico interesse reclamava soluzioni certe ed efficienti. Il ruolo delle clausole generali e del giudice è, dunque, relegato ai margini della materia, ossia ai casi non coperti dall'intervento del legislatore.

<sup>66</sup> Sacco, *op. cit.*, 1707.

<sup>67</sup> Cass. civ., 11 gennaio 1992, n. 247, in *Vita Notar.*, 1992, 548.

<sup>68</sup> Cfr. E. Gabrielli, *op. cit.*, 106; Gentili, *op. cit.*, 716.

<sup>69</sup> Un ampio dibattito sulla distinzione tra clausole generali, norme o precetti generali e principi generali era stato aperto da Mengoni, *op. cit.*, 9 e segg., che si è ampliato nel tempo (v. ad es. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2011) e che vede il suo massimo approfondimento nella monografia di taglio analitico-filosofico di Velluzzi, *Le clausole generali*, Milano, 2010, sulla quale si è aperto un ampio confronto ad opera di Rescigno, Carusi, Chiassoni, Mazzamuto, Roselli, Astone, Cuffaro, Moscati ed infine dello stesso Velluzzi negli scritti raccolti sotto il titolo *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. It.*, 2011, 1689 e segg. Sul tema si veda la preziosa raccolta di saggi contenuta in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta* a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, a cominciare dal saggio di Galgano, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza?*, *ivi*, 3 e segg.; l'argomento può essere qui solo accennato data la vastità del materiale.

<sup>70</sup> "Nelle 'clausole generali' vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo i criteri che l'ordinamento stesso gli prescrive di seguire": Rescigno, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, *cit.*, 30; parlano di "nozioni a contenuto variabile" Rodotà, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, *ivi*, 41, di "norme incomplete, frammenti

di norme" Mengoni, *op. cit.*, 10-11, di "concetti-valvola" Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 16 e segg.; di "incremento di creatività nell'interpretazione del loro testo" Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 82.

<sup>71</sup> Di recente il S.C., ha detto che "la giusta causa di licenziamento è una nozione di legge che si viene ad inscrivere in un ambito di disposizioni caratterizzate dalla presenza di elementi "normativi" e di clausole generali (*Generalklauseln*) – correttezza (art. 1175 c.c.); obbligo di fedeltà, lealtà, buona fede (art. 1375 c.c.); giusta causa, appunto (art. 2119 c.c.) –, il cui contenuto, elastico ed indeterminato, richiede, nel momento giudiziale e sullo sfondo di quella che è stata definita la "spirale ermeneutica" (tra fatto e diritto), di essere integrato, colmato, sia sul piano della *quaestio facti* che della *quaestio iuris*, attraverso il contributo dell'interprete, mediante valutazioni e giudizi di valore desumibili dalla coscienza sociale o dal costume o dall'ordinamento giuridico o da regole proprie di determinate cerchie sociali o di particolari discipline o arti o professioni, alla cui stregua poter adeguatamente individuare e delibare altresì le circostanze più concludenti e più pertinenti rispetto a quelle regole, a quelle valutazioni, a quei giudizi di valore, e tali non solo da contribuire, mediante la loro sussunzione, alla prospettazione e configurabilità della *tota res* (realtà fattuale e *regulae iuris*), ma da consentire inoltre al giudice di pervenire, sulla scorta di detta complessa realtà, alla soluzione più conforme al diritto, oltre che più ragionevole e consona": Cass. civ., 4 novembre 2020, n. 24601; in termini analoghi v. Cass. civ., 9 marzo 2021, n. 6495 o Cass. civ., 31 ottobre 2019, n. 28098.